CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS

van 28 januari 1999 *

Inhoudsoverzicht

I — Inleiding I-5755

II — Het nationale recht I-5756

III — De feiten van de hoofdgedingen I-5762

A — Zaak C-67/96: Albany International I-5762

B — Gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97: Brentjens' Handelsonderneming I-5764

C — Zaak C-219/97: Maatschappij Drijvende Bokken I-5766

IV — De ontvankelijkheid I-5769

V — De strekking van de prejudiciële vragen I-5771

VI — Artikel 85, lid 1, van het Verdrag I-5772

A — Vergelijkend overzicht I-5774

B — Toepasselijkheid ratione materiae van artikel 85, lid 1, van het Verdrag ... I-5784

1. Bestaat er een algemene uitzondering voor de sociale sector? I-5785

2. Bestaat er een uitzondering voor collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers? I-5787

a) Bestaat er een grondrecht van collectieve onderhandeling? I-5787

b) De aanmoediging van collectief onderhandelen in het gemeenschapsrecht I-5794

C — Overeenkomst tussen ondernemingen I-5802

1. Onderneming of ondernemersvereniging I-5802

a) Werknemers I-5803

b) Vakbonden I-5805

c) Werkgevers I-5807

2. Overeenkomst of andere vorm van afstemming I-5808

D — Beperking van de mededinging I-5809

1. De overeenkomst tot oprichting van één pensioenfonds dat door de werkgevers samen met de vakbonden wordt beheerd I-5811

a) Beperking van de mededinging voor de werkgevers I-5812

b) Beperkingen ten opzichte van pensioenverzekeringsmaatschappijen .. I-5816

* Oorspronkelijke taal: Engels.

2. De overeenkomst om samen met de vakbonden de bevoegde minister te verzoeken om deelneming voor alle ondernemingen in de bedrijfstak verplicht te stellen I-5818

VII — De artikelen 5 en 85 ..... I-5820

VIII — De vraag of de Nederlandse bedrijfspensioenfondsen als onderneming moeten worden aangemerkt I-5822

IX — De artikelen 90 en 86 ..... I-5835

A — Toepasselijkheid van artikel 90, lid 1: ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten I-5840

B — Toepasselijkheid van artikel 86: een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt I-5841

C — Met de artikelen 90 en 86 strijdige nationale maatregelen I-5842

1. De verenigbaarheid van de verplichte deelneming met de artikelen 90 en 86 ..... I-5842

a) De zaken van het ERT-type I-5844

b) De zaken van het Höfner en Elser-type I-5846

c) De zaken van het Corbeau-type I-5849

2. De regels voor de discretionaire verlening van vrijstellingen van verplichte deelneming I-5853

X — De rechtsgevolgen van het arrest van het Hof I-5858

XI — Conclusie I-5861

I — Inleiding

1. In de thans voorliggende zaken, die naar het Hof zijn verwezen door de Hoge Raad der Nederlanden, het Kantongerecht te Roermond en het Kantongerecht te Arnhem, wordt het Hof gevraagd zich uit te spreken over een aantal vragen betreffende de verenigbaarheid van een stelsel van verplichte deelneming in bedrijfspensioenfondsen met de mededingingsregels van het EG-Verdrag. Deze vragen zijn gerezen in beroepen die werden ingesteld door drie ondernemingen die bezwaar maakten tegen een bevel van hun respectieve bedrijfspensioenfonds tot betaling van de bijdragen aan dit fonds.

2. In deze zaken zijn verschillende vraagstukken van algemeen belang aan de orde, die moeten worden besproken voordat op de meer specifieke concrete vraagpunten kan worden ingegaan. Alle drie de zaken betreffen de vraag, of een nationaal stelsel waarin op verzoek van de vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers in een bedrijfstak de deelneming in een bedrijfspensioenfonds voor alle ondernemingen in die bedrijfstak verplicht wordt gesteld, in strijd is met de artikelen 5 en 85 EG-

Verdrag, dan wel met de artikelen 90, lid 1, en 86 EG-Verdrag. Tevens is het in deze zaken de vraag, in de context van de artikelen 5 en 85 van het Verdrag, of een collectieve overeenkomst tussen werkgevers en werknemers in een bedrijfstak tot oprichting van een pensioenfonds, onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt. Daarmee wordt het Hof voor het eerst verzocht zich uit te spreken over de verhouding tussen de mededingingsregels van het Verdrag en overeenkomsten die tot stand zijn gekomen na collectieve onderhandelingen tussen de sociale partners. Ten slotte moet met betrekking tot de toepassing van de artikelen 90, lid 1, en 86 worden beslist, of de Nederlandse bedrijfspensioenfondsen, wanneer zij opereren binnen het kader van de regels die verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds vereisen, ondernemingen zijn in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag.

II — Het nationale recht

3. Het pensioenstelsel in Nederland rust op drie pijlers:

— Een wettelijk basispensioen, dat door de staat wordt verleend uit hoofde van de Algemene Ouderdomswet [1] (hierna: „AOW") en de Algemene Nabestaandenwet, geeft de gehele bevolking recht op een aan het minimumloon gekoppelde vaste uitkering. De uitkering wordt verlaagd voor elk jaar dat de rechthebbende niet verzekerd is geweest. Deelneming is verplicht.

— Het basispensioen wordt in de meeste gevallen aangevuld met een aanvullend pensioen in het kader van in loondienst of als zelfstandige verrichte arbeid. Deze aanvullende pensioenen zijn meestal ondergebracht bij collectieve regelingen die gelden voor een bepaalde bedrijfstak, een beroepsgroep of de werknemers van een onderneming.

— Ten slotte bestaat de mogelijkheid vrijwillig een individuele pensioen- of levensverzekeringsovereenkomst af te sluiten.

4. In alle aanhangige zaken gaat het om bedrijfspensioenregelingen van de tweede pijler, die aanvullende pensioenen verstrekken aan werknemers. In dat opzicht verschillen zij van de aanvullende pensioenregeling in de zaak Van Schijndel en Van Veen [2], die pensioen verstrekte aan beoefenaars van de vrije beroepen.

1 — *Stb.* 1956, 281.

2 — Arrest van 14 december 1995 (C-430/93 en C-431/95, Jurispr. blz. I-4705).

5. Naar Nederlands recht kunnen werkgevers in beginsel zelf beslissen, of zij hun werknemers een aanvullend pensioen willen geven. Zo ja, dan kunnen zij een eigen pensioenregeling treffen, hetzij in de vorm van een ondernemingspensioenfonds, hetzij door middel van een groepspensioenverzekeringsovereenkomst met een verzekeringsmaatschappij. Ook kunnen zij samen met andere werkgevers een bedrijfspensioenregeling treffen of zich bij een bestaande regeling aansluiten.

6. In de praktijk zijn de werkgevers echter vaak verplicht hun werknemers aan te sluiten bij een verplicht bedrijfspensioenfonds. Deze fondsen worden opgericht bij collectieve overeenkomst tussen de werkgevers en werknemers in een bepaalde bedrijfstak. De staat stelt vervolgens de aansluiting bij de door het fonds geboden regeling verplicht.

7. Op dergelijke regelingen is in de eerste plaats van toepassing de Wet van 17 maart 1949 houdende vaststelling van een regeling betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds[3] (nadien herhaaldelijk gewijzigd; hierna: „BPW").

3 — *Stb.* 1949, J 121.

8. De centrale bepaling is artikel 3, lid 1, volgens hetwelk de minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid op verzoek van een naar zijn oordeel voldoende representatieve vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven in een bedrijfstak, het deelnemen in het bedrijfspensioenfonds voor alle groepen van bedrijfsgenoten verplicht kan stellen. Wanneer geen uitdrukkelijk verzoek wordt gedaan, heeft de minister deze bevoegdheid niet. Alvorens te beslissen moet de minister onder meer de Sociaal-Economische Raad en de Verzekeringskamer horen, welke laatste toezicht houdt op verzekeringsmaatschappijen en pensioenfondsen.

9. Ingevolge artikel 3, lid 2, BPW zijn alle onder de verplichtstelling vallende personen en hun werkgevers verplicht tot naleving van de voorschriften van het bedrijfspensioenfonds. Deze naleving kan, ook wat de betaling van de premie betreft, in rechte worden gevorderd. Ingevolge artikel 18 kan het pensioenfonds voor de invordering van onbetaalde premies een dwangbevel uitvaardigen.

10. Tijdens de kamerbehandeling van de ontwerp-BPW gaf de regering de volgende

toelichting op het doel van de bepalingen betreffende verplichte deelneming [4]:

„(...) Het onderhavige ontwerp beoogt een soortgelijke voorziening te geven op het gebied der particuliere pensioenregeling, als de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten behelst ten aanzien van arbeidsvoorwaarden. Het gaat dus om het wegnemen van de mogelijkheid om door het niet-geven van pensioen een voorsprong op vakgenoten te hebben."

Zoals de toenmalige minister van Sociale zaken verklaarde [5]

„(...) is een bedrijfspensioenverzekering waarvan bij dit wetsontwerp sprake is daarom zo nuttig omdat zij uitgaat van de gedachte van de collectieve verzekering, dat wil zeggen dat de bedrijfsgenoten, werkgevers en -nemers, in de eerste plaats als collectiviteit (...) op zich nemen de nodige fondsen bijeen te brengen teneinde te zorgen dat allen die binnen het bedrijf een voldoende aantal jaren werkzaam zijn geweest en een bepaalde leeftijd hebben overschreden, de voor hen nodige uitkering kunnen krijgen. Wanneer men dat individueel doet — wat in bepaalde gevallen wel geschiedt — en men zou het daarbij laten, is het gevolg dat zij die in de beste omstandigheden verkeren zich betrekkelijk gemakkelijk kunnen redden, in tegenstelling tot hen die in minder gunstige omstandigheden verkeren."

11. Volgens artikel 5, lid 2, BPW moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan wil de minister deelneming verplicht kunnen stellen. Zo moeten ingevolge artikel 5, lid 2, onder IV, de vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers in gelijken getale in het bestuur van het pensioenfonds zitting hebben en moet ingevolge artikel 5, lid 2, onder V, het fonds rechtspersoonlijkheid bezitten.

12. Artikel 5, lid 2, onder II, noemt een aantal onderwerpen die in de statuten en reglementen van het pensioenfonds geregeld moeten zijn. In het bijzonder moeten ingevolge artikel 5, lid 2, onder II, letter l, de statuten en reglementen van het fonds de mogelijkheid bevatten van vrijstelling van de verplichte deelneming in bepaalde omstandigheden, althans van vrijstelling van bepaalde aan de verplichtstelling verbonden verplichtingen.

13. Artikel 5, lid 3, verklaart de minister van Sociale zaken bevoegd tot het vaststellen van richtlijnen voor de vrijstelling

4 — Kamerstukken II 1948-1949, 785, nr. 5, blz. 2.
5 — Hand. II, 1 februari 1949, blz. 1101.

van verplichte deelneming. Op basis van die bepaling gaf de bevoegde minister op 29 december 1952 de Beschikking betreffende de vaststelling van de richtlijnen voor de vrijstelling van deelneming in een bedrijfspensioenfonds wegens een bijzondere pensioenvoorziening (nadien herhaaldelijk gewijzigd; hierna: „vrijstellingsrichtlijnen"). [6]

14. Krachtens artikel 1 van die richtlijnen, in de versie die gold ten tijde van de feiten van het hoofdgeding, worden de vrijstellingen verleend door het bedrijfspensioenfonds zelf. Vrijstelling moet worden aangevraagd door de individuele werknemer of, zoals in het hoofdgeding is gebeurd, door een werkgever voor al zijn werknemers.

15. Ingevolge artikel 1 heeft het fonds een discretionaire bevoegdheid om vrijstelling van de verplichte deelneming te verlenen, wanneer de deelnemende onderneming zelf een pensioenregeling heeft en aan de voorwaarden gesteld in artikel 1, sub a tot en met d, van de richtlijnen is voldaan. Artikel 1, sub a, noemt de mogelijke andere pensioenregelingen die worden aanvaard, te weten een ondernemingspensioenfonds, een ander bedrijfspensioenfonds of een groepsverzekeringsovereenkomst met een particuliere verzekeraar. Volgens artikel 1, sub b, moeten de aanspraken welke aan de bijzondere pensioenregeling van de onderneming kunnen worden ontleend, ten minste gelijkwaardig zijn aan die op grond van het bedrijfspensioenfonds. Op grond van artikel 1, sub c, moet de vervangende pensioenregeling voldoende garanties bieden voor de nakoming van de pensioenverplichtingen van de onderneming. Artikel 1, sub d, bepaalt, dat indien de vrijstelling uittreding van werknemers uit het fonds ten gevolge heeft, een redelijke compensatie moet worden geboden voor het daaruit voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel.

16. Ingevolge artikel 5 van de richtlijnen moet het pensioenfonds vrijstelling verlenen wanneer de bijzondere pensioenvoorziening van het betrokken bedrijf voldoet aan de eerste drie van bovengenoemde voorwaarden en de voorziening gold zes maanden vóór de indiening van het verzoek naar aanleiding waarvan de deelneming aan het pensioenfonds verplicht was gesteld.

17. Volgens artikel 8 van de richtlijnen moet elke beslissing op een verzoek om vrijstelling met redenen zijn omkleed en moet een afschrift ervan worden toegezonden aan de Verzekeringskamer.

18. Artikel 9 van de richtlijnen opent de mogelijkheid bezwaar in te dienen tegen een weigering van het pensioenfonds om vrijstelling te verlenen. Het bezwaar wordt door de Verzekeringskamer gehoord. Volgens de Nederlandse regering is het oordeel van de Verzekeringskamer slechts een bemiddelingspoging en heeft het geen

6 — *Stcrt.* 1953, 1.

rechtskracht. Het oordeel van de Verzekeringskamer is niet vatbaar voor bezwaar en beroep.

19. Volgens de Nederlandse regering is in het verleden mogelijk vrijstelling verleend in gevallen dat een onderneming die deel uitmaakte van een concern een eigen arbeidsvoorwaardenbeleid voerde, of wanneer een ondernemer slechts tijdelijk onder de verplichtstelling viel. Verzoeksters hebben ter terechtzitting daartegen ingebracht, dat in de praktijk nooit of hoogst zelden vrijstelling werd verleend. De recente wijzigingen in de vrijstellingen zal ik hierna bespreken.

20. Artikel 3, lid 4, BPW verklaart de minister bevoegd, de verplichte deelneming voor de gehele bedrijfstak in te trekken. Ingevolge artikel 3, lid 5, BPW moet de bevoegde minister de verplichting tot deelneming intrekken wanneer de regels van het pensioenfonds worden gewijzigd, tenzij hij verklaart tegen de wijzigingen geen bezwaar te hebben.

21. De tweede wettelijke regeling die van toepassing is op bedrijfspensioenfondsen is de Wet van 15 mei 1962 houdende regelen betreffende pensioen- en spaarvoorzieningen (de nadien herhaaldelijk gewijzigde Pensioen- en spaarfondsenwet; hierna: „PSW"). Daarin wordt een algemeen wettelijk kader geschapen voor alle pensioen- en spaarfondsen. Het doel is de bescherming van de verzekerden in gevallen dat de werkgever een dergelijke voorziening heeft getroffen, door zoveel mogelijk te waarborgen dat de voor de pensioenen bestemde fondsen inderdaad daarvoor worden gebruikt.

22. Ter verwezenlijking van dat doel verplicht artikel 2, lid 1, PSW de werkgevers een van drie regelingen te kiezen om de voor pensioendoeleinden bijeengebrachte fondsen van de overige activa van de onderneming te scheiden. De werkgever kan toetreden tot een bedrijfspensioenfonds, een ondernemingspensioenfonds oprichten, dan wel collectieve of individuele levensverzekeringen afsluiten bij een verzekeringsmaatschappij.

23. Blijkens artikel 1, lid 6, is de PSW ook van toepassing op bedrijfspensioenfondsen waaraan deelneming verplicht is gesteld ingevolge de BPW.

24. Volgens de artikelen 6 a en 6 b van de PSW, die zijn ingevoegd in 1990, moet het bestuur van een bedrijfspensioenfonds, indien dit door een zeker aantal deelnemers wordt verzocht, een deelnemersraad instellen, die adviserende taken heeft ten aanzien van het beheer van het fonds.

25. In het belang van de aangeslotenen stellen de artikelen 9 en 10 PSW vast hoe de bijeengebrachte fondsen moeten worden

beheerd. De algemene regel is artikel 9 PWS, dat de pensioenfondsen verplicht, het aan de pensioenverplichtingen verbonden risico over te dragen of te herverzekeren. Zo mag het fonds om het risico van wanbeheer of verkeerde investeringen door het fonds uit te sluiten, het bijeengebrachte kapitaal uitsluitend aanwenden voor het sluiten van overeenkomsten met verzekeringsmaatschappijen.

26. Bij wijze van uitzondering op die regel geeft artikel 10 de fondsen de bevoegdheid het bijeengebrachte kapitaal zelf voor eigen risico te beheren en te beleggen. Daarvoor moet het fonds 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 staat het fonds onder voortdurend toezicht. De actuariële verlies- en winstrekening moet regelmatig ter goedkeuring aan de Verzekeringskamer worden overgelegd. Blijkbaar beheren in de praktijk alle bestaande bedrijfspensioenfondsen de bijeengebrachte premiebedragen zelf voor eigen risico en is de uitzondering dus regel geworden. [7]

27. In de artikelen 13 tot en met 16 PSW worden 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 geschieden „op solide wijze".

28. Ook het Nederlandse belastingstelsel is voor de onderhavige zaken in zekere mate relevant. Volgens de Commissie zijn ingevolge de Nederlandse belastingwetgeving de belastingvoordelen ter zake van pensioenen beperkt tot een „redelijk" niveau. In de praktijk is dat niveau vastgesteld op 70 % van het laatstverdiende salaris van de rechthebbende bij een loopbaan van 40 jaar. In de praktijk wordt dus het niveau van de op grond van pensioenregelingen te verstrekken pensioenen door deze voorschriften beperkt.

29. Volgens de Nederlandse regering zijn er in Nederland thans 81 bedrijfspensioenfondsen, waarvan 66 met verplichte deelneming. Volgens verweerders, de pensioenfondsen, valt 91,6 % van alle deelnemers in een bedrijfspensioenfonds onder een verplicht bedrijfspensioenfonds en is 80 % van alle werknemers in Nederland verplicht verzekerd bij een bedrijfspensioenfonds.

30. Voor de 15 bedrijfspensioenfondsen waaraan deelneming niet door de staat verplicht is gesteld, is deze tussenkomst van de overheid volgens de Nederlandse regering in de meeste gevallen niet nood-

7 — E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers: juridische beschouwingen over ouderdomspensioen*, Zwolle 1989, blz. 364.

zakelijk, hetzij omdat alle werkgevers in de bedrijfstak bij collectieve arbeidsovereenkomst de facto verplicht zijn hun werknemers aan te sluiten, hetzij omdat er in de bedrijfstak een beperkt aantal grote werkgevers is, die toch al voor deelneming van hun werknemers aan het betrokken bedrijfspensioenfonds hadden gekozen. Volgens de Nederlandse regering zijn de overige vrijwillige bedrijfspensioenfondsen slechts actief in een beperkt aantal kleine bedrijfstakken of in bedrijfstakken waar niet langer enige bedrijfsactiviteit van betekenis is.

III — De feiten van de hoofdgedingen

A — *Zaak C-67/96: Albany International*

31. Verweerder in het hoofdgeding, het Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (hierna: „pensioenfonds" of „fonds"), is een bedrijfspensioenfonds in de zin van de BPW dat in de textielindustrie werkzaam is. Verzoekster in het hoofdgeding, Albany International BV (hierna: „Albany"), is een onder meer in de textielindustrie opererende onderneming.

32. Volgens partijen in het hoofdgeding en de Nederlandse regering werd de deelneming in verschillende pensioenfondsen, die elk een ander deel van de textielindustrie bestreken, op verzoek van de werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers in 1952 bij beschikking verplicht gesteld. Nadat een aantal fusies had plaatsgevonden werd in 1975 door de fusie van de laatste twee overgebleven fondsen in de textielindustrie, alsmede de oprichting van één pensioenfonds voor de gehele bedrijfstak, een nieuwe beschikking houdende verplichtstelling van de deelneming in het Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie noodzakelijk. Sinds 1975 voldoet Albany aan haar verplichting tot deelneming in het fonds.

33. Vanaf 1975 functioneerde het pensioenfonds op basis van een zogeheten vastebedragenregeling. De pensioenuitkering was niet gerelateerd aan het loon, maar bestond uit een vast bedrag per dienstjaar. Volgens Albany bedroeg het maximale pensioen dat een werknemer na 50 dienstjaren kon verwachten slechts 200 HFL per maand.

34. In 1981 trof Albany daarom een aanvullende pensioenregeling, die zij onderbracht bij een verzekeringsmaatschappij. Volgens deze regeling kreeg de werknemer een uitkering die, in combinatie met het basispensioen van de AOW en het aanvullende pensioen van het fonds, na 40 dienstjaren in totaal 70 % van het eindloon bedroeg.

35. Met ingang van 1 januari 1989, na onderhandelingen tussen de sociale part-

ners, wijzigde het pensioenfonds de regels van zijn aanvullende pensioenregeling en voerde het een aan het loon gerelateerde pensioenregeling in. Het doel van de regeling is hetzelfde als dat van de aanvullende regeling van Albany: een pensioenuitkering voor de werknemers van in totaal 70 % van het eindloon bij een loopbaan van 40 jaar.

36. Albany vond haar eigen pensioenregeling nog altijd gunstiger dan de nieuwe regeling en de veranderingen die in haar eigen regeling moesten worden doorgevoerd als gevolg van de wijziging van de verplichte bedrijfstakregeling, te bezwarend en onevenredig. Zij verzocht het pensioenfonds daarom vrijstelling van deelneming.

37. Het pensioenfonds wees dat verzoek bij beschikking van 28 december 1990 af, onder meer op grond dat het ingevolge de vrijstellingsrichtlijnen niet verplicht was vrijstelling te verlenen, omdat de bijzondere pensioenregeling van Albany nog geen zes maanden van kracht was ten tijde van de indiening van het verzoek tot verplichtstelling van de deelneming in de pensioenregeling. Albany zou derhalve slechts aanspraak op vrijstelling hebben kunnen maken, indien zij haar eigen regeling had getroffen vóór 1975.

38. Albany bracht tegen deze beschikking van het pensioenfonds bezwaar in bij de Verzekeringskamer. Bij brief aan partijen van 18 maart 1992 verklaarde deze, dat het pensioenfonds zich terecht niet verplicht had geacht om vrijstelling te verlenen.

39. De Verzekeringskamer verklaarde echter ook:

„Nu bezwaarde ten tijde van de invoering van deze wijziging (1 januari 1989) reeds jarenlang een aanvullende pensioenregeling voor zijn personeel had verzekerd, welke op zijn minst gelijkwaardig is aan de op genoemde datum ingevoerde regeling van het bedrijfspensioenfonds, zien wij aanleiding het pensioenfonds te verzoeken gebruik te maken van zijn bevoegdheid om vrijstelling te verlenen, dan wel, indien het fonds tegenover ons kan aantonen, hetgeen thans nog niet is geschied, dat hier geen aanleiding is voor een soepele opstelling, in elk geval rekening te houden met een opzegtermijn."

40. Ondanks dit oordeel kwam het pensioenfonds niet van zijn beslissing terug; op 11 november 1992 werd aan Albany op verzoek van het fonds een dwangbevel betekend tot betaling ingevolge artikel 18 BPW van de reglementaire bijdragen over 1989, alsmede rente en incassokosten daarover.

41. Albany kwam van dit dwangbevel in verzet bij de Kantonrechter te Arnhem, met

name op grond dat het stelsel van verplichte deelneming in strijd zou zijn met de mededingingsregels van het Verdrag.

42. De Kantonrechter nam de overweging van de Verzekeringskamer over, dat de regeling van Albany op zijn minst gelijkwaardig was aan de per 1 januari 1989 ingevoerde regeling van het pensioenfonds. Bovendien oordeelde hij, dat de verhouding tussen het pensioenfonds en zijn deelnemers werd beheerst door „eisen van redelijkheid en billijkheid en door algemene beginselen van behoorlijk bestuur". Een bedrijfspensioenfonds moest dan ook bij zijn beslissing om al dan niet vrijstelling te verlenen, in belangrijke mate het oordeel betrekken van een door de wet aangewezen onafhankelijke instantie als de Verzekeringskamer.

43. Wat de gestelde schending van het gemeenschapsrecht betrof, besloot de Kantonrechter bij vonnis van 4 maart 1996 het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Is een bedrijfspensioenfonds als bedoeld in artikel 1, lid 1, sub b, van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds een onderneming in de zin van de artikelen 85, 86 of 90 van het EG-Verdrag?

2) Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord, is het dan verplicht stellen van deelneming voor industrieondernemingen een door een lidstaat genomen maatregel die het nuttig effect van de op ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan maakt?

3) Indien vraag 2 ontkennend moet worden beantwoord, kunnen dan andere omstandigheden ertoe leiden dat het verplicht deelnemen onverenigbaar is met het bepaalde in artikel 90 van het Verdrag en zo ja welke?"

B — *Gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97: Brentjens' Handelsonderneming*

44. Op een verzoek van 8 maart 1958 van vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers in de bedrijfstak handel in bouwmaterialen stelde de Staatssecretaris van Sociale zaken bij beschikking van 28 juni 1958 deelneming in de Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de handel in bouwmaterialen (hierna: „pensioenfonds" of „fonds") verplicht. Deze beschikking, die berust op de BPW, is nadien nog enkele malen gewijzigd. Zij stelt deelneming verplicht voor werknemers van 23 tot en met 64 jaar die werkzaam zijn in een

onderneming welke zich uitsluitend of hoofdzakelijk bezighoudt met de groothandel in bouwmaterialen.

45. Volgens partijen in het hoofdgeding functioneert het pensioenfonds op basis van een vastebedragenregeling. De pensioenuitkering is niet gerelateerd aan het loon, maar bestaat uit een vast bedrag per dienstjaar, dat voor alle werknemers gelijk is. Volgens het pensioenfonds bedraagt het maximale pensioen, afhankelijk van de duur van het dienstverband, 5 300 HFL per jaar. In de praktijk bereikt de meerderheid van de werknemers in de bedrijfstak een pensioen van in totaal 70 % van het eindloon.

46. Brentjens' Handelsonderneming BV (hierna: „Brentjens") is opgericht in 1963. Zij sloot voor haar werknemers op 1 januari 1968 een pensioenverzekering af bij de „Levensverzekerings Maatschappij de Nederlanden van 1870", later „Generali Levensverzekeringsmaatschappij NV"; hierna: „Generali"), een Nederlandse onderneming, die onder de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 valt en tot de Italiaanse groep Assicurazioni Generali behoort.

47. In 1989 werd het pensioenfonds het bestaan van Brentjens gewaar en met ingang van 1 januari 1990 sloot het de onderneming aan bij zijn pensioenregeling, waarbij het Brentjens dispensatie verleende van de over voorgaande perioden verschuldigde premies. Daarbij respecteerde het pensioenfonds de bestaande pensioenvoorziening van Brentjens voor de periode van 1963 tot 1 januari 1990.

48. Volgens Brentjens was de pensioenregeling bij Generali gunstiger dan de regeling van het pensioenfonds, zowel op het punt van de tarieven als de dekking, en zij verzocht daarom vrijstelling van de verplichte deelneming. Dit verzoek werd door het pensioenfonds bij beschikking van 23 augustus 1994 afgewezen. Het door Brentjens tegen deze beschikking ingebrachte bezwaar vond bij de Verzekeringskamer geen gehoor. Bij beslissing van 18 mei 1995 verklaarde de Verzekeringskamer, dat de beschikking van het pensioenfonds correct was.

49. Op 13 mei 1996 vaardigde het pensioenfonds tegen Brentjens drie dwangbevelen uit voor de ingevolge zijn pensioenreglement verschuldigde premies over de perioden 1990-1994, 1995 en 1996.

50. Brentjens kwam van deze dwangbevelen in verzet in drie afzonderlijke procedures voor de Kantonrechter te Roermond. Bovendien dienden Brentjens en Generali samen een klacht bij de Commissie in tegen het Koninkrijk der Nederlanden en het pensioenfonds wegens schending van de

artikelen 3, sub g, 5, en 85, 90 en 86, alsook 52 en 59 EG-Verdrag.

51. Op 18 maart 1997 wees de Kantonrechter drie gelijkluidende vonnissen, waarin hij drie van de vier door Brentjes opgeworpen middelen afwees. Met betrekking tot het vierde middel van Brentjens, dat de verplichte deelneming in het pensioenfonds in strijd was met het gemeenschapsrecht, heeft de Kantonrechter het Hof de volgende vragen gesteld:

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

2) Moeten de artikelen 3, sub g, 5 en 85 EG-Verdrag, in onderlinge samenhang, aldus worden uitgelegd dat er sprake is van schending van deze artikelen wanneer de overheid de deelneming aan één bedrijfspensioenfonds, zoals onder 1 omschreven, voor bedrijven binnen een bepaalde bedrijfstak verplicht stelt?

3) Moet het begrip ‚onderneming' zoals bedoeld in de mededingingsbepalingen van het EG-Verdrag (artikelen 85-94 EG-Verdrag), aldus worden uitgelegd dat daaronder valt een bedrijfspensioenfonds in de zin van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds?

4) Moeten de artikelen 86 en 90 EG-Verdrag, in onderlinge samenhang bezien, aldus worden uitgelegd dat er sprake is van schending van deze bepalingen wanneer de overheid een bedrijfspensioenfonds een exclusief recht toekent, dat ertoe leidt dat de vrijheid om een pensioenregeling bij een particuliere verzekeraar onder te brengen ernstig wordt beperkt?"

C — *Zaak C-219/97: Maatschappij Drijvende Bokken*

52. Verzoekster in het hoofdgeding, Maatschappij Drijvende Bokken BV (hierna: „Drijvende Bokken"), verhuurt drijvende bokken, veelal tegelijk met sleepboten, ten behoeve van de offshore-industrie, voor constructie- en bouwwerkzaamheden, voor scheepsbouw- en reparatiewerkzaamheden,

ten behoeve van de chemische industrie en voor het hijsen van zware ladingen op pontons en schepen.

53. Verweerster in het hoofdgeding, de Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven (hierna: „pensioenfonds" of „fonds") is een bedrijfspensioenfonds in de zin van de BPW. Bij besluit van 9 september 1959 (hierna: „besluit van 1959" of „besluit") stelde de Staatssecretaris van Sociale zaken en Werkgelegenheid namens de minister de deelneming in het fonds verplicht 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 werd de werking van het besluit uitgebreid tot de werknemers die werkzaam plegen te zijn in een havenbedrijf of daarmee gelijkgesteld bedrijf.

54. Volgens Drijvende Bokken functioneert het pensioenfonds op basis van een vastebedragenregeling, waarbij de pensioenuitkering niet gerelateerd is aan het loon.

55. Drijvende Bokken meende, dat zij niet onder de werking van het besluit viel en sloot zich bij een ander pensioenfonds aan. Na de uitbreiding van de werking van het besluit in 1991 stelde het pensioenfonds, dat Drijvende Bokken onder de werking van het besluit viel en dat deelneming voor haar werknemers verplicht was. Het pensioenfonds vorderde dan ook van Drijvende Bokken bij dwangbevel een bedrag van 132 000 HFL wegens verschuldigde pensioenpremies, rente en kosten.

56. Drijvende Bokken kwam van dit dwangbevel in verzet bij de Kantonrechter, waarbij zij in de eerste plaats stelde dat zij niet onder het besluit viel, en in de tweede plaats dat de verplichte deelneming in strijd was met de communautaire mededingingsregels.

57. De Kantonrechter verklaarde het verzet gegrond op grond dat de werknemers van Drijvende Bokken niet werkzaam waren in een havenbedrijf in de zin van het besluit.

58. Op het door het pensioenfonds ingestelde beroep oordeelde de Arrondissementsrechtbank, dat de werknemers van Drijvende Bokken in hoofdzaak in een haven- of daarmee gelijkgesteld bedrijf werkten en derhalve onder de werking van het besluit vielen. Voorts verwierp de Rechtbank het verweer van Drijvende Bokken dat de verplichte deelneming in het pensioenfonds onverenigbaar was met de communautaire mededingingsregels. Hij oordeelde, 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.

59. Het cassatieberoep van Drijvende Bokken berustte uitsluitend op de grond dat de verplichte deelneming in strijd was met het gemeenschapsrecht. De Hoge Raad besloot daarop, het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„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?"

IV — De ontvankelijkheid

60. In de zaak Albany (C-67/96), stellen de Franse en de Nederlandse regering, onder verwijzing naar de arresten Meilicke [8], en Telemarsicabruzzo e.a. [9] en de beschikking Max Mara [10], dat de vragen wellicht niet-ontvankelijk zijn omdat de verwijzende rechter het feitelijk en juridisch kader waarin de vragen zijn gerezen, onvoldoende uiteenzet. Ook de Commissie geeft blijk van twijfel op dat punt. In de zaken Brentjens (C-115/97—C-117/97) werpt de Franse regering een soortgelijk bezwaar op.

61. Volgens vaste rechtspraak dient de in verwijzingsbeschikkingen vermelde informatie omtrent de feitelijke en juridische context in hoofdzaak twee doeleinden.

62. In de eerste plaats stelt zij het Hof in staat, een voor de verwijzende rechter nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te geven. [11] Zoals het Hof heeft verklaard, geldt de noodzaak van adequate informatie in het bijzonder op het gebied van de mededinging, dat door complexe feitelijke en juridische situaties wordt gekenmerkt. [12] Wat dit betreft, hebben partijen in de hoofdgedingen, de Nederlandse regering en de Commissie in hun

8 — Arrest van 16 juli 1992 (C-83/91, Jurispr. blz. I-4871).

9 — Arrest van 26 januari 1993 (C-320/90—C-322/90, Jurispr. I-393).

10 — Beschikking van 21 december 1995 (C-307/95, Jurispr. I-5083).

11 — Arresten Meilicke, aangehaald in voetnoot 8, punt 26, en Telemarsicabruzzo e.a., aangehaald in voetnoot 9, punt 6.

12 — Arrest Telemarsicabruzzo e.a., aangehaald in voetnoot 9, punt 7, en beschikking van 19 maart 1993, Banchero (C-157/92, Jurispr. blz. I-1085, punt 5).

schriftelijke opmerkingen een grote hoeveelheid achtergrondinformatie verschaft over de feitelijke omstandigheden die tot de zaken aanleiding hebben gegeven en over de Nederlandse wettelijke regeling. Ondanks mogelijke leemten in de verwijzingsbeschikkingen ben ik dan ook van mening, dat het Hof in staat is op de vragen van de nationale rechter een zinvol antwoord te geven.

63. Het vereiste, adequate informatie te verschaffen over de wettelijke en feitelijke context dient nog een ander doel, namelijk de regeringen van de lidstaten en andere betrokkenen de mogelijkheid te bieden, overeenkomstig artikel 20 van 's Hofs Statuut-EG opmerkingen in te dienen. Het Hof dient erop toe te zien, dat deze mogelijkheid gewaarborgd is. [13] Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat alleen de verwijzingsbeschikkingen ter kennis van de betrokkenen worden gebracht. [14]

64. Wat de wettelijke context betreft, ben ik het met de beide regeringen en de Commissie eens, dat de Kantonrechter in de zaak Albany betrekkelijk weinig informatie geeft. Hij noemt slechts bepaalde artikelen van de BPW die van toepassing zijn. De parallelle verwijzingen in de zaken Brentjens en Drijvende Bokken zijn echter ter kennis van de regeringen en de Commissie gebracht vier, respectievelijk drie maanden vóór het einde van de schriftelijke procedure, als gevolg van de schorsing van de behandeling in de zaak Albany. In het bijzonder de verwijzing van de Hoge Raad in de zaak Drijvende Bokken bevat een gedetailleerd overzicht van de toepasselijke Nederlandse wetgeving. De Franse en de Nederlandse regering en de Commissie hebben hun opmerkingen in de zaak Albany ingediend na die in de zaak Brentjens en tegelijk met die in de zaak Drijvende Bokken. Blijkens hun opmerkingen in de zaak Albany waren zij met de andere twee verwijzingen bekend. Het is in casu dan ook duidelijk, dat degenen die opmerkingen wensten in te dienen, tijdig en voldoende op de hoogte zijn gesteld van het Nederlandse wettelijk kader om hun standpunt over de geschilpunten te bepalen.

65. Wat de feitelijke context betreft, ben ik het niet eens met de stelling dat de verwijzingen in de zaken Albany en Brentjens niet uitvoerig genoeg zijn. In de beschikkingen wordt duidelijk uiteengezet, waarom de verwijzende instanties uitlegging van het gemeenschapsrecht behoeven om in de respectieve zaken vonnis te kunnen wijzen, alsook de redenering die aan hun vragen ten grondslag ligt.

66. Ik ben dan ook van mening, dat de vragen in alle drie de procedures ontvankelijk zijn.

13 — Beschikking Max Mara, aangehaald in voetnoot 10, punt 8, en beschikking van 13 maart 1996, Banco de Fomento e Exterior (C-326/95, Jurispr. blz. I-1385, punt 7).

14 — Beschikking Max Mara, aangehaald in voetnoot 10, punt 8, en beschikking van 20 maart 1996, Sumino en Data (C-2/96, Jurispr. blz. I-1543, punt 5).

V — De strekking van de prejudiciële vragen

67. Met de Commissie ben ik van mening, dat in de vragen van de verwijzende rechters vijf onderwerpen aan de orde worden gesteld.

68. In de eerste plaats de vraag, of het in strijd is met artikel 85, lid 1, van het Verdrag, wanneer vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers in een bedrijfstak collectief overeenkomen één bedrijfspensioenfonds op te richten met een uitsluitend recht de bijeengebrachte pensioengelden te beheren, en zij de overheid gezamenlijk verzoeken, de deelneming in dat pensioenfonds voor allen in de bedrijfstak verplicht te stellen.[15] In de tweede plaats de vraag, of een lidstaat inbreuk maakt op de artikelen 5 en 85 van het Verdrag, wanneer hij op verzoek van de werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers de deelneming in een bedrijfspensioenregeling verplicht stelt voor alle ondernemingen in die bedrijfstak.[16] In de derde plaats de vraag, of de Nederlandse bedrijfspensioenfondsen „ondernemingen" zijn in de zin van de mededingingsbepalingen van het Verdrag.[17] Ten vierde de vraag, of een lidstaat inbreuk maakt op de artikelen 86 en 90 van het Verdrag, wanneer hij de deelneming in een bedrijfspensioenfonds verplicht stelt en het pensioenfonds een uitsluitend recht verleent om de bijeengebrachte pensioengelden te beheren.[18] Ten slotte, ingeval de verplichte deelneming in strijd met het gemeenschapsrecht wordt verklaard, de vraag welk rechtsgevolg een dergelijke beslissing heeft.[19]

69. Albany, Brentjens en Drijvende Bokken stellen het Hof een zesde vraag, namelijk naar de verenigbaarheid van de Nederlandse wettelijke regeling met artikel 90 en 52 of 59 van het Verdrag. Volgens hen heeft het Kantongerecht te Arnhem dit punt in de zaak Albany indirect aan de orde gesteld in zijn derde vraag, waar hij vraagt of de verplichte deelneming door „andere omstandigheden" onverenigbaar kan worden met artikel 90 van het Verdrag.

70. Uit de verwijzingsbeschikking in de zaak Albany blijkt, dat de Kantonrechter zich bij de formulering van de vragen heeft gericht naar de laatste drie vragen van de Hoge Raad in de zaak Van Schijndel en Van Veen[20], die het Hof om procedurele redenen niet behoefde te beantwoorden. Duidelijk is ook, dat de Kantonrechter meent dat de drie vragen uitsluitend betrekking heb-

15 — Eerste vraag in de zaak Brentjens en tweede vraag in de zaak Drijvende Bokken.

16 — Tweede vraag in de zaak Brentjens, derde vraag in de zaak Drijvende Bokken, en tot op zekere hoogte tweede vraag in de zaak Albany.

17 — Derde vraag in de zaak Brentjens, en eerste vraag in de zaak Drijvende Bokken en eerste vraag in de zaak Albany.

18 — Vierde vraag in de zaak Brentjens, vierde en vijfde vraag in de zaak Drijvende Bokken en derde vraag in de zaak Albany.

19 — Zesde vraag in de zaak Drijvende Bokken.

20 — Arrest aangehaald in voetnoot 2.

ben op de communautaire mededingingsbepalingen. In de stukken zijn er geen aanwijzingen, dat partijen of de nationale rechter hebben gesproken over de toepasselijkheid van artikel 52 of artikel 59 van het Verdrag, die verplichten tot de opheffing van beperkingen van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening binnen de Gemeenschap. In de zaak Albany lijkt er, anders dan in de zaak Brentjens, waarbij een buitenlandse verzekeringsmaatschappij vertegenwoordigd door haar Nederlandse dochtermaatschappij betrokken is, geen enkel grensoverschrijdend element te zijn. Ik ben dan ook van mening, dat de vraag van de Kantonrechter, ondanks zijn ogenschijnlijk ruime formulering, niet aldus is te verstaan dat deze ook de toepasselijkheid van artikel 52 of artikel 59 van het Verdrag betreft.

VI — Artikel 85, lid 1, van het Verdrag

71. Dan kom ik nu toe aan de eerste vraag, namelijk of het in strijd is met artikel 85, lid 1, van het Verdrag, wanneer vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers in een bedrijfstak collectief overeenkomen één bedrijfspensioenfonds op te richten met een uitsluitend recht de bijeengebrachte pensioengelden te beheren, en zij de overheid gezamenlijk verzoeken, de deelneming in dat fonds voor alle bedrijfsgenoten verplicht te stellen.

72. Volgens Albany, Brentjens en Drijvende Bokken handelen de werkgevers van een bedrijfstak in omstandigheden als de onderhavige in strijd met artikel 85, lid 1. Hun betoog is als volgt opgebouwd.

73. In de eerste plaats is sprake van „overeenkomsten tussen ondernemingen" in de zin van artikel 85, lid 1. Elke collectieve overeenkomst tussen werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers impliceert een overeenkomst tussen de werkgevers om gezamenlijk te onderhandelen en aan het resultaat daarvan gebonden te zijn. In de onderhavige zaken hebben alle werkgevers zich ertoe verbonden, hun werknemers aan te sluiten bij één pensioenfonds en zich aan de regels van dat fonds te houden.

74. In de tweede plaats wordt door de overeenkomsten de „mededinging beperkt". De mededinging tussen de betrokken ondernemingen wordt beperkt doordat een belangrijke kostenfactor in een gehele bedrijfstak wordt geharmoniseerd, de vrijheid om de aantrekkelijkste pensioenregeling te kiezen wordt beperkt, en de

werkgevers geen werknemers kunnen werven met gunstiger pensioenregelingen. Wat levensverzekeringen betreft, worden verzekeringsmaatschappijen van een belangrijk deel van de markt uitgesloten.

75. In de derde plaats wordt door de overeenkomsten ook „de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloed". De betrokken werkgevers opereren over de grenzen. Bovendien wordt buitenlandse verzekeringsmaatschappijen in feite verhinderd, grensoverschrijdende diensten aan te bieden of in Nederland vestigingen te openen.

76. Ten slotte hebben de overeenkomsten „merkbare" gevolgen voor de mededinging en de handel tussen de lidstaten. Elk pensioenfonds geldt voor een gehele bedrijfstak. Aangezien deze overeenkomsten in nagenoeg alle bedrijfstakken in Nederland bestaan, moet bovendien rekening worden gehouden met hun cumulatieve effect.

77. De Commissie, de drie regeringen die hierover bij het Hof opmerkingen hebben ingediend en de pensioenfondsen die in de hoofdgedingen partij zijn, zijn alle van mening, dat niet in strijd is gehandeld met artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Zij voeren daarvoor een veelheid van argumenten aan.

78. Om te beginnen zou artikel 85, lid 1, van het Verdrag ratione materiae niet toepasselijk zijn op collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers. Ook zou er geen sprake zijn van een overeenkomst tussen „ondernemingen", zou de mededinging niet worden beperkt, de handel tussen de lidstaten niet worden beïnvloed, dan wel zouden de overeenkomsten op grond van de „de minimis"-regel niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen, omdat hun effect op de mededinging verwaarloosbaar is.

79. Deze argumenten brengen ons op de belangrijke vraag hoe collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers zich verhouden tot het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, een punt waarover het Hof zich nog niet eerder heeft uitgesproken. [21] Omdat dit onderwerp dus betrekkelijk nieuw is en het antwoord van het Hof mogelijk verstrekkende gevolgen zal hebben, is het wellicht zinvol, na te gaan hoe met dit probleem in de kartelwetgeving van verschillende lidstaten en de Verenigde Staten wordt omgegaan.

21 — Zie echter de conclusie van advocaat-generaal Lenz bij arrest van 15 december 1995, Bosman (Jurispr. blz. I-4921, punten 273 en 274); zie ook beschikking 86/507/EEG van de Commissie van 30 september 1986 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.362 — Irish Banks' Standing Committee) (PB L 295, blz. 28), en het antwoord op schriftelijke vraag nr. 777/89 (PB 1990, C 328, blz. 3). Hierna zal ik op deze standpunten dieper ingaan.

A — *Vergelijkend overzicht*

80. In Frankrijk is het kartelverbod [22] op collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers van toepassing. Volgens de Conseil de la concurrence vallen collectieve overeenkomsten niet naar hun aard buiten de materiële werkingssfeer van de mededingingsregels. De vrijheid van collectieve onderhandeling wordt gezien als een vorm van de vrijheid van overeenkomst, waarvoor overeenkomstige algemene beperkingen gelden, inclusief het kartelverbod. [23] Vakbonden worden gezien als deelnemers aan het economisch verkeer, die samen met de werkgeverszijde de mededinging kunnen beïnvloeden. [24] Na een analyse van de beperkende effecten of een afweging van de mededingingsbeperkende kenmerken tegen de sociale voordelen ervan, heeft de Conseil de la concurrence echter de meeste bepalingen van de onderzochte overeenkomsten verenigbaar geacht met de Franse mededingingsregels. [25]

81. Een goed voorbeeld van die opvatting is een „avis" van de Conseil de la concurrence in een zaak die overeenkomsten vertoont met de onderhavige zaken, en die de Franse regeling van „prévoyance collective" betrof. [26] Op grond van die regeling worden sociale uitkeringen verstrekt in aanvulling op het stelsel van sociale zekerheid van de staat. Drie soorten risico's zijn gedekt: ziekte en moederschap, arbeidsongeschiktheid en invaliditeit, en overlijden. De regeling is — althans gedeeltelijk — opgezet via collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers in een bedrijfstak. In die overeenkomsten wordt onder meer een „organisme de prévoyance" aangewezen als enige beheerder van de gelden. Op gezamenlijk verzoek van werkgevers en werknemers wordt de deelneming in de regeling vaak voor de gehele bedrijfstak verplicht gesteld bij besluit van de bevoegde minister.

82. Een vereniging van „assureurs-conseils" die diensten wilde aanbieden op de markt van de „prévoyance" beklaagde zich bij de mededingingsautoriteit over de twee laatstgenoemde kenmerken van de regeling, te weten het alleenrecht van de beheerder en de verplichte deelneming van werkgevers die niet bij de onderhandelingen betrokken waren geweest. De Conseil de la concurrence oordeelde, dat de „organismes de prévoyance" diensten verleenden en dus onder de mededingingsregels vielen. Ook vielen werkgevers en werknemers wat de inhoud van hun collectieve overeenkomsten betreft onder het mededingingsrecht, hetzij rechtstreeks, hetzij via hun vertegenwoordigers. Bij het aanwijzen

22 — Artikel 7 van ordonnance nr. 86-1243 van 1 december 1986.

23 — Conseil de la concurrence, 26 juni 1990, décision nr. 90-D-21, Syndicats d'artistes-interprètes.

24 — Arrest van 6 maart 1991 van de Cour d'appel de Paris, Syndicat français des artistes interprètes et autres, opgenomen in *Contrats-Concurrence-Consommation*, 1991, 108: „[L]a prohibition édictée par l'ordonnance ... intéresse toute forme de concertation, quels qu'en soient les auteurs et les victimes directes, dès lors qu'objectivement elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché".

25 — Zie de motivering van de décision van de Conseil de la concurrence aangehaald in voetnoot 23.

26 — Conseil de la concurrence, avis nr. 92-A-01 van 21 januari 1992, Syndicat français des assureurs-conseils.

van één beheerder maakten de werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers echter slechts gebruik van hun normale recht om te kiezen met welke dienstverlener zij een overeenkomst wilden aangaan. De uitbreiding van de overeenkomst tot de gehele bedrijfstak droeg volgens de Conseil de la concurrence in de eerste plaats bij tot gelijke mededingingsvoorwaarden in de bedrijfstak en in de tweede plaats tot economische en sociale vooruitgang. De mededingingsregels waren dan ook niet geschonden.

83. In Finland worden in artikel 2, lid 1, van de Laki kilpailunrajoituksista 480/1992 (wet inzake de mededinging) overeenkomsten betreffende de arbeidsmarkt van de werkingssfeer van de wet uitgesloten. Volgens de wetsgeschiedenis vallen collectieve overeenkomsten inzake arbeidsvoorwaarden dan ook buiten de werking van de mededingingsregels; de mededingingsregels zijn echter wel van toepassing op collectieve overeenkomsten die niet de arbeidsvoorwaarden betreffen, maar bijvoorbeeld de commerciële relaties van de werkgever met zijn afnemers. [27]

84. De hoogste administratieve rechter sprak zich over de reikwijdte van die uitzondering uit in een zaak [28] betreffende een collectieve overeenkomst in de papierindustrie waarbij de mogelijkheid voor werkgevers om bepaalde traditioneel door werknemers verrichte taken (bijvoorbeeld schoonmaakwerk) uit te besteden aan onafhankelijke dienstverleners, was beperkt. De rechter oordeelde, dat alleen bepalingen die rechtstreeks betrekking hadden op de arbeidsvoorwaarden, zoals lonen, werktijden en ontslagbescherming, van het kartelverbod waren uitgesloten. De in geding zijnde beperkingen vielen derhalve niet onder de uitzondering. De werknemers werden voldoende beschermd door een wetsbepaling waarbij ontslag in geval van uitbesteding werd verboden.

85. In Denemarken verklaart artikel 2, lid 1, van de onlangs aangenomen wet op de mededinging [29] deze wet van toepassing op alle soorten van economische activiteit. Volgens de wetsgeschiedenis moet het begrip economische activiteit ruim worden uitgelegd en omvat het alle soorten van economische activiteiten op goederen- en dienstenmarkten. Voor toepasselijkheid van de wet is noch een winstoogmerk noch een bepaalde rechtsvorm vereist.

86. Artikel 3 bepaalt, dat de wet niet van toepassing is op lonen en arbeidsvoorwaarden. Volgens de wetsgeschiedenis betreft

27 — Kom. 1987:4, blz. 61; HE 148/1987 vp., blz. 14 en HE 162/1991 vp., blz. 9.

28 — KHO taltio 1586, 11 april 1995.

29 — Lov nr. 384 van 10 juni 1997.

die uitzondering uitsluitend de verhouding tussen werkgevers en werknemers.

87. Uit de wetsgeschiedenis blijkt ook, dat de in de nieuwe wet neergelegde uitzondering moet worden uitgelegd in de geest van de eerdere monopoliewetgeving. Een uitspraak van het Højesteret van 1965 [30] is dan ook nog steeds van belang. Het Højesteret had te beslissen over voorschriften in een collectieve overeenkomst, die tot gevolg hadden dat bepaalde groepen van consumenten werden uitgesloten van de levering van kleding die goedkoper geproduceerd was. Het achtte de uitzondering niet van toepassing, omdat de overeenkomst verder ging dan het stellen van regels voor lonen en arbeidsvoorwaarden. Verder was de wet ratione personae van toepassing op de „sociale partners" voor zover deze zich bezighielden met „zulke economische belangen". Het Deense kartelverbod geldt dus voor bepalingen in collectieve overeenkomsten, die „verband houden met een economische activiteit" en „geen betrekking hebben op lonen of arbeidsvoorwaarden".

88. In Duitsland sluit het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (wet tegen beperkingen van de mededinging; hierna: „GWB") bepaalde gebieden van economische activiteit en overeenkomsten uit van zijn materiële werkingssfeer. Noch de arbeidsmarkt noch collectieve overeenkomsten worden echter met zoveel woorden genoemd.

89. Het algemene kartelverbod heeft alleen betrekking op overeenkomsten „voor zover deze (...) de marktverhoudingen voor het verkeer van goederen of commerciële diensten kunnen beïnvloeden". [31] Volgens de wetsgeschiedenis is arbeid in loondienst niet aan te merken als een „commerciële dienst", en vallen collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers over lonen en arbeidsvoorwaarden dan ook buiten de werking van het kartelverbod. [32]

90. De verschillende rechterlijke instanties en het Bundeskartellamt hebben zich herhaaldelijk moeten uitspreken over de wettigheid van collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers, die gevolgen hadden voor de winkelsluitingstijden, of meer in het algemeen voor de werktijden in bepaalde takken van nijverheid, hetzij rechtstreeks, hetzij via de werktijdenregeling.

91. Het Bundesarbeitsgericht oordeelde [33], dat collectieve overeenkomsten tussen

30 — Ufr. 1965.634H cf. Ufr. 1965B.260.

31 — „(...) soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder *gewerblichen Leistungen* durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen".

32 — Amtliche Begründung für den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 2/1158, blz. 30.

33 — Uitspraak van 27 juni 1989, 1 AZR 404/88, gedeeltelijk gepubliceerd in WuW/E VG 347.

werkgevers en werknemers in beginsel buiten de materiële werkingssfeer van de mededingingsregels vallen, en wel om verschillende redenen. Het Bundesarbeitsgericht stelde voorop, dat het voeren van collectieve onderhandelingen een van de activiteiten is die door de in artikel 9, lid 3, Grundgesetz neergelegde grondrechten worden beschermd. Ten tweede genoot de arbeidsmarkt een bijzondere positie (ordnungspolitische Sonderstellung). Ten derde was niet voldaan aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van § 1 GWB: vakverenigingen konden niet worden aangemerkt als onderneming in de zin van het mededingingsrecht, aangezien zij niet actief waren op de goederen- of dienstenmarkten. Bijgevolg waren collectieve overeenkomsten geen overeenkomsten tussen ondernemingen. Derhalve moest ook de noodzakelijke voorwaarde voor het sluiten van dergelijke overeenkomsten, namelijk het besluit van de werkgevers om gezamenlijk te onderhandelen, buiten de werking van het kartelverbod vallen. In de vierde plaats konden de betrokken belangen niet tegen elkaar worden afgewogen bij gebreke van duidelijke normatieve criteria. In de vijfde plaats zou het kartelverbod enkel van toepassing zijn in geval van opzettelijke samenspanning door werkgevers die collectieve overeenkomsten gebruiken als dekmantel voor een met de mededinging strijdig kartel op de goederen- of dienstenmarkt.

92. Het Bundeskartellamt kwam tot een andere conclusie. In een advies over een collectieve overeenkomst die een rechtstreekse harmonisatie van de sluitingstijden op zaterdag en gedurende de vakantieperioden in de groothandel [34] inhield, was het Bundeskartellamt van mening, dat dergelijke overeenkomsten rechtstreeks van invloed waren op de markten voor goederen en commerciële diensten en daarom niet bij voorbaat buiten de toepassing van § 1 GWB konden blijven. Het onderscheidde dergelijke overeenkomsten van overeenkomsten die slechts een regeling van de werktijden inhielden.

93. Bij een tweede gelegenheid ging het Bundeskartellamt nog verder. [35] Werkgevers en werknemers in de detailhandel hadden overeenstemming bereikt over de harmonisatie van werkroosters, waardoor het eigenaren van winkels indirect onmogelijk werd gemaakt, na een bepaald tijdstip open te zijn. Volgens het Bundeskartellamt was de regeling van de werktijden bij collectieve overeenkomst een bijzonder geval, omdat deze een tweeledig karakter had: enerzijds waren de openingstijden in de detailhandel een belangrijke mededingingsfactor. De vakbonden en de werkgevers hadden indirect, maar daadwerkelijk, invloed op de activiteit van de ondernemingen op de goederen- en dienstenmarkten en verrichtten dus een economische activiteit. Anderzijds werden de collectieve onderhandelingen voor zover zij betrekking hadden op de arbeidsvoorwaarden, beschermd door de grondrechten. In dat specifieke en uitzonderlijke conflictgeval kon alleen een afweging van de betrokken belangen een werkbare oplossing opleveren. In het ter

34 — Brief van het Bundeskartellamt van 31 januari 1961 — Z 2 — 121 000 — 465/60, gepubliceerd in WuW/E BKartA 339.

35 — Schriftelijke opmerkingen van het Bundeskartellamt in een procedure voor het Landgericht Berlin van 3 april 1989 — P-178/88, samengevat in WuW 1989, blz. 563 en 564.

beoordeling staande geval moest het belang van de mededinging prevaleren.

94. Het Kammergericht Berlin, dat in hoger beroep had te oordelen[36] over dezelfde werktijdenregeling als waarover het Bundeskartellamt zijn licht had laten schijnen[37], sloeg een derde weg in. Noch collectieve overeenkomsten, noch de partijen daarbij waren bij voorbaat van de werkingssfeer van de Duitse kartelwetgeving uitgesloten. Collectieve overeenkomsten over arbeidsvoorwaarden en lonen waren echter normaal gesproken wettig ingevolge § 1 GWB, aangezien het niet voor de hand lag dat zij de „marktverhoudingen voor goederen of commerciële diensten" zouden beïnvloeden. Wat de ter beoordeling staande specifieke collectieve overeenkomsten betreft, leidde de indirecte maar daadwerkelijke beperking van de winkelsluitingstijden op de goederenmarkt in beginsel wel tot een inbreuk op het kartelverbod, maar overeenkomsten over de werktijden bevonden zich in het middelpunt („im Kernbereich") van het Duitse grondrecht van collectieve onderhandeling. Dergelijke overeenkomsten vielen geheel buiten de werking van in gewone wetten neergelegde verboden.

95. In het Verenigd Koninkrijk kon de Secretary of State ingevolge de Fair Trading Act 1973 beperkende arbeidsvoorwaarden aan de Monopolies and Mergers Commission voorleggen ter toetsing van hun effect op het openbaar belang. Tot voor kort werd van die bepaling nooit gebruik gemaakt: traditioneel werd op het mededingingsrecht in het Verenigd Koninkrijk geen beroep gedaan wanneer het de verhouding werkgevers-werknemers betrof.[38] In 1988 werd voor het eerst een procedure aanhangig gemaakt op grond van de Fair Trading Act 1973: deze betrof arbeidsomstandigheden in de televisie- en filmindustrie. De Monopolies and Mergers Commission concludeerde, dat de betrokken arbeidsomstandigheden niet tegen het openbaar belang inwerkten.[39] Met de nieuwe Competition Act 1998, die grotendeels is vormgegeven op basis van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, lijkt de situatie niet wezenlijk anders.

96. In de Verenigde Staten vallen vakbondsactiviteiten in beginsel buiten de werking van het kartelverbod van Section 1 van de Sherman Act[40], via een „statutory" (in de wet vastgelegde) en een „non-statutory" (niet in de wet vastgelegde) vrijstelling voor vakbondsactiviteiten („labour

36 — Uitspraak van het Kammergericht van 21 februari 1990 — Kart. U 4357/89, gepubliceerd in WuW/E OLG 4531.

37 — Zie voetnoot 35.

38 — R. Whish, *Competition Law*, Butterworths, 3e editie, 1993, blz. 77. Zie ook, in de vroegere Restrictive Trade Practices Act 1976, de uitzonderingen voor de factor arbeid in Section 9(6) (goederen) en Section 18(6) (diensten): overeenkomsten over beloning, arbeidsvoorwaarden, werktijden en arbeidsomstandigheden kwamen niet voor registratie in aanmerking.

39 — Labour Practices in TV and Film-making, Cm 666 (1989).

40 — „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States or with foreign nations is hereby declared to be illegal."

exemption"). Deze vrijstellingen hebben echter een beperkte omvang.

97. Wat de „statutory exemption" betreft, nam het Congres al in 1914 de Clayton Act aan, die was bedoeld om eenzijdig vakbondsoptreden bij arbeidsconflicten buiten de werking van het kartelverbod te brengen. De Clayton Act bepaalde onder meer, dat „menselijke arbeid geen gebruiksgoed of handelsartikel is". Aangezien de bedoeling van de wetgever maar gedeeltelijk uit de verf kwam, doordat de Clayton Act door de Federal Courts eng werd uitgelegd[41], nam het Congres in 1932 de Norris-LaGuardia Act aan, die was bedoeld om de eerdere vrijstelling te verruimen. In de zaak United States v Hutcheson[42] formuleerde de Supreme Court de drie voorwaarden voor toepassing van deze statutory exemption. In de eerste plaats moest het gaan om een arbeidsconflict. Ten tweede moest de vakbond optreden in zijn „eigen belang". Ten derde mocht de vakbond zich niet aansluiten andere groepen dan vakbonden, dat wil zeggen bij werkgevers.

98. Ofschoon overeenkomsten tussen vakbonden en werkgevers dus niet onder de statutory exemption vielen, erkende de Supreme Court in zijn latere rechtspraak het bestaan van een non-statutory exemption, zij het dat deze in beginsel beperkt was tot overeenkomsten over lonen en arbeidsvoorwaarden. In het arrest Connell Constructions v Plumbers and Steamfitters Local Union No. 100[43], verklaarde de Supreme Court:

„De non-statutory exemption vloeit voort uit de sterke arbeidspolitiek die de aaneensluiting van de werknemers voorstaat om mededinging op het gebied van de lonen en arbeidsvoorwaarden te elimineren. Wanneer de vakbond de werknemers weet te organiseren en de lonen te standaardiseren, zal dit uiteindelijk zijn weerslag hebben op de prijsconcurrentie tussen de werkgevers, maar de doelstellingen van het federale arbeidsrecht zouden nooit worden bereikt wanneer deze effecten op de concurrentie werden aangemerkt als een schending van het kartelrecht. De Supreme Court erkent daarom, dat de arbeidspolitiek vereist dat enige vermindering van de mededinging op basis van verschillen in lonen en arbeidsvoorwaarden, wordt getolereerd (...) Deze arbeidspolitiek vereist echter stellig niet, dat een vakbond vrij is, rechtstreeks beperkingen aan te brengen in de mededinging tussen de werkgevers van zijn leden. Ofschoon de statutory exemption de vakbonden toestaat, door eenzijdig optreden tot een zekere beperking te komen (...), biedt de non-statutory exemption dus geen overeenkomstige bescherming, wanneer een vakbond met een niet-vakbond overeenkomt de mededinging op een handelsmarkt te beperken."

41 — Duplex Printing Press Co. v Deering, 254 US 443.
42 — 312 US 219.
43 — Arrest van 2 juni 1975, 421 US 616.

(„The non-statutory exemption has its source in the strong labour policy favouring the association of employees to eliminate competition over wages and working conditions. Union success in organising workers and standardising wages ultimately will affect price competition among employers, but the goals of federal labour law never could be achieved if these effects on business competition were held a violation of the antitrust laws. The Court therefore has acknowledged that labour policy requires tolerance for the lessening of business competition based on differences in wages and working conditions.... Labour policy clearly does not require, however, that a union have freedom to impose direct restraints on competition among those who employ its members. Thus, while the statutory exemption allows unions to accomplish some restraints by acting unilaterally..., the non-statutory exemption offers no similar protection when a union and a non-labour party agree to restrain competition in a business market.")

99. Het lijkt mij zinvol, kort in te gaan op drie belangrijke uitspraken van de Amerikaanse Supreme Court die de omvang van de „non-statutory labour exemption" betreffen.

100. De zaak United Mine Workers of America v Pennington [44] betrof het geval dat de vakbonden met enkele grote steenkoolondernemingen zouden hebben samengespannen, onder meer om alle ondernemers in de bedrijfstak te dwingen de bij collectieve overeenkomst vastgestelde lonen te betalen, ongeacht of zij daartoe financieel in staat waren, met als doel kleine werkgevers uit de branche te drukken.

101. Volgens de meerderheid (6 tegen 3) viel dit gedrag niet onder de immuniteit voor het kartelverbod. De statutory exemption was niet van toepassing, aangezien het ging om een overeenkomst tussen een vakbond en werkgevers. Een collectieve overeenkomst over de verkoopprijzen van steenkool zou stellig in strijd zijn met de kartelbepalingen. De lonen daarentegen waren juist de kern van datgene waarover werkgevers en werknemers onderhandelen. Het effect op de goederenmarkt van het wegvallen van de loonconcurrentie tussen de werkgevers in een onderhandelingsgroep was in beginsel dan ook „niet het soort beperking dat het Congres middels de Sherman Act wilde verbieden". Een vakbond had derhalve het recht, een loonakkoord te sluiten met een onderhandelingsgroep bestaande uit meerdere werkgevers en, in zijn eigen belang, te proberen andere werkgevers zover te krijgen dat zij dezelfde lonen zouden betalen, zonder met alle of enkele werkgevers van die groep een overeenkomst aan te gaan. Dat nam niet weg, dat „een groep werkgevers niet mag samenspannen om concurrenten uit de bedrijfstak te drukken en dat de vakbond met de werkgevers aansprakelijk is wanneer hij

44 — Arrest van 7 juni 1965, 381 US 657.

aan die samenspanning deelneemt". Het vergelijk dat tussen de vakbond en de grote steenkoolproducenten zou zijn gesloten om in de gehele bedrijfstak tot eenvormige arbeidsvoorwaarden te komen, was daarom niet van het kartelverbod uitgesloten.

102. De zaak Meat Cutters v Jewel Tea Co.[45], die op dezelfde dag werd beslist, betrof de winkelsluitingstijden. Een plaatselijke vakbond, die nagenoeg alle slagers in de regio vertegenwoordigde, kwam met een vereniging van detailhandelaren in levensmiddelen overeen, dat de vleesafdelingen van grootwinkelbedrijven van maandag tot en met zaterdag alleen van 9.00 tot 18.00 uur open zouden zijn. Onder dreiging van staking ondertekende een werkgever de overeenkomst, waarna hij de vakbond voor de rechter daagde wegens nietigheid van de overeenkomst ingevolge de Sherman Act.

103. De meerderheid (6 tegen 3) was van oordeel, dat het kartelverbod niet van toepassing was, maar verschilde van mening over de gronden. Drie leden van de meerderheid achtten de beperkte openingstijden zo nauw verbonden met de lonen, werktijden en arbeidsvoorwaarden, dat te goeder trouw gevoerde, onafhankelijke onderhandelingen daarover van de werking van de Sherman Act waren vrijgesteld. De drie andere meerderheidsrechters, die in de zaak Pennington in de minderheid waren geweest, waren van mening, dat collectief onderhandelen over onderwerpen waarover volgens de relevante arbeidswetgeving onderhandeling verplicht was, naar zijn aard niet onder het kartelverbod viel. Daarvoor voerden zij met name aan, dat de rechter de bedoeling van de wetgever moet eerbiedigen en dat er geen normatieve criteria waren op grond waarvan de rechter in een kartelzaak onderscheid kon maken tussen nuttige en schadelijke collectieve overeenkomsten.

104. De minderheid was van mening, dat de overeenkomst direct ingreep in de goederenmarkt en geen enkel mededingingsbevorderend effect had, zodat zij volgens de Sherman Act verboden was.

105. In zijn recente beslissing in de zaak Brown v Pro Football[46] kreeg de Supreme Court te maken met werkgevers die hun werknemers collectief en eenzijdig arbeidsvoorwaarden hadden opgelegd na het vastlopen van collectieve onderhandelingen. De zaak betrof het enigszins bijzondere geval van onderhandelingen tussen de National

45 — Arrest van 7 juni 1965, 381 US 676.

46 — 116 S. Ct. 2116 (1996).

Football League en de vakbond van footballspelers.

106. De meerderheid (8 tegen 1) was van oordeel, dat de non-statutory labour exemption ook gold voor overeenkomsten tussen meerdere werkgevers na vastgelopen onderhandelingen, tot uitvoering van de voorwaarden die in het laatste, meest gunstige te goeder trouw gedane loonaanbod van de werkgevers waren neergelegd, ervan uitgaande dat deze gang van zaken vanuit arbeidsrechtelijk of arbeidspolitiek oogpunt niet bezwaarlijk was. In de eerste plaats was het onderhandelen door meerdere werkgevers een geaccepteerde, belangrijke en wijdverspreide methode van collectief onderhandelen, die zowel voor de werkgever als voor de werknemer voordelen had. In de tweede plaats zou, indien deze praktijk onder de kartelwetgeving zou vallen, de kartelrechter tal van belangrijke praktische vragen hebben te beantwoorden over de wijze waarop collectieve onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden moesten verlopen — precies hetgeen men met de labour exemption had willen vermijden. In de derde plaats zou het aannemen van kartelaansprakelijkheid leiden tot instabiliteit en ongewisheid in het proces van collectieve onderhandelingen.

107. De minderheidsrechter (Justice Stevens) was van mening, dat noch het beleid achter de arbeids- en kartelwetgeving, noch het doel van de non-statutory exemption rechtvaardigde, dat collectieve actie van werkgevers om de lonen onder het niveau te drukken dat zij in een vrije markt zouden hebben, van toetsing aan het kartelverbod werd uitgezonderd.

108. Samengevat levert dit vergelijkend overzicht het volgende op.

109. In alle onderzochte stelsels vallen collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers in zekere mate buiten de werking van het kartelverbod. Deze immuniteit is echter niet onbeperkt.

110. De rechtsbronnen waaruit deze immuniteit voortkomt en de juridische middelen waarmee zij wordt bereikt, lopen sterk uiteen. Zo vindt men

— voorrang van een grondrecht van collectieve onderhandeling (Duitsland),

— uitdrukkelijke vrijstelling in de kartelwet of andere wetten (Denemarken,

Finland, statutory exemption in de Verenigde Staten),

— rechtsvorming door rechterlijke instanties (non-statutory exemption in de Verenigde Staten),

— toepassing van een specifieke voorwaarde waaraan de betrokken overeenkomsten normaliter niet voldoen, zonder welke het kartelverbod niet is overtreden (Duitsland),

— toepassing van de algemene voorwaarden voor een inbreuk op het kartelverbod op een wijze die tot het gewenste resultaat leidt (Frankrijk),

— een traditionele praktijk dat de mededingingsregels niet worden toegepast op de arbeidsverhoudingen (Verenigd Koninkrijk).

111. Ook de omvang van de immuniteit varieert. De rechterlijke instanties stellen evenwel veelal de volgende vragen:

— Hebben de ter beoordeling staande overeenkomsten betrekking op lonen, werktijden of andere arbeidsvoorwaarden, die de kern vormen van collectief onderhandelen?

— In hoeverre hebben de overeenkomsten invloed op de goederen- en dienstenmarkten waarop de werkgevers actief zijn?

— In hoeverre hebben de overeenkomsten gevolgen voor derden? Derden voor wie de overeenkomsten mogelijk gevolgen hebben zijn ondernemingen die op dezelfde markt opereren en niet bij de onderhandelingen betrokken zijn geweest, ondernemingen die op andere markten actief zijn, en consumenten.

— Hebben de overeenkomsten een met de mededinging strijdig doel?

— Is het beter standaardregels toe te passen of de conflicterende belangen van geval tot geval tegen elkaar af te wegen?

112. Tegen deze achtergrond zal ik nu artikel 85, lid 1, van het Verdrag analyseren. Ik zal eerst de toepasselijkheid ratione materiae van artikel 85, lid 1, van het Verdrag onderzoeken, dan de vraag of er sprake is van een overeenkomst of onder-

ling afgestemde feitelijke gedraging tussen ondernemingen, en ten slotte de vraag of die onderling afgestemde feitelijke gedraging de mededinging merkbaar beperkt.

B — *Toepasselijkheid ratione materiae van artikel 85, lid 1, van het Verdrag*

113. Volgens de pensioenfondsen en de Nederlandse, de Franse en de Zweedse regering is artikel 85, lid 1, in beginsel ratione materiae niet van toepassing op collectieve overeenkomsten tussen vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers inzake pensioenen. Hun argumenten kunnen als volgt worden samengevat.

114. In de eerste plaats hebben die overeenkomsten betrekking op sociale aangelegenheden en bevorderen zij de sociale doelstellingen van het Verdrag. Toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, zou de verwezenlijking van die doelstellingen in gevaar brengen.

115. In de tweede plaats zou de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag de sociale partners hun grondrecht van collectieve onderhandeling ontnemen, dat in verschillende internationale en Europese instrumenten is vastgelegd.

116. In de derde plaats zou toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, onverenigbaar zijn met verschillende regels van gemeenschapsrecht die het collectief onderhandelen tussen de vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers uitdrukkelijk stimuleren en bevorderen.

117. Met deze argumenten worden twee vraagpunten aan de orde gesteld, die ik elk voor zich zal bespreken.

118. Het eerste argument houdt verband met het onderwerp van de overeenkomsten. De vraag is, of een bepaalde overeenkomst, ongeacht haar vorm, buiten het bereik van de mededingingsregels valt, omdat daarmee sociale aangelegenheden zoals arbeidsvoorwaarden of pensioenen worden geregeld en een sociaal doel wordt gediend. Met andere woorden, bestaat er in het communautaire mededingingsrecht een algemene uitzondering voor de sociale sector?

119. Het tweede en het derde argument betreffen het kader waarbinnen de betrokken overeenkomsten worden gesloten. Zij stellen de meer beperkte vraag, of collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en

werknemers in het gemeenschapsrecht een bijzondere status hebben, zodat artikel 85, lid 1, daarop principieel niet van toepassing kan zijn. Bestaat er een uitzondering voor collectief onderhandelen tussen werkgevers en werknemers?

1. *Bestaat er een algemene uitzondering voor de sociale sector?*

120. Artikel 85, lid 1, van het Verdrag maakt deel uit van het „regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt verstoord", wat volgens artikel 3, sub g, van het Verdrag onderdeel is van het optreden van de Gemeenschap.

121. Artikel 3, sub i, bepaalt, dat tot het optreden van de Gemeenschap ook behoort „een beleid op sociaal gebied". Artikel 2 omschrijft als taak van de Gemeenschap onder meer „het bevorderen van een harmonische en evenwichtige ontwikkeling van de economische activiteit" en „een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming".

122. Volgens de pensioenfondsen volgt uit deze bepalingen, dat de mededingingsregels niet gelden voor de sociale sector. Vanwege de bijzondere kenmerken van dit gebied kan en mag het mededingingsrecht niet ingrijpen. Zij betogen dat collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers tot doel hebben, de sociale doelstellingen van het Verdrag te bevorderen. Deze overeenkomsten behoren dan ook tot de sociale sector, waarvoor de artikelen 85 en 86 van het Verdrag principieel niet gelden.

123. Ik deel deze opvatting niet. Het Hof heeft steeds geoordeeld, dat „wanneer het Verdrag bepaalde activiteiten aan de toepassing van de mededingingsregels heeft willen onttrekken, het ter zake een uitdrukkelijke uitzondering heeft voorzien".[47] Voorbeelden van dergelijke verdragsbepalingen zijn artikel 42, eerste alinea, EG-Verdrag betreffende de landbouw, artikel 223, lid 1, sub b, met betrekking tot militair materieel, en tot op zekere hoogte artikel 90, lid 2, met betrekking tot bepaalde ondernemingen.

124. Wat de sociale sector betreft, staat er in het Verdrag geen bepaling die, zoals artikel 42, de toepassing van de mededingingsregels uitdrukkelijk uitsluit, of daarvoor een besluit van de Raad vereist.

125. Bovendien is de toepasselijkheid van de mededingingsregels door het Hof onherroepelijk gehandhaafd voor een aantal andere „bijzondere" sectoren, die in sommige lidstaten buiten de werkingssfeer van de mededingingsregels vallen. In die secto-

47 — Zie bijvoorbeeld arrest van 30 april 1986, Asjes e.a. (209/84—213/84, Jurispr. blz 1425, punt 40).

ren is de toepasselijkheid van de mededingingsregels herhaaldelijk bestreden met een beroep op de bijzondere kenmerken van de betrokken sectoren en op de conflicterende beleidsdoelen genoemd in artikel 3 van het Verdrag.

126. Het Hof heeft zulke argumenten echter steeds verworpen en de artikelen 85 en 86 toegepast op sectoren als het vervoer [48], de energievoorziening [49], het bankwezen [50] en het verzekeringswezen [51], op grond dat er andere middelen zijn, zoals uitzonderingen ingevolge artikel 85, lid 3, van het Verdrag, waarmee het gemeenschapsrecht de mogelijkheid geeft rekening te houden met de bijzondere aard van bepaalde economische sectoren. [52] In die gevallen achtte het Hof het enkele conflicteren van beleidsdoelstellingen — bijvoorbeeld in artikel 3, sub f (een gemeenschappelijk beleid op het gebied van het vervoer), en artikel 3, sub t (maatregelen van de Gemeenschap op het gebied van de energie) — geen beletsel voor de toepassing van de mededingingsregels op de betrokken sectoren. Het feit dat de Gemeenschap een bepaald beleid voert, betekent niet, dat deze economische sector daardoor buiten de mededingingsregels komt te vallen.

127. Bovendien, en dat is speciaal voor de onderhavige zaken van belang, heeft het Hof in een reeks cruciale uitspraken het beginsel aanvaard dat de mededingingsregels gelden voor de sociale sector, in het bijzonder met betrekking tot de werkgelegenheid en pensioenen. Zo aanvaardde het Hof dit beginsel met betrekking tot de arbeidsmarkt in de zaken Höfner en Elser [53] en Job Centre [54], en voor pensioenen in de zaken Poucet en Pistre [55] en FFSA e.a. [56] Op deze zaken zal hierna uitvoeriger moeten worden ingegaan. Op deze plaats kan worden volstaan met de constatering dat het Hof bij zijn onderzoek of de betrokken instanties moesten worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van de artikelen 85 of 86, stilzwijgend ervan uitging dat de mededingingsregels ratione materiae op die sectoren van toepassing waren. Meer recent paste het Hof in de zaak Sodemare e.a. — zonder zelfs na te gaan of in de gezondheidszorg werkzame particuliere organisaties zonder winstoogmerk moesten worden aangemerkt als onderneming — zonder meer de mededingingsregels toe en kwam het tot de conclusie dat er geen sprake was van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1. [57]

128. Deze conclusie wordt niet weersproken door het arrest in de zaak García e.a. [58], waarop met name de Franse regering zich beroept. Het ging daarin om

48 — Arresten Asjes e.a., aangehaald in voetnoot 47, punt 40, en van 11 april 1989, Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro (66/86, Jurispr. blz. 803).

49 — Arrest van 27 april 1994, Almelo e.a. (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477).

50 — Arrest van 14 juli 1981, Züchner (172/80, Jurispr. blz. 2021, punten 6-9).

51 — Arrest van 27 januari 1987, Verband der Sachversicherer/Commissie (45/85, Jurispr. blz. 405).

52 — Arrest Verband der Sachversicherer/Commissie, aangehaald in voetnoot 51, punt 15.

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

54 — Arrest van 11 december 1997 (C-55/96, Jurispr. blz. I-7119).

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

56 — Arrest van 16 november 1995 (C-244/94, Jurispr. blz. I-4013).

57 — Arrest van 17 juni 1997 (C-70/95, Jurispr. blz. I-3395, punt 43).

58 — Arrest van 26 maart 1996 (C-238/94, Jurispr. blz. I-1673).

de toepasselijkheid ratione materiae van de Derde richtlijn schadeverzekering[59], die is gebaseerd op de regels betreffende het vrije dienstenverkeer en de vrijheid van vestiging. Het Hof verklaarde, dat artikel 2, lid 2, van de richtlijn „aldus moet worden uitgelegd, dat socialezekerheidsstelsels als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen".

129. Anders dan de Franse regering stelt, gaat het in punt 14 van dat arrest om de personele werkingssfeer van de in geding zijnde richtlijn, dat wil zeggen de organen waarop de richtlijn betrekking heeft, en niet om de toepasselijkheid van de mededingingsregels op de sociale sector. Het Hof herinnerde met zijn verwijzing naar de in het arrest Poucet en Pistre gevolgde redenering slechts aan zijn rechtspraak betreffende de toepasselijkheid rationae personae van de mededingingsregels op bepaalde instellingen die sociale uitkeringen verstrekken. Bovendien bevestigt punt 12 van het arrest, dat het Hof vasthoudt aan de benadering in de arresten Poucet en Pistre en Fédération française des sociétés d'assurances (beide reeds aangehaald). Zoals ik heb uiteengezet veronderstelt die benadering, dat de sector pensioenen en andere sociale uitkeringen niet ipso facto buiten de materiële werkingssfeer van de mededingingsregels valt.

130. Mijns inziens bestaat er dan ook geen algemene uitzondering waardoor de gehele sociale sector buiten de werking van de mededingingsregels valt.[60]

59 — Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringbranche, en houdende wijziging van de richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG (PB L 228, blz. 1).

2. Bestaat er een uitzondering voor collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers?

131. Zoals gezegd worden voor de opvatting dat voor collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers een bijzondere plaats moet worden ingeruimd, twee argumenten aangevoerd. Het eerste is gebaseerd op het bestaan van een grondrecht van collectieve onderhandeling en het tweede op het feit dat het gemeenschapsrecht zelf het sluiten van dergelijke collectieve overeenkomsten aanmoedigt.

a) Bestaat er een grondrecht van collectieve onderhandeling?

132. De pensioenfondsen, de Nederlandse en de Franse regering en de Commissie stellen, dat uit een aantal internationale wettelijke instrumenten het bestaan in de communautaire rechtsorde van een grond-

60 — Zie in deze zin ook de conclusie van advocaat-generaal Lenz bij arrest Bosman, waarin hij opmerkte: „Mijns inziens bestaat er (...) geen regel die inhoudt, dat afspraken betreffende arbeidsverhoudingen algemeen en volledig aan de werkingssfeer van de communautaire mededingingsregels zijn onttrokken" (arrest aangehaald in voetnoot 21, punt 273 van de conclusie). In punt 138 van het arrest overwoog het Hof dat geen uitspraak behoefde te worden gedaan over de uitlegging van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag.

recht van collectieve onderhandeling is af te leiden. Toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op dergelijke overeenkomsten zou volgens deze partijen erop neerkomen dat dit grondrecht werkgevers en werknemers wordt ontnomen.

133. Kent de communautaire rechtsorde inderdaad een dergelijk grondrecht? Deze vraag is cruciaal, omdat in het bevestigende geval elk ingrijpen, al is het in het openbaar belang, mogelijk onwettig is. [61]

134. Voor mijn analyse zal ik drie rechten onderscheiden: het recht van een individu om een vakbond of een werkgeversorganisatie op te richten en daarvan lid te worden; het algemeen recht van een vakbond of werkgeversorganisatie om collectief op te treden bij de behartiging van beroeps- of bedrijfsbelangen; en het specifieke recht van vakbonden en werkgeversorganisaties om collectief te onderhandelen, dat in de onderhavige zaken in het geding is.

135. Het Verdrag zelf, dat — zoals hierna zal worden besproken — collectief onderhandelen wel aanmoedigt, verleent niet met zoveel woorden een of meer van de hiervóór genoemde drie rechten.

136. Ingevolge het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden [62] hebben werkgevers en werknemers het recht zich vrij te verenigen met het oog op de oprichting van beroepsorganisaties en vakbondsorganisaties naar keuze „ter behartiging van hun economische en sociale belangen" (artikel 11). De werkgevers en werknemers „hebben onder de voorwaarden als bepaald bij de nationale wetgeving en de nationale gebruiken, het recht te onderhandelen en collectieve arbeidsovereenkomsten te sluiten" (artikel 12). Het Handvest omvat dus de drie eerdergenoemde „rechten".

137. Het Handvest heeft echter zeer beperkte rechtsgevolgen. Het is geen rechtshandeling van de Gemeenschap, maar een plechtige politieke verklaring van de staatshoofden of regeringsleiders van elf van de toenmalige twaalf lidstaten, en is niet bekendgemaakt in het *Publicatieblad*. In de aan het Verdrag betreffende de Europese Unie gehechte Overeenkomst betreffende de sociale politiek hebben dezelfde elf lidstaten die het Handvest hebben aangenomen geen rechtsgevolg willen verlenen aan de rechten waaraan zij hun politieke steun hadden gegeven in het Handvest.

138. De rechtspraak van het Hof biedt meer houvast ten aanzien van de algemene vraag of het gemeenschapsrecht een of meer van bovengenoemde drie rechten erkent. Volgens vaste rechtspraak „behoren (...) de fundamentele rechten tot de algemene rechtsbeginselen welker eerbiediging

61 — Arrest van 5 oktober 1993, Duitsland/Raad (C-280/93, Jurispr. blz. I-4973, punten 78 en 87).

62 — Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden, de staatshoofden en regeringsleiders van de lidstaten van de Europese Gemeenschap, in vergadering bijeen te Straatsburg op 9 december 1989.

het Hof verzekert. Daarbij laat het Hof zich leiden door de constitutionele tradities welke aan de lidstaten gemeen zijn, alsmede door de aanwijzingen die te vinden zijn in de internationale rechtsinstrumenten inzake de bescherming van de rechten van de mens, waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten." [63] „Aan het Europees Verdrag [tot bescherming van de rechten van de mens] komt in dit opzicht bijzondere betekenis toe." [64]

139. In het arrest Union syndicale — service Public Européen e.a. [65] verklaarde het Hof, dat „de in artikel 24 bis van het Ambtenarenstatuut erkende vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen volgens de algemene beginselen van het arbeidsrecht niet slechts het recht voor ambtenaren en personeelsleden meebrengt om vrijelijk verenigingen hunner keuze op te richten, maar ook voor deze verenigingen om ter behartiging van de beroepsbelangen van hun leden elke rechtmatige activiteit te ontplooien". Daarmee, zo kan men stellen, heeft het Hof in de eerste plaats het individuele recht erkend om een vereniging op te richten en daarvan lid te worden, en in de tweede plaats het collectieve recht om te ageren. Dat deze twee rechten fundamentele rechten zijn, werd bevestigd in het arrest Bosman [66] met betrekking tot de vrijheid van vereniging in het algemeen en in het arrest Maurissen en Union syndicale/Rekenkamer [67] meer speciaal in verband met vakverenigingen. Of er nog een derde, specifiek fundamenteel recht van collectieve onderhandeling bestaat, is nog niet beslist.

140. Dan zal ik nu de relevante internationale wettelijke instrumenten bespreken waarop een beroep is gedaan door de pensioenfondsen, enkele lidstaten en de Commissie.

141. Met name de Commissie betoogt, dat het recht van collectieve onderhandeling over lonen en andere arbeidsvoorwaarden een fundamenteel recht is dat wordt gegarandeerd door artikel 11 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest, artikel 22 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, artikel 8 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, en de verdragen nrs. 87 en 98 van de Internationale Arbeidsorganisatie.

142. Onderzoek van de relevante internationale wettelijke instrumenten levert echter voor dat standpunt geen steun op.

143. Om met het Europees Verdrag voor de rechten van de mens te beginnen, het belangrijkste recht dat dit verdrag garandeert (artikel 11) is het individuele recht van oprichting van of aansluiting bij een vakvereniging. Dit recht wordt ook erkend in het Europees Sociaal Handvest (artikel 5), het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (artikel 22), het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (artikel 8), evenals de Conventie betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het

63 — Advies 2/94 van 28 maart 1996 (Jurispr. blz. I-1759, punt 33).

64 — Arrest van 18 juni 1991, ERT (C-260/89, Jurispr. blz. I-2925, punt 41).

65 — Arrest van 8 oktober 1974 (175/73, Jurispr. blz. 917, punt 14).

66 — Aangehaald in voetnoot 21, punten 79 en 80.

67 — Arrest van 18 januari 1990 (C-193/87 en C-194/87, Jurispr. blz. I-95, punten 11-16 en 21).

vakverenigingsrecht en de Conventie betreffende het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen, beide vastgesteld in het kader van de Internationale Arbeidsorganisatie.

144. Betreffende het recht van de vakbonden om collectieve actie te ondernemen baseerde het Europees Hof voor de rechten van de mens zich op de zinsnede „voor de bescherming van zijn belangen" voor zijn oordeel dat de vrijheid van vereniging mede de rechten omvat die „onontbeerlijk zijn voor de daadwerkelijke uitoefening" of „onlosmakelijk deel uitmaken" van de vrijheid van vakvereniging. [68] Artikel 11 dient dan ook tevens „ter bescherming van de vrijheid, de beroepsbelangen van de vakbondsleden te behartigen door middel van collectieve actie, en het voeren en ontwikkelen van zodanige actie moet door de Hoge Verdragsluitende Partijen zowel toegestaan als mogelijk gemaakt worden". [69]

145. Deze ogenschijnlijk ruime uitspraak lijkt echter alleen betrekking te hebben op een kern van specifieke activiteiten. Tot op heden is het enige recht dat uitdrukkelijk door het Europees Hof is erkend het recht om door de staat te worden „gehoord". [70] Een vakbond heeft echter niet het recht door de staat te worden geraadpleegd [71], de staat is niet verplicht tot het afsluiten van collectieve overeenkomsten [72], en evenmin houdt artikel 11 een recht op staking in, aangezien de belangen van de leden ook met andere middelen kunnen worden behartigd. [73]

146. Wat het recht van collectieve onderhandeling betreft, dit wordt, in tegenstelling tot wat de pensioenfondsen, de Commissie en eerdergenoemde regeringen stellen, eigenlijk alleen in artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest uitdrukkelijk erkend. Het enkele feit dat een recht in het Handvest is opgenomen, betekent echter niet, dat het alom als een fundamenteel recht wordt erkend. De opzet van het Handvest is zodanig, dat de vermelde rechten niet zozeer afdwingbare rechten als wel politieke doelstellingen zijn, en dat de staten die daarbij partij zijn alleen behoeven te kiezen welke rechten zij zullen gaan beschermen.

147. Artikel 4 van de zorgvuldig geformuleerde „Conventie betreffende het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen" verplicht de verdragsluitende staten het collectief onderhandelen „aan

68 — Arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens van 27 oktober 1975, Nationaal Syndikaat van de Belgische Politie/België, CEDH serie A, Vol. 19, punt 39.

69 — Arrest Nationaal Syndikaat van de Belgische Politie/België, aangehaald in voetnoot 68, punt 40.

70 — Arresten Nationaal Syndikaat van de Belgische Politie/België, aangehaald in voetnoot 68, punt 39, en van 6 februari 1976, Svenska Lokmannaförbundet/Zweden, CEDH, serie A, Vol. 20, punt 40.

71 — Arrest Nationaal Syndikaat van de Belgische Politie, aangehaald in voetnoot 68, Vol. 19, punt 38.

72 — Arrest Svenska Lokmannaförbundet/Zweden, aangehaald in voetnoot 70, punt 39.

73 — Arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens van 6 februari 1976, Schmidt en Dahlström/Zweden, CEDH, serie A, Vol. 21, punt 36.

te moedigen en te bevorderen". Er wordt geen recht toegekend.

148. In de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens wordt nadrukkelijk gezwegen over het recht van collectieve onderhandeling. In de zaak Svenska Lokmannaförbundet/Zweden bijvoorbeeld had de meerderheid van de Commissie voor de Rechten van de mens gepleit voor erkenning van het recht van de vakbonden op het voeren van collectieve onderhandelingen. Het Europees Hof voor de rechten van de mens achtte zich niet geroepen tot een oordeel over die vraag, omdat een dergelijk recht volgens dat Hof niet in geschil was en de vakbond die het beroep had ingesteld dit recht reeds had op grond van het nationale recht.[74] Nadien heeft het Europees Hof voor de rechten van de mens nooit uitdrukkelijk het bestaan van dat recht erkend. Integendeel, er is reden om aan te nemen dat dat Hof daartoe niet genegen is.

149. In de eerste plaats valt dit af te leiden uit de uitlegging die het Europees Hof geeft aan artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest. Ten aanzien van artikel 6, lid 1, dat van de staten eist „paritair overleg tussen werknemers en werkgevers te bevorderen", verklaart het dat „gezien de terughoudendheid van de gebezigde bewoordingen het Handvest geen werkelijk recht van overleg creëert".[75] Wat artikel 6, lid 2, betreft, dat van de staten verlangt „indien nodig en nuttig de totstandkoming van een procedure te bevorderen voor vrijwillige onderhandelingen tussen werkgevers (...) en werknemers", verklaarde het Europees Hof, dat „uit de terughoudendheid van de formulering blijkt dat het Handvest geen werkelijk recht op het sluiten van een dergelijke overeenkomst creëert".[76]

150. In de tweede plaats heeft het Europees Hof steeds beklemtoond, dat „de vrijheid van vakvereniging slechts een van de vormen of een bepaald aspect is van de vrijheid van vereniging" en dat „artikel 11 niet een bepaalde behandeling van vakverenigingen garandeert".[77]

151. In de derde plaats is het arrest in de zaak Gustafsson/Zweden[78] van belang. Het Europees Hof had te beslissen over een geschil tussen een vakbond en een

74 — Arrest Svenska Lokmannaförbundet, aangehaald in voetnoot 70, punt 38.

75 — Arrest Nationaal Syndikaat van de Belgische Politie, aangehaald in voetnoot 68, punt 38. Het Europees Hof sprak zich uit over de betekenis van artikel 6, lid 1, bij zijn uitlegging van artikel 11 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

76 — Arrest Svenska Lokmannaförbundet, aangehaald in voetnoot 70, punt 39. Het Europees Hof sprak zich opnieuw uit over de betekenis van artikel 6, lid 2, bij zijn uitlegging van artikel 11 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

77 — Arrest Schmidt en Dahlström/Zweden, aangehaald in voetnoot 73, punt 34.

78 — Arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens van 25 april 1996, Gustafsson/Zweden, R.J.D., 1996-II, nr. 9.

werkgever die niet aan de collectieve onderhandelingen in zijn bedrijfstak wilde deelnemen. Door middel van boycots en andere acties zette de vakbond hem onder druk om zich aan te sluiten bij de werkgeverszijde van een collectieve overeenkomst in de bedrijfstak. Volgens de betrokken werkgever kwam de dwang om deel te nemen aan de collectieve overeenkomst in de praktijk neer op gedwongen lidmaatschap van een werkgeversvereniging. De Zweedse regering had dan ook moeten ingrijpen om zijn negatieve vrijheid om geen lid te zijn van een werkgeversvereniging te beschermen.

152. Het is interessant om eerst twee „dissenting opinions" onder de loep te nemen.

153. Acht rechters betoogden in hun gedeeltelijk afwijkende opvatting, dat de vordering van de werkgever in wezen niet berustte op zijn negatieve vrijheid om geen lid te zijn van een werkgeversvereniging, maar op zijn negatieve vrijheid om niet collectief te onderhandelen. Eerdere rechtspraak legden zij aldus uit, dat „het recht van collectieve onderhandeling niet zonder meer inherent is aan het recht van vereniging". In hun opvatting was artikel 11 dus in het geheel niet van toepassing. [79]

154. Twee rechters waren de tegenovergestelde opvatting toegedaan. Zij achtten het recht op collectieve onderhandeling zonder meer inherent aan het recht van vereniging. Het Europees Hof had dan ook een afweging moeten maken tussen het positieve recht van de vakbond op collectieve onderhandeling en het negatieve recht van de werkgever om niet tegen zijn wil bij een dergelijk proces betrokken te worden. [80]

155. Beide opvattingen impliceerden dat het Europees Hof een definitief standpunt zou moeten innemen over het bestaan van een dergelijk recht.

156. In plaats daarvan koos de meerderheid van het Hof een derde oplossing. Met betrekking tot vakbondsactiviteiten oordeelde het in de eerste plaats, dat „gelet op de sociale en politieke gevoeligheden die bij het bereiken van het juiste evenwicht tussen de conflicterende belangen een rol spelen (...) en de grote verschillen tussen de nationale stelsels op het aan de orde zijnde gebied, de verdragsluitende partijen dienen te beschikken over een ruime beoordelingsmarge bij hun keuze van de toe te passen middelen". [81] Vervolgens volstond het ermee, te benadrukken dat het „geen reden zag te betwijfelen dat de vakbondsactie was gericht op gerechtvaardigde belangen in overeenstemming met artikel 11 van het verdrag". Voorts verklaarde het, dat „er in

79 — Gedeeltelijk afwijkende opvatting van de rechters Ryssdal, Spielmann, Palm, Foighel, Pekkanen, Loizou, Makarczyk en Repik in de zaak Gustavsson/Zweden, aangehaald in voetnoot 78.

80 — Afwijkende opvatting van rechter Martens, gedeeld door rechter Matscher in de zaak Gustafsson/Zweden, aangehaald in voetnoot 78, punt 6.

81 — Arrest Gustafsson/Zweden, aangehaald in voetnoot 78, punt 45.

dit verband ook aan moet worden herinnerd dat de legitimiteit van collectief onderhandelen is erkend in een aantal internationale instrumenten". [82] Het Europees Hof lijkt dus zorgvuldig de conclusie te hebben vermeden dat het verdrag het recht op collectief onderhandelen garandeert.

157. Deze analyse brengt mij tot de volgende conclusies met betrekking tot de erkenning van een recht op collectieve onderhandeling door het gemeenschapsrecht.

158. De communautaire rechtsorde beschermt het recht om vakverenigingen en werkgeversverenigingen op te richten en daarvan lid te worden, welk recht de kern vormt van de vrijheid van vereniging.

159. Naar mijn mening wordt het recht om collectief op te treden ter bescherming van beroepsbelangen, voor zover dit onmisbaar is voor de uitoefening van het recht van vereniging, eveneens beschermd door het gemeenschapsrecht.

160. Daarentegen kan niet worden gesteld, dat de nationale rechtsorden en de internationale rechtsinstrumenten voldoende overeenstemmen inzake de erkenning van een specifiek fundamenteel recht van collectieve onderhandeling.

161. Bovendien wordt het proces van collectieve onderhandeling, evenals alle andere onderhandelingen tussen deelnemers aan het economisch verkeer, mijns inziens voldoende beschermd door het algemene beginsel van de contractvrijheid. Aan een meer specifiek bepaald fundamenteel recht bestaat dan ook geen behoefte. Hoe dan ook mag men aannemen dat de gerechtvaardigde beperkingen van het recht van collectief onderhandelen, indien dit zou bestaan, identiek zouden zijn aan de beperkingen van de contractvrijheid.

162. In deze context herinner ik er tevens aan, dat het Hof in zijn rechtspraak inzake het vrij verkeer van werknemers en de gelijke beloning regelmatig nagaat, of bepalingen in overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers inbreuk maken op de communautaire verboden van discriminatie op grond van nationaliteit [83] of geslacht. [84] Dit kan men zien als een toepassing van de algemene regel dat de uitoefening van een fundamenteel recht mag worden beperkt, mits de beperking in wezen beantwoordt aan de doeleinden van algemeen belang die de Gemeenschap nastreeft en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, niet is te beschouwen als een onevenredige en onduldbare ingreep, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast. [85] Het lijdt geen twijfel, dat in de

82 — Arrest Gustafsson/Zweden, aangehaald in voetnoot 78, punt 53.

83 — Arresten van 15 januari 1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, Jurispr. blz. I-47) en 24 september 1998, Commissie/Frankrijk (C-35/97, Jurispr. blz. I-5325).

84 — Arrest van 13 mei 1986, Bilka (170/84, Jurispr. blz. 1607).

85 — Arrest van 17 oktober 1995, Fishermen' s Organisations e.a. (C-44/94, Jurispr. blz. I-3115, punt 55).

onderhavige gevallen artikel 85, lid 1, een belangrijke doelstelling van het Verdrag nastreeft, namelijk het creëren van een stelsel waardoor is verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt verstoord (artikel 3, sub g).

163. Uit deze overwegingen volgt, dat werkgevers en werknemers in beginsel wel vrij zijn om naar wens overeenkomsten aan te gaan, maar dat zij evenals alle andere deelnemers aan het economisch verkeer de beperkingen in acht moeten nemen die het gemeenschapsrecht stelt. De enkele erkenning van een fundamenteel recht op collectieve onderhandeling betekent dan ook niet, dat collectief onderhandelen buiten de toepasselijkheid van de mededingingsregels komt te vallen.

164. Uit de hiervóór weergegeven analyse blijkt echter ook, dat er internationaal overeenstemming bestaat over de legitimiteit en sociale wenselijkheid van collectief onderhandelen.

165. Dit brengt mij op het tweede argument dat tegen toepasselijkheid van de mededingingsregels is ingebracht, namelijk dat die regels onverenigbaar zijn met verscheidene bepalingen van het Verdrag waarin collectief onderhandelen wordt aangemoedigd.

b) De aanmoediging van collectief onderhandelen in het gemeenschapsrecht

166. Volgens artikel 118 EG-Verdrag „heeft de Commissie tot taak 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".

167. Artikel 118 B EG-Verdrag bepaalt:

„De Commissie beijvert zich de dialoog tussen de sociale partners op Europees niveau verder te ontwikkelen; als deze laatsten zulks wenselijk achten, kan dit tot contractuele betrekkingen leiden."

168. Daarnaast bevat de Overeenkomst betreffende de sociale politiek, gesloten tussen de lidstaten van de Europese Gemeenschap met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, die is gehecht aan het

Protocol betreffende de sociale politiek [86], welke is gehecht aan het Verdrag betreffende de Europese Unie, de volgende bepalingen.

169. Artikel 1 van die Overeenkomst luidt: „De Gemeenschap en de lidstaten stellen zich ten doel de bevordering van (...) de sociale dialoog (...)"

170. Artikel 2, lid 4, bepaalt:

„Een lidstaat kan de sociale partners, indien zij gezamenlijk daarom verzoeken, belasten met de tenuitvoerlegging van (...) richtlijnen."

171. Artikel 3, lid 1, bepaalt:

„De Commissie heeft tot taak de raadpleging van de sociale partners op communautair niveau te bevorderen (...)"

172. Artikel 4, lid 1, stelt vast:

„De dialoog tussen de sociale partners op communautair niveau kan, indien de sociale partners zulks wensen, leiden tot contractuele betrekkingen, met inbegrip van overeenkomsten."

173. Artikel 4, lid 2, luidt:

„De tenuitvoerlegging van de op communautair niveau gesloten overeenkomsten geschiedt (...) voor zaken die onder artikel 2 vallen, op gezamenlijk verzoek van de ondertekenende partijen, door een besluit van de Raad op voorstel van de Commissie."

174. De pensioenfondsen, de Nederlandse en de Franse regering en de Commissie trekken uit deze bepalingen de volgende conclusies. Het Verdrag en de Overeenkomst betreffende de sociale politiek moedigen met zoveel woorden het collectief onderhandelen en het sluiten van overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers aan. Het gemeenschapsrecht aanvaardt, dat de dialoog tussen werkgevers en werknemers kan bijdragen aan het wetgevingsproces op het niveau van de lidstaten en zelfs op gemeenschapsniveau. Artikel 85 van het Verdrag kan dan ook stellig niet

86 — PB 1992 C 191, blz. 90.

op deze categorie van overeenkomsten van toepassing zijn.

175. De Commissie houdt in haar schriftelijke opmerkingen staande, dat indien artikel 85 van toepassing zou zijn, de meeste collectieve overeenkomsten zouden voldoen aan de voorwaarden van beperking van de mededinging en beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten. Ingevolge artikel 85, leden 1 en 2, zouden zij dus verboden en nietig zijn. Zelfs een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, zou onwaarschijnlijk zijn, omdat die bepaling volgens de Commissie de inaanmerkingneming van sociale doelstellingen niet toestaat.

176. Tot op zekere hoogte ben ik het met die argumenten eens.

177. Dit volgt in de eerste plaats uit een systematische interpretatie van het Verdrag. Daarbij zijn twee in beginsel conflicterende groepen van bepalingen van belang. Aan de ene kant de reeds genoemde bepalingen waarin de sluiting van collectieve overeenkomsten wordt aangemoedigd, die er duidelijk van uitgaan dat collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers in beginsel wettig zijn, en aan de andere kant artikel 85. Volgens artikel 85, lid 1, zijn bepaalde categorieën van overeenkomsten verboden. Deze verboden overeenkomsten zijn ingevolge artikel 85, lid 2, van rechtswege nietig. Enkel indien aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, is voldaan, kan de Commissie het verbod van artikel 85, lid 1, buiten toepassing verklaren.

178. Zoals uit de onderhavige zaken en het vergelijkend overzicht van de nationale rechtsstelsels blijkt, bestaat in alle stelsels potentiële spanning tussen deze twee groepen van bepalingen. Normale collectieve overeenkomsten over kernpunten van collectief onderhandelen, zoals lonen en andere arbeidsvoorwaarden, beperken inderdaad de mededinging tussen de werknemers: zij kunnen hun arbeidskracht niet aanbieden tegen een prijs beneden het overeengekomen minimum. Het voornaamste doel van vakbonden en collectief onderhandelen is echter juist, te voorkomen dat de werknemers met betrekking tot de lonen en arbeidsvoorwaarden een „race to the bottom" aangaan. Dat is de reden dat collectief onderhandelen wordt aangemoedigd door alle nationale rechtsorden, door internationale rechtsinstrumenten en meer in het bijzonder door het Verdrag zelf; bovendien schrijft het gemeenschapsrecht op het gebied van de werkgelegenheid tal van maatregelen voor waaraan uitvoering moet worden gegeven door collectief onderhandelen evenals door wetgeving. [87] Indien dergelijke overeenkomsten onder het verbod van artikel 85, lid 1, zouden vallen, dan zou de Commissie moeten worden verzocht om een verklaring van geen bezwaar of om ontheffing. Dergelijke overeenkomsten lenen zich echter naar hun aard niet voor een formeel onderzoek in het kader van het mededingingsrecht.

87 — Zie bijvoorbeeld de artikelen 4, 6, 17, lid 3, en 18, lid 1, van richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PB L 307, blz. 18).

179. De grondleggers van het Verdrag waren hetzij zich van dit probleem niet bewust, hetzij konden zij het niet eens worden over een oplossing. Het Verdrag biedt dan ook geen duidelijk houvast. In die omstandigheden moet tewerk worden gegaan volgens de gevestigde uitleggingsbeginselen. Aangezien beide groepen verdragsbepalingen van gelijke rang zijn, mag de ene groep geen absolute voorrang krijgen boven de andere en mogen zij geen van beide geheel inhoudsloos worden. Aangezien de verdragsbepalingen waarin collectief onderhandelen wordt aangemoedigd, in beginsel uitgaan van de wettigheid van collectieve overeenkomsten, kan het niet de bedoeling zijn geweest dat artikel 85, lid 1, zou gelden voor collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers over kernpunten als de lonen en andere arbeidsvoorwaarden. Derhalve moeten collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers over de lonen en arbeidsvoorwaarden automatisch immuniteit voor de mededingingstoetsing genieten.

180. Deze principeoplossing vindt steun in overwegingen van praktische aard.

181. Algemeen aanvaard is, dat collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers kostbare arbeidsconflicten voorkomen, door een collectief en aan regels gebonden onderhandelingsproces de transactiekosten verlagen en de voorspelbaarheid en doorzichtigheid bevorderen. Wanneer beide partijen bij de onderhandelingen in zekere mate aan elkaar gewaagd zijn, levert dit voor beide zijden en voor de gehele samenleving een evenwichtiger resultaat op.

182. Verder hebben collectieve overeenkomsten over de lonen, werktijden of andere arbeidsvoorwaarden, ofschoon zij de mededinging tussen de werknemers wellicht beperken, waarschijnlijk geen merkbare beperkende invloed op de mededinging tussen de werkgevers. Wat de mededinging aan de vraagzijde van de arbeidsmarkt betreft, blijft elke werkgever normaal gesproken vrij om zijn werknemers gunstiger voorwaarden aan te bieden. Wat de mededinging op de goederen- of dienstenmarkten betreft waarop de werkgever opereert, brengen in de eerste plaats overeenkomsten over lonen of arbeidsvoorwaarden slechts harmonisatie in een van de vele factoren die bepalend zijn voor de productiekosten. Er wordt derhalve maar één aspect van de mededinging beïnvloed. [88] In de tweede plaats is blijkens de praktijk van de Commissie [89] de vraag hoe dicht de betrokken factor bij de markt staat een belangrijk criterium voor de beoordeling van een merkbare beperkende invloed. In het geval van collectieve overeenkomsten over lonen en arbeidsvoorwaarden zal de uiteindelijke prijs van de betrokken goederen of diensten, voordat zij op de markt komen, zijn beïnvloed door tal van andere factoren. In de derde plaats, en dit is wellicht het belangrijkste, zijn de kosten

88 — Beschikking 86/507 (aangehaald in voetnoot 21, punt 16).

89 — Bekendmaking van de Commissie betreffende de beoordeling van gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (PB 1993, C 43, blz. 2, punt III.2, sub d).

van de productiefactoren alleen ogenschijnlijk geharmoniseerd, want economisch gezien is arbeid — anders dan grondstoffen — geen homogeen artikel. Het feit dat werknemers nominaal hetzelfde loon verdienen, betekent niet dat de werkelijke kosten voor hun respectieve werkgevers identiek zijn. De werkelijke kosten kunnen slechts worden bepaald wanneer de productiviteit van de werknemers erbij wordt betrokken. Ook de productiviteit wordt weer bepaald door tal van factoren, zoals bekwaamheid, motivatie, technologische omgeving en de organisatie van het werk. Al deze factoren kunnen door de werkgever worden beïnvloed en in de praktijk worden zij dit ook. Dat is precies wat een doelmatig beheer van de „human resources" inhoudt. Bijgevolg bestaat er in werkelijkheid een sterke mededinging ten aanzien van arbeid als kostenfactor. Ten slotte kan voor het ontbreken van merkbare effecten als empirische steun gelden, dat het bijna veertig jaar heeft geduurd voordat over de verenigbaarheid van een collectieve overeenkomst met artikel 85 de eerste zaak bij het Hof aanhangig is gemaakt en dat er in bovenstaand overzicht van de nationale rechtsstelsels geen enkel geval voorkomt dat betrekking heeft op normale overeenkomsten over lonen en arbeidsvoorwaarden.

183. Deze conclusie dat collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers in beperkte mate buiten het kartelverbod vallen, is niet onverenigbaar met de hiervóór ontwikkelde redenering dat er geen uitzondering bestaat voor de sociale sector als geheel. Het belangrijkste verschil is, dat ik met betrekking tot collectief onderhandelen voorstander ben van een uitzondering die niet uitsluitend is gebaseerd op het onderwerp van de overeenkomst, maar hoofdzakelijk op het kader waarin zij wordt gesloten.

184. De reden voor de ruime toepasselijkheid van de mededingingsregels ratione materiae is eenvoudig. Naar mag worden aangenomen handelen particuliere ondernemers normaal gesproken in hun eigen belang en niet in het algemeen belang, wanneer zij onderling overeenkomsten sluiten. De gevolgen van hun overeenkomsten zijn dan ook niet noodzakelijkerwijs in het algemeen belang. De mededingingsautoriteiten moeten derhalve overeenkomsten tussen particulieren kunnen toetsen, zelfs in bijzondere economische sectoren als het bankwezen, het verzekeringswezen of zelfs de sociale sector. Het Verdrag bevat dan ook maar weinig sectorale uitzonderingen op de toepasselijkheid van de mededingingsregels die enkel berusten op het onderwerp van de overeenkomst. Zoals reeds gezegd moet het Hof die uitzonderingen strikt blijven uitleggen.

185. Door het sluiten van collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers aan te moedigen, erkent het Verdrag echter de mogelijkheid van een uitzondering op het algemene uitgangspunt ten aanzien van de gevolgen van overeenkomsten tussen particulieren, op grond dat onder normale omstandigheden deze specifieke categorie van overeenkomsten in het algemeen belang is. Dit wordt bevestigd door het nationale recht en de praktijk van de mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties van de lidstaten, die het collectief onderhandelen als een normaal gesproken

waardevolle sociale functie zien. Zou collectief onderhandelen worden geacht binnen de mededingingsregels te vallen, dan zou dit in wezen een omkering betekenen van de in de lidstaten algemeen gevolgde praktijk. Niet alleen zouden zulke overeenkomsten dan moeten worden aangemeld naar gemeenschapsrecht en/of nationaal recht, maar ook zouden zij aan rechterlijke toetsing kunnen worden onderworpen.

186. Ik ben echter wel van mening, dat het buiten het kartelverbod houden van collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers, zoals ik voorstel, niet onbeperkt mag zijn.

187. Dit volgt allereerst uit de hiervóór door mij gehanteerde uitlegging van het Verdrag. Artikel 85, lid 1, mag enerzijds niet in de weg staan aan het merendeel van de overeenkomsten die door de regels voor collectief onderhandelen worden aangemoedigd, maar anderzijds mogen die regels artikel 85, lid 1, ook niet geheel zinledig maken.

188. Dit blijkt ook uit de bewoordingen van het Verdrag: artikel 117 („een dergelijke ontwikkeling [verbetering van de levensstandaard en van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers] zal voortvloeien [...] uit de werking van de gemeenschappelijke markt") en artikel 118 („Onverminderd de overige bepalingen van dit Verdrag") lijken ervan uit te gaan dat de mededingingsregels tot op zekere hoogte van toepassing zijn op collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers. Wat de Overeenkomst betreffende de sociale politiek betreft, verklaart de preambule van het protocol uitdrukkelijk dat „dit Protocol en genoemde overeenkomst geen afbreuk doen aan de bepalingen van het Verdrag (...)".

189. Verder blijkt uit vorenstaand overzicht van de nationale rechtsstelsels, dat er gevallen kunnen zijn dat collectief onderhandelen wordt gebruikt als een kader voor overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers die ernstige concurrentiebeperkende gevolgen hebben voor derden of andere markten. In wezen hadden alle door de verschillende nationale rechters en autoriteiten onderzochte overeenkomsten in het overzicht, betrekking op andere markten of derden. Er was geen enkele normale overeenkomst over lonen of arbeidsvoorwaarden bij.

190. Voor immuniteit ipso facto van dergelijke overeenkomsten stel ik daarom drie voorwaarden voor.

191. Zoals de Commissie heeft uiteengezet, moet de overeenkomst in de eerste plaats zijn gesloten binnen het formele kader van collectief onderhandelen tussen de sociale partners. Eenzijdige afstemming tussen werkgevers die geen verband houdt met het proces van collectieve onderhandeling, mag niet automatisch buiten de werking van de mededingingsregels worden gehou-

den, ongeacht het onderwerp van de afstemming.

192. In de tweede plaats moet de overeenkomst te goeder trouw worden gesloten. Daarbij moet worden bedacht dat er overeenkomsten zijn die ogenschijnlijk betrekking hebben op kernpunten van collectief onderhandelen, zoals werktijden, maar eigenlijk een dekmantel zijn voor een ernstige beperking van de mededinging tussen werkgevers op hun goederenmarkten. Ook in zulke uitzonderlijke gevallen moeten de mededingingsautoriteiten de betrokken overeenkomst kunnen toetsen.

193. In de derde plaats is het noodzakelijk, te bepalen wat de grenzen van de immuniteit voor collectief onderhandelen zijn, zodat deze alleen geldt voor overeenkomsten waarvoor dat werkelijk gerechtvaardigd is. Het zal niet gemakkelijk zijn een criterium te vinden, dat de grens stelt op de juiste plaats en tevens de vereiste rechtszekerheid biedt. Als een eerste poging om tot een criterium te komen, stel ik voor, dat de collectieve overeenkomst betrekking moet hebben op kernpunten van collectief onderhandelen, zoals lonen en arbeidsvoorwaarden, en niet rechtstreeks van invloed mag zijn op derden of andere markten. De maatstaf moet zijn, of de overeenkomst enkel binnen de arbeidsverhouding tussen werkgevers en werknemers rechten en verplichtingen wijzigt of creëert, dan wel verder gaat en rechtstreeks van invloed is op de betrekkingen tussen werkgevers en derden, zoals afnemers, leveranciers, concurrerende werkgevers of consumenten.

Bovenstaand overzicht van nationale rechtsstelsels bevat verschillende voorbeelden van laatstgenoemd type overeenkomst. Daar die overeenkomsten potentieel schadelijk zijn voor de mededinging, moeten zij vatbaar zijn voor mededingingstoetsing door de Commissie of andere bevoegde instanties, die zullen onderzoeken of de mededinging inderdaad merkbaar is beperkt. Zo ja, dan moet de Commissie de verschillende betrokken belangen tegen elkaar kunnen afwegen en zo nodig een ontheffing verlenen overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Zowel het Hof als de Commissie hebben herhaaldelijk verklaard, dat in dit verband sociale overwegingen in aanmerking kunnen worden genomen, in het bijzonder door de voorwaarden van artikel 85, lid 3, zo ruim uit te leggen, dat daaronder ook werkgelegenheidsoverwegingen vallen. [90]

194. Ik concludeer derhalve met betrekking tot de immuniteit van mededingingstoetsing voor collectieve overeenkomsten, dat te goeder trouw over kernpunten van collectieve onderhandeling, zoals lonen en arbeidsvoorwaarden, gesloten collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers, die niet rechtstreeks van invloed zijn op andere markten en derden, niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen.

90 — Arresten van 25 oktober 1977, Metro/Commissie (26/76, Jurispr. blz. 1875, punt 43) en 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie (42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 42); beschikking 84/380/EEG van de Commissie van 4 juli 1984 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/30.810 — Synthetische vezels) (PB L 207, blz. 17, punt 17), en beschikking 93/49/EG van de Commissie van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/33.814 — Ford/Volkswagen) (PB 1993, L 20, blz. 14, punt 23).

195. Vallen de in casu ter beoordeling staande overeenkomsten onder de immuniteit?

196. Zoals wij hebben gezien, kunnen de werkgevers naar Nederlands recht in beginsel vrij beslissen of zij hun werknemers aanvullend pensioen zullen bieden. Zo ja, dan kunnen zij collectieve overeenkomsten sluiten waarin de werkgevers en werknemers uitsluitend een minimumpensioen afspreken. In zo'n geval beslissen de werkgevers wat er met de bijeengebrachte premies gebeurt. Ook kunnen werkgevers en werknemers besluiten een bedrijfspensioenfonds op te richten. Dit kan hetzij worden beheerd door de werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers, hetzij door een verzekeringsmaatschappij. Hebben werkgevers en werknemers eenmaal besloten een bedrijfspensioenfonds op te richten, dan moeten zij beslissen of zij de bevoegde minister zullen verzoeken de deelneming in het bedrijfspensioenfonds voor de gehele bedrijfstak verplicht te stellen.

197. Uit deze veelheid van keuzen volgt, dat de ter beoordeling staande overeenkomsten kunnen worden gezien als drie afzonderlijke overeenkomsten, met de volgende inhoud:

a) Voor elke werknemer die tot een bepaalde bedrijfstak behoort, draagt de werkgever een overeengekomen pensioenpremie af.

b) Met de bijeengebrachte pensioenpremies wordt één bedrijfspensioenfonds opgericht, dat door werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers gezamenlijk wordt beheerd.

c) De sociale partners verzoeken de bevoegde minister gezamenlijk, de deelneming verplicht te stellen voor alle ondernemingen in de bedrijfstak.

198. Wat de eerste overeenkomst betreft, vormen de door de werkgever betaalde pensioenpremies onderdeel van de beloning die de werknemer ontvangt.[91] Zij moeten op dezelfde voet worden beoordeeld als lonen en andere arbeidsvoorwaarden. Collectief onderhandelen over geharmoniseerde pensioenpremies is dan ook onderhandelen over de inhoud van de arbeidsovereenkomst en heeft geen rechtstreekse gevolgen voor derden. Het wordt dan ook door de door mij voorgestane immuniteit gedekt.

199. De andere twee overeenkomsten zijn moeilijker te plaatsen. Men zou ze kunnen beschouwen als loutere hulpovereenkomsten van de eerste overeenkomst. Op basis van het hiervóór voorgestelde criterium kan echter ook worden betoogd, dat zij niet onder de immuniteit moeten vallen. Enerzijds wordt de vrijheid van de deelnemende werkgevers om het beheer van de fondsen in handen te geven van een verzekerings-

91 — Arrest van 17 mei 1990, Barber (C-262/88, Jurispr. blz. I-1889).

maatschappij (of de vrijheid deze zelf te beheren) beperkt. Anderzijds trachten de werkgevers en de vakbonden gezamenlijk om werkgevers die niet aan de collectieve onderhandelingen hebben deelgenomen te verplichten zich aan het onderhandelingsresultaat te conformeren. Beide overeenkomsten zijn dus niet slechts collectieve onderhandelingen over de inhoud van de arbeidsverhouding, maar betreffen rechtstreeks de betrekkingen van werkgevers met derden en vallen niet onder de door mij voorgestelde immuniteit.

200. Ik zal dan ook thans artikel 85, lid 1, van het Verdrag bespreken met het oog op de laatste twee overeenkomsten.

C — *Overeenkomst tussen ondernemingen*

201. Volgens de Nederlandse, de Franse en de Zweedse regering en de Commissie is er geen sprake van een overeenkomst tussen „ondernemingen" en is artikel 85, lid 1, van het Verdrag dus ratione personae niet van toepassing. De werknemers zijn geen „ondernemingen", zo stellen zij, omdat zij geen onafhankelijke eenheden zijn die een economische activiteit verrichten, maar zijn verbonden aan hun werkgever. Hun vertegenwoordigers, de vakbonden, verrichten geen economische activiteit, althans niet bij het collectief onderhandelen over arbeidsvoorwaarden of pensioenen. Een van beide partijen bij de betrokken overeenkomsten kan dus niet als onderneming worden aangemerkt.

202. Ten aanzien van het argument dat er een stilzwijgende „overeenkomst tussen ondernemingen" of een „besluit van een ondernemersvereniging" aan de werkgeverszijde bestaat, stelt de Nederlandse regering, dat werkgevers die deelnemen aan collectieve onderhandelingen over pensioenen, geen economische maar een sociale activiteit verrichten.

203. De Commissie komt tot dezelfde conclusie. Uit haar opmerkingen blijkt echter niet, hoe zij tot die conclusie komt. Zij wijst het Hof slechts op de consequenties van een andersluidende beslissing.

204. Ik zal eerst onderzoeken, of de betrokken deelnemers aan het economisch verkeer als onderneming of vereniging van ondernemingen kunnen worden aangemerkt. Daarna zal ik bezien of er sprake is van een overeenkomst of een andere vorm van onderlinge afstemming.

1. *Onderneming of ondernemersvereniging*

205. Het Hof heeft verklaard, dat „het begrip onderneming elke eenheid omvat die

een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd".[92] In dit verband zijn twee opmerkingen vooraf op hun plaats.

206. In de eerste plaats dient het begrip onderneming in het systeem van artikel 85 volgens mij een dubbel doel. Enerzijds — en deze functie is het duidelijkst — maakt dit begrip het mogelijk de categorie verkeersdeelnemers te bepalen waarop de mededingingsregels van toepassing zijn. Dat punt komt bijvoorbeeld naar voren in zaken betreffende openbare lichamen.[93] In dergelijke zaken is de maatstaf, of de verkeersdeelnemer een activiteit verricht van economische of commerciële aard. Anderzijds dient het begrip om de eenheid vast te stellen waaraan een bepaalde gedraging moet worden toegerekend. Dit tweede punt doet zich bijvoorbeeld voor in zaken waarin het gaat om de verhouding tussen dochter- en moedermaatschappijen.[94] De maatstaf is dan, of er sprake is van een onafhankelijke eenheid die zelfstandig handelt dan wel slechts van een „vertegenwoordiger", die zijn gedragslijn niet autonoom kan bepalen.

207. In de tweede plaats heeft het Hof verklaard, dat „in het kader van het mededingingsrecht onder het begrip onderneming [moet] worden verstaan een *met betrekking tot het voorwerp van de desbetreffende overeenkomst* bestaande economische eenheid".[95] Het begrip onderneming is dus relatief en moet in het concrete geval worden bepaald aan de hand van de specifieke activiteit die in geding is. In het arrest Höfner en Elser[96] bijvoorbeeld werd een overheidsinstantie die zich onder meer bezighield met arbeidsbemiddeling, in dat opzicht aangemerkt als onderneming. In het arrest Diego Calì & Figli[97] werd daarentegen een particuliere aandelenvennootschap die in opdracht van de staat milieubeschermingstaken verrichtte, geacht ten aanzien van die specifieke activiteit buiten de personele werkingssfeer van mededingingsregels te vallen.

208. Wat de onderhavige zaken betreft, zal ik achtereenvolgens onderzoeken of a) werknemers, b) vakbonden, en c) werkgevers moeten worden aangemerkt als onderneming of ondernemersvereniging in de zin van het mededingingsrecht.

a) Werknemers

209. Het Hof heeft in het arrest Suiker Unie e.a./Commissie[98] verklaard, dat werknemers „een economische eenheid"

92 — Arrest Höfner en Elser, aangehaald in voetnoot 53.

93 — Arresten van 4 mei 1988, Bodson (30/87, Jurispr. blz. 2479); Höfner en Elser, aangehaald in voetnoot 53, en van 19 januari 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Jurispr. blz. I-43).

94 — Arrest van 24 oktober 1996, Viho/Commissie (C-73/95 P, Jurispr. blz. I-5457), en de arresten die in punt 16 van dat arrest worden aangehaald.

95 — Arrest van 12 juli 1984, Hydrotherm/Gerätebau (C-170/83, Jurispr. blz. 2999, punt 11, cursivering van mij).

96 — Aangehaald in voetnoot 53.

97 — Arrest van 18 maart 1997 (C-343/95, Jurispr. blz. 1547).

98 — Arrest van 16 december 1975 (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 539).

vormen met de onderneming waarbij zij in dienst zijn. „In de onderneming van de opdrachtgever opgenomen hulporganen" [99] zijn niet als onderneming te beschouwen. In die zaak behoefde het Hof alleen de grens tussen werknemers en onafhankelijke handelsagenten af te bakenen in hun respectieve verhouding tot derden. Het kon zijn oordeel dan ook hoofdzakelijk baseren op de toerekening van de activiteiten van werknemers aan hun werkgever.

210. In de thans voorliggende zaken echter is de verhouding tussen werknemers en hun werkgevers in geding. De werknemers in deze zaken onderhandelen via hun vakbonden over aanvullende pensioenen en het beheer daarvan. Die pensioenen vormen onderdeel van hun beloning. [100] In dat opzicht handelen de werknemers autonoom en voor eigen rekening. De redenering van het Hof in het arrest Suiker Unie e.a./ Commissie kan daarom niet zonder meer worden toegepast.

211. De vraag rijst dan ook, hoe het feit dat de werknemers hun arbeid aanbieden tegen beloning, moet worden gekwalificeerd.

212. Men zou kunnen stellen, dat het een met de verkoop van goederen of diensten vergelijkbare economische activiteit is. Vanuit economisch oogpunt zou dit wel juist kunnen zijn. Juridisch gezien echter klopt deze bewering volgens mij niet.

213. In de eerste plaats valt moeilijk in te zien, hoe de term onderneming kan worden opgevat in de zin van „werknemer". Een uitlegging van het Verdrag waarbij de eerste term de tweede omvat, zou mijns inziens de door de tekst gestelde grenzen overschrijden.

214. In de tweede plaats leidt de functionele uitlegging die door het Hof in zijn rechtspraak aan de term onderneming is gegeven tot hetzelfde resultaat. Met betrekking tot overheidslichamen onderzoekt het Hof, of de betrokken activiteit wordt verricht — althans kan worden verricht — door particuliere eenheden die zich bezighouden met de goederen- of dienstenvoorziening. [101] Ook individuen kunnen worden aangemerkt als onderneming [102], indien zij onafhankelijke deelnemers aan het economisch verkeer op de goederen- of dienstenmarkten zijn. De achtergrond van deze zaken is, dat de onderzochte eenheden de „functie" van een onderneming vervullen. De toepassing van de artikelen 85 en 86 wordt gerechtvaardigd door het feit dat die overheidslichamen of individuen op dezelfde of vergelijkbare markten en vol-

99 — Ibid., punt 542.

100 — Arrest Barber, aangehaald in voetnoot 91.

101 — Zie arresten Diego Calì & Figli, aangehaald in voetnoot 97, en Höfner en Elser, aangehaald in voetnoot 53.

102 — Zie recentelijk met betrekking tot Italiaanse douaneagenten arrest van 18 juni 1998, Commissie/Italië (C-35/96, Jurispr. blz. I-3851).

gens dezelfde beginselen opereren als „normale" ondernemingen. [103]

215. Arbeid in loondienst is naar haar aard het tegenovergestelde van de zelfstandige uitoefening van een economische of commerciële activiteit. Werknemers dragen normaal gesproken niet het directe commerciele risico van een transactie. Zij moeten de opdrachten van hun werkgever uitvoeren. Zij bieden hun diensten niet aan verschillende afnemers aan, maar werken voor één werkgever. Om die redenen is er een significant functioneel verschil tussen een werknemer en een onderneming die diensten verricht. Dit verschil komt tot uitdrukking in hun onderscheiden rechtspositie op verschillende terreinen van het communautaire [104] of nationale recht.

216. In de derde plaats is het communautaire mededingingsrecht niet op de werknemer toegesneden. De voorbeelden van met de mededinging strijdige praktijken in de artikelen 85, lid 1, en 86, of de voorwaarden voor ontheffing in artikel 85, lid 3, zijn duidelijk geformuleerd met het oog op verkeersdeelnemers die zich bezighouden met de goederen- of dienstenlevering. Artikel 85, lid 1, sub d, bijvoorbeeld noemt „aan- of verkoopprijzen" en „andere contractuele voorwaarden". Werknemers daarentegen hebben te maken met „beloning" en „arbeidsvoorwaarden". De toepassing van artikel 85, lid 1, op werknemers zou derhalve het gebruik van stroeflopende analogieën tussen de goederen- en dienstenmarkten en arbeidsmarkten vereisen.

217. Werknemers vallen mijns inziens dan ook in beginsel buiten de personele werkingssfeer van het verbod van artikel 85, lid 1. De toekomst zal waarschijnlijk leren, of dat beginsel ook geldt voor bepaalde grensgebieden zoals de beroepssport.

b) Vakbonden

218. Aangezien werknemers niet zijn aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 85, zijn vakbonden of andere de werknemers vertegenwoordigende verbanden geen „ondernemersverenigingen".

219. Zijn vakbonden echter zelf „ondernemingen"?

220. Het enkele feit dat een vakbond geen winstoogmerk heeft, betekent niet automa-

103 — Zie voor een gedetailleerde vergelijking met „normale" ondernemingen arrest Commissie/Italië, aangehaald in voetnoot 102, punten 36-38.

104 — Zie de artikelen 48 en 59 EG-Verdrag.

tisch dat de activiteiten die hij verricht geen economisch karakter hebben. [105]

221. Een vakbond is een vereniging van werknemers. Algemeen aanvaard is, dat verenigingen ook als „onderneming" kunnen worden beschouwd voor zover zij zelf een economische activiteit verrichten. [106]

222. Bedacht moet worden, dat een vereniging hetzij voor eigen rekening kan handelen, in zekere mate onafhankelijk van de wil van haar leden, hetzij enkel als uitvoerend orgaan van een overeenkomst tussen haar leden. In het eerste geval is haar optreden aan de vereniging zelf toe te rekenen, in het laatste geval zijn de leden voor de activiteit aansprakelijk.

223. Met betrekking tot gewone handelsassociaties is het vaak niet belangrijk hoe die afbakening uitvalt, aangezien artikel 85 gelijkelijk van toepassing is op overeenkomsten tussen ondernemingen en op besluiten van ondernemersverenigingen. [107] Zij kan relevant zijn, wanneer de Commissie moet beslissen tot wie zij haar beschikking moet richten en wie zij een boete moet opleggen. [108]

224. In het geval van vakbonden echter wordt de afbakening doorslaggevend, omdat een vakbond die enkel als vertegenwoordiger optreedt, slechts een uitvoerend orgaan is van een overeenkomst tussen zijn leden, die zelf — zoals wij hiervóór hebben gezien — geen adressaat zijn van het verbod van artikel 85, lid 1.

225. Vakbondsactiviteiten moeten derhalve in twee fasen worden beoordeeld: eerst moet worden bezien of een bepaalde activiteit toerekenbaar is aan de vakbond zelf, en zo ja, vervolgens, of die activiteit van economische aard is.

226. Er zijn stellig omstandigheden waarin vakbondsactiviteiten aan beide voorwaarden voldoen. Zo kunnen vakbonden voor eigen rekening supermarkten, spaarbanken, reisbureaus of andere ondernemingen exploiteren. Wanneer zij in die hoedanigheid optreden, zijn de mededingingsregels van toepassing.

105 — Zie arresten van 29 oktober 1980, Van Landewijck e.a./Commissie (209/78—215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 88); alsook FFSA e.a., aangehaald in voetnoot 56, punt 21.

106 — Stilzwijgend in arrest van 21 maart 1974, BRT (127/73, Jurispr. blz. 313, punt 7). Zie conclusie van advocaat-generaal Mayras bij het arrest (Jurispr. blz. 322), en conclusie van advocaat-generaal Lenz bij arrest Bosman, aangehaald in voetnoot 21, punt 256.

107 — Conclusie van advocaat-generaal Lenz bij arrest Bosman, aangehaald in voetnoot 21, punt 258.

108 — Beschikking van 4 juni 1996, SCK en FNK/Commissie (T-18/96 R, Jurispr. blz. II-407), en arrest van 22 oktober 1997, SCK en FNK/Commissie (T-213/95 en T-18/96, Jurispr. blz. II-1739).

227. In de onderhavige zaken echter voeren de vakbonden collectieve onderhandelingen met de werkgevers over pensioenen voor de werknemers in de bedrijfstak. In dat opzicht handelen de vakbonden uitsluitend als vertegenwoordiger van de werknemers in een bepaalde bedrijfstak en niet voor eigen rekening. Dit toont voldoende aan, dat zij in de onderhavige gevallen niet handelen als onderneming in de zin van het mededingingsrecht.

c) Werkgevers

228. In de onderhavige zaken verrichten de werkgevers economische activiteiten op verschillende goederen- en dienstenmarkten. In dat opzicht zijn zij aan te merken als onderneming.

229. Om die goederen en diensten te kunnen produceren, hebben zij personeel in dienst. Het in dienst hebben van personeel is dus inherent aan hun voornaamste economische activiteiten.

230. Zoals gezegd, betoogt de Nederlandse regering, dat werkgevers die deelnemen aan collectieve onderhandelingen over lonen of arbeidsvoorwaarden geen economische maar een sociale activiteit verrichten en althans met betrekking tot die activiteit niet als onderneming zijn aan te merken. De Commissie komt tot dezelfde conclusie.

231. Aangezien ik hoe dan ook voorstander ben van een beperkte uitzondering op de toepasselijkheid ratione materiae van de mededingingsregels, die de door de Nederlandse regering en de Commissie bedoelde categorie overeenkomsten omvat, is het eigenlijk niet nodig diep op dat betoog in te gaan. Het is echter mijns inziens wel zinvol, erop te wijzen dat de werkgevers economische activiteiten verrichten.

232. In de eerste plaats worden werkgevers die deelnemen aan collectieve onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden, lonen of pensioenen, normaal gesproken niet, althans niet uitsluitend, gedreven door sociale overwegingen. Realistischer is, uit te gaan van economische motieven, bijvoorbeeld de voorkoming van kostbare arbeidsconflicten, lagere transactiekosten door een collectieve en aan regels gebonden onderhandelingsprocedure, en een grotere voorspelbaarheid en doorzichtigheid op het gebied van de productiekosten.

233. In de tweede plaats zal het economisch succes van een onderneming op de nationale of internationale goederen- en

dienstenmarkten afhangen van haar vermogen om de best mogelijke collectieve overeenkomst met haar werknemers te bereiken, hetgeen van invloed zal zijn op haar kostenstructuur. Onderhandelen met de werknemers is dus een vast onderdeel van haar economische activiteit op de markten en kan daarvan niet kunstmatig worden gescheiden.

234. In de derde plaats impliceert het begrip collectief onderhandelen zelf al, dat beide partijen hun eigen belangen verdedigen. De werknemers proberen zoveel mogelijk sociale voordelen in de wacht te slepen. De werkgevers trachten de economische belangen van de betrokken ondernemingen te verdedigen. Het best mogelijke resultaat voor beide partijen en voor de samenleving is, naar mag worden aangenomen, gegarandeerd wanneer er evenwicht bestaat tussen de onderhandelingssterkte van beide partijen. Het zou dus niet eens wenselijk zijn, wanneer de werkgevers handelden uit andere dan economische overwegingen.

235. De werkgevers blijven dus ondernemingen wanneer zij collectieve onderhandelingen aangaan.

236. De werkgeversverenigingen in de onderhavige zaken zijn derhalve ook ondernemersverenigingen.

2. *Overeenkomst of andere vorm van afstemming*

237. Aangezien noch de werknemers noch hun vertegenwoordigers ondernemingen zijn, zal ik mij richten op de vraag of een collectieve overeenkomst tussen werkgevers en werknemers een stilzwijgende overeenkomst inhoudt tussen de ondernemingen waarbij de werknemers in dienst zijn.

238. Naar het Hof in zijn arrest BNIC verklaarde, is „het juridisch kader waarin dergelijke overeenkomsten [tussen ondernemingen] worden gesloten en dergelijke besluiten [van ondernemersverenigingen] worden vastgesteld, alsmede de juridische kwalificatie die in de verschillende nationale rechtsordes aan dit kader worden gegeven, niet van invloed voor de toepasselijkheid van de communautaire mededingingsregels en inzonderheid van artikel 85 van het Verdrag". [109]

239. In het arrest Frubo/Commissie oordeelde het Hof, „dat artikel 85, lid 1, van toepassing is op verenigingen, voor zover haar eigen activiteiten of die van de aangesloten ondernemingen ertoe strekken de in die bepaling bedoelde gevolgen teweeg te brengen" en „dat een uitlegging in andere zin aan artikel 85, lid 1, iedere reële betekenis zou ontnemen". [110]

109 — Arrest van 30 januari 1985 (123/83, Jurispr. blz. 391, punt 17).

110 — Arrest van 15 mei 1975 (71/74, Jurispr. blz. 563, punten 30 en 31).

240. Voorts volgt uit de rechtspraak van het Hof dat een overeenkomst mondeling [111] of stilzwijgend [112] kan zijn en dat het voldoende is wanneer de betrokken ondernemingen blijk hebben gegeven van hun gezamenlijk voornemen zich op een bepaalde manier te gedragen. [113]

241. Voor het sluiten van een collectieve overeenkomst tussen werkgevers en werknemers moeten beide partijen hun gedrag op elkaar afstemmen, hetzij door overeenkomsten ad hoc, hetzij geïnstitutionaliseerd door middel van verenigingen. Op zijn minst moeten zij overeenkomen, gezamenlijk te onderhandelen en zich te houden aan het door hun vertegenwoordigers bereikte onderhandelingsresultaat.

242. In het licht van de zojuist aangehaalde arresten van het Hof kan er dus geen twijfel over bestaan, dat er aan de werkgeverszijde een stilzwijgende overeenkomst tussen ondernemingen bestaat in de zin van artikel 85, lid 1. Op zijn allerminst bestaat er een eveneens in artikel 85, lid 1, genoemde onderling afgestemde feitelijke gedraging.

243. De Commissie heeft overeenkomstig die opvatting gehandeld in haar enige beschikking over de verhouding tussen artikel 85, lid 1, en collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers.

In de beschikking Irish Banks' Standing Committee [114] verzocht een associatie van Ierse banken om een negatieve verklaring voor een overeenkomst over de openingsuren die was gesloten tussen de betrokken banken „en met de vakbond van de bankemployés". De Commissie stelde in de eerste plaats vast, dat de mededingingsregels van toepassing waren op de banksector en in de tweede plaats, dat „de banken die partij zijn bij de overeenkomsten waarvoor om een negatieve verklaring is verzocht, (...) ondernemingen in de zin van artikel 85 [zijn]". Vervolgens verklaarde zij: „Het verzoek om een negatieve verklaring heeft betrekking op de overeenkomsten die daarin zijn aangeduid als overeenkomsten tussen de partijen namens welke het verzoek werd gedaan. Derhalve kunnen de overeenkomsten worden beschouwd als overeenkomsten tussen ondernemingen in de zin van artikel 85."

244. Ik concludeer dan ook, dat elke collectieve overeenkomst tussen werkgevers en werknemers een stilzwijgende overeenkomst tussen ondernemingen aan de werkgeverszijde inhoudt.

D — *Beperking van de mededinging*

245. De vraag is, of de stilzwijgende overeenkomsten tussen de werkgevers — voor zover zij niet vallen onder de immuniteit voor de mededingingsregels — „ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke

111 — Arrest van 20 juni 1978, Tepea/Commissie (28/77, Jurispr. blz. 1391, punt 41).

112 — Arrest van 25 oktober 1983, AEG/Commissie (107/82, Jurispr. blz. 3151, punt 38).

113 — Arresten van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie (41/69, Jurispr. blz. 661, punt 112), en Van Landewyck e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 105, punt 86.

114 — Aangehaald in voetnoot 21.

markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst" in de zin van artikel 85, lid 1.

246. De pensioenfondsen en de Nederlandse regering betogen, dat noch het doel, noch het gevolg van de in geding zijnde collectieve overeenkomsten is, de mededinging te beperken. De overeenkomsten hebben een sociaal doel en zijn niet opgezet om de mededinging tussen de betrokken ondernemingen te beperken. Als er al sprake is van een beperking, dan wordt die niet veroorzaakt door het optreden van de werkgevers maar door het optreden van de staat waarbij de deelneming voor alle ondernemingen in de bedrijfstak verplicht is gesteld.

247. Alvorens met de analyse te beginnen moet ik twee opmerkingen maken.

248. In de eerste plaats is in de onderhavige zaken de interactie tussen de collectieve overeenkomsten en de interventie van de overheid complex. Er bestaat een collectieve overeenkomst tussen de vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers. Die overeenkomst veronderstelt twee andere overeenkomsten, een tussen de werkgevers en een tussen de werknemers. Ten slotte vindt interventie door de Nederlandse regering plaats tot verplichtstelling van de deelneming in het pensioenfonds.

249. De analyse moet vooral zijn gericht op de consequenties van de stilzwijgende overeenkomst tussen de werkgevers en dus in elk geval op het causaal verband tussen die overeenkomst en de effecten op de verschillende marktdeelnemers en markten.

250. In de tweede plaats is in de onderhavige zaken een zorgvuldige analyse noodzakelijk, waarin rekening wordt gehouden met de specifieke economische context.

251. Anders dan veel nationale stelsels van mededingingsrecht zijn de communautaire mededingingsregels van toepassing op nagenoeg alle economische sectoren (bijvoorbeeld landbouw, bankwezen, verzekeringswezen, energievoorziening, vervoer, sociale sector) en categorieën overeenkomsten (bijvoorbeeld verticale overeenkomsten). Deze ruime toepasselijkheid maakt het des te noodzakelijker de specifieke economische kenmerken van een bepaalde sector of categorie overeenkomsten in aanmerking te nemen bij de beoordeling of de mededingingsregels in een bepaald geval zijn overtreden.

252. Ten aanzien van de uitlegging van de woorden „dat de mededinging (...) wordt

verhinderd, beperkt of vervalst" in artikel 85, lid 1, bieden vaste regels, waarmee beperkingen van het gedrag van individuele handelaren gemakkelijk kunnen worden aangetoond, normaal gesproken een valide basis om vast te stellen of zij een concurrentiebeperkend effect hebben, en zij bevorderen tevens de gewenste rechtszekerheid. In zaken waarin het ging om specifieke sectoren [115] of specifieke categorieën overeenkomsten [116] heeft het Hof echter deze werktuiglijke benadering verlaten en een diepgaander analyse gemaakt. Gezien het onderwerp en de aard van de voorliggende overeenkomsten moeten dan ook de economische context en de soms ingewikkelde economische achtergrond ervan in aanmerking worden genomen.

253. Dit brengt mij op de te onderzoeken overeenkomsten. Zoals ik reeds heb uiteengezet, kunnen de collectieve overeenkomsten worden onderscheiden in drie juridisch en economisch onafhankelijke elementen.

254. Zoals gezegd valt het eerste element, de overeenkomst tussen de werkgevers waarbij de pensioenpremies in een gehele bedrijfstak worden geharmoniseerd, buiten de werking van artikel 85, lid 1. Het is in wezen een overeenkomst over de beloning van de werknemers, een kernpunt van collectieve onderhandeling dat niet rechtstreeks van invloed is op derden of andere markten. De mededingingsregels dienen dan ook niet van toepassing te zijn.

255. Bijgevolg zijn in casu alleen het tweede en derde onderdeel van de overeenkomsten aan de orde, die — naar althans wordt gesteld — gevolgen hebben voor verzekeringsmaatschappijen en werkgevers die bij de betrokken collectieve overeenkomsten geen partij waren. Bovendien is, zoals gezegd, alleen de stilzwijgende overeenkomst tussen de werkgevers relevant. Ik zal dan ook onderzoeken, of de mededinging merkbaar is beperkt door een stilzwijgende overeenkomst tussen de werkgevers, in de eerste plaats met betrekking tot de overeenkomst tot oprichting van één pensioenfonds dat door de werkgevers samen met de vakbonden wordt beheerd, en in de tweede plaats met betrekking tot de overeenkomst om samen met de vakbonden de bevoegde minister te verzoeken de deelneming voor alle ondernemingen in de bedrijfstak verplicht te stellen.

1. *De overeenkomst tot oprichting van één pensioenfonds dat door de werkgevers samen met de vakbonden wordt beheerd*

256. Om de redenen achter de overeenkomst goed te begrijpen moet worden

115 — Arresten Hof van 15 december 1994, DLG (C-250/92, Jurispr. blz. I-5641, punt 31); 12 december 1995, Oude Luttikhuis e.a. (C-399/93, Jurispr. blz. I-4515, punt 10), 15 september 1998, European Night Services e.a./Commissie (T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, Jurispr. blz. II-3141, punten 136 en 137).

116 — Arresten van 30 juni 1966, Société Technique Minière (56/65, Jurispr. blz. 337); 28 februari 1991, Delimitis (C-234/89, Jurispr. blz. I-935); 8 juni 1971, Deutsche Grammophon (78/70, Jurispr. blz. 487); 8 juni 1982, Nungesser/Commissie (258/78, Jurispr. blz. 2015), en 28 januari 1986, Pronuptia (161/84, Jurispr. blz. 353).

bedacht over welke mogelijkheden werkgevers en werknemers beschikken. Er zijn collectieve overeenkomsten waarin werkgevers en werknemers uitsluitend de minimumpensioenpremie per werknemer overeenkomen. In die gevallen beslist de werkgever wat er met de bijeengebrachte pensioenpremies gebeurt. Hij kan vrij kiezen, of hij een eigen pensioenfonds zal oprichten, een groepsverzekering speciaal voor zijn onderneming afsluiten bij een verzekeringsmaatschappij, dan wel met andere werkgevers een gemeenschappelijk pensioenfonds oprichten.

257. In de onderhavige zaken hebben de vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers de derde mogelijkheid gekozen, dus een gemeenschappelijk pensioenfonds op te richten dat door de vertegenwoordigers van beide sociale partners gezamenlijk wordt beheerd.

258. Hoe kan die overeenkomst uit het oogpunt van het mededingingsrecht worden gezien? In de eerste plaats is het een vorm van vrijwillige horizontale samenwerking tussen ondernemingen in dezelfde bedrijfstak voor het beheer van de pensioenen van hun werknemers. Alleen door de daaropvolgende interventie van de Nederlandse regering wordt deelneming in het fonds verplicht. In de tweede plaats vindt die samenwerking niet ad hoc plaats maar binnen een permanente structuur, die losstaat van de deelnemende ondernemingen.

259. De oprichting van de pensioenfondsen als een geïnstitutionaliseerde vorm van samenwerking is dus in vele opzichten identiek aan wat gewoonlijk de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming met het karakter van een samenwerkingsverband wordt genoemd.

260. Ik zal de effecten van de overeenkomsten op a) de werkgevers en b) verzekeringsmaatschappijen, afzonderlijk onderzoeken.

a) Beperking van de mededinging voor de werkgevers

261. Beperkt de oprichting van de pensioenfondsen in merkbare mate de mededinging tussen de werkgevers?

262. Met betrekking tot een landbouwcoöperatie verklaarde het Hof dat

„(...) de organisatie van een onderneming in de bijzondere rechtsvorm van een coöperatie op zich niet is aan te merken als een mededingingsbeperkende gedraging. (...) staat deze rechtsvorm in de gunst van de nationale wetgever en van de communautaire autoriteiten als factor voor de moder-

nisering en rationalisatie (...) en voor de efficiëntie (...)". [117]

263. In haar „Bekendmaking inzake overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreffende samenwerking tussen ondernemingen" [118] verklaart de Commissie:

„(...)

I. De Commissie staat positief tegenover samenwerking tussen kleine en middelgrote ondernemingen, indien deze daardoor in staat worden gesteld rationeler te werken en hun prestatie- en concurrentievermogen op een grotere markt te versterken. De Commissie acht het haar taak, met name de samenwerking tussen kleine en middelgrote ondernemingen te vergemakkelijken. Ook de samenwerking tussen grote ondernemingen kan economisch zinvol en uit een oogpunt van concurrentiepolitiek onbedenkelijk zijn.

(...)

Het is mogelijk dat ook andere vormen van samenwerking tussen ondernemingen die hieronder niet zijn genoemd volgens artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag (...) niet verboden zijn.

(...)

II. De Commissie is van oordeel dat de volgende overeenkomsten niet als concurrentiebeperkingen moeten worden beschouwd:

(...)

2. *Overeenkomsten die uitsluitend ten doel hebben:*

a) de samenwerking bij de boekhouding;

b) de gemeenschappelijke kredietgarantie;

c) gemeenschappelijke incassokantoren;

d) gemeenschappelijke kantoren voor bedrijfs- of belastingadviezen.

117 — Arrest Oude Luttikhuis, aangehaald in voetnoot 115, punt 12.

118 — PB 1968, C 75, blz. 3, gecorrigeerd bij PB 1968, C 84, blz. 14.

Het gaat in deze gevallen om samenwerking op gebieden die niet van invloed zijn op het aanbod van goederen en diensten en op de economische beslissingen van de betrokken ondernemingen, zodat er geen beperking van de concurrentie ontstaat."

264. In haar „Bekendmaking betreffende de beoordeling van gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag" [119] stelt de Commissie in punt 15:

„Bepaalde categorieën van G[emeenschappelijke] O[ondernemingen] vallen buiten het bereik van het kartelverbod, omdat zij geen verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging tot doel of tot gevolg hebben. Dit geldt met name voor:

(...)

— GO's met uit een oogpunt van mededinging neutrale taken in de zin van de samenwerkingsbekendmaking van 1968. De aldaar omschreven samenwerkingsvormen beperken de concurrentie niet, omdat zij:

(...)

— uitsluitend op de bedrijfsvoering betrekking hebben;

— uitsluitend activiteiten betreffen die weinig met de markt te maken hebben."

265. De achtergrond van het arrest van het Hof en de twee Bekendmakingen is, dat geïnstitutionaliseerde samenwerking op het niveau van de bedrijfsvoering, waardoor de betrokken ondernemingen tot aanzienlijke schaalvoordelen kunnen komen, en die zich afspeelt op een gebied dat weinig te maken heeft met de goederen- of dienstenmarkt, in het algemeen concurrentiebevorderend werkt.

266. Deze gedachtengang gaat ook op voor bedrijfspensioenfondsen.

267. De oprichting van één bedrijfspensioenfonds heeft verschillende voordelen

119 — PB 1993, C 43, blz. 2.

voor de deelnemende werkgevers. In de eerste plaats zijn er schaalvoordelen te behalen met betrekking tot diensten die voor het beheer van een pensioenregeling essentieel zijn, zoals de premie- en uitkeringsadministratie of beheersfaciliteiten. Ook is de administratie veel eenvoudiger wanneer een werknemer binnen dezelfde bedrijfstak naar een ander bedrijf overgaat.

268. Bovendien staat een bedrijfspensioenfonds sterker op de investeringsmarkten of ten opzichte van dienstverleners (adviseurs, verzekeringsmaatschappijen). Er zijn dus belangrijke concurrentiebevorderende effecten.

269. Anderzijds betreft, evenals bij gezamenlijke boekhoud- of belastingadvieskantoren, de samenwerking op het gebied van pensioenbeheer een gebied dat niet rechtstreeks „van invloed [is] op het aanbod van goederen en diensten en op de economische beslissingen van de betrokken ondernemingen". Integendeel, de samenwerking speelt zich af op een gebied dat nog minder te maken heeft met de goederenmarkt dan bijvoorbeeld gezamenlijke research en ontwikkeling.

270. De oprichting van een vrijwillig bedrijfspensioenfonds is dus een doeltreffende en rationele vorm van concurrentiebevorderende samenwerking tussen ondernemingen, die in beginsel niet valt onder het verbod van artikel 85, lid 1.

271. Albany, Brentjens en Drijvende Bokken stellen echter, dat het verbod van artikel 85, lid 1, is overtreden omdat hun vrijheid om zelf een pensioenregeling te treffen, is beperkt.

272. Ten aanzien van de regels van een landbouwcoöperatie waarbij de uittreemogelijkheden uit de coöperatie werden beperkt, verklaarde het Hof:

„Dit betekent echter niet, dat de statutaire bepalingen die de verhoudingen tussen de vereniging en de leden regelen, met name die betreffende de beëindiging van de contractsband en die welke de leden verplichten de geproduceerde melk aan de coöperatie voor te behouden, automatisch onttrokken zijn aan het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

Om daaraan te ontsnappen, mogen de beperkingen die de statuten van coöperatieve verenigingen aan de leden opleggen teneinde hun trouw te garanderen, niet verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om de goede werking van de coöperatie veilig te stellen en in het bijzonder om haar te verzekeren van een voldoende brede com-

merciële basis en van een zekere duurzaamheid in het lidmaatschap." [120]

273. Ofschoon ondernemingen dus in bepaalde omstandigheden coöperatieve verenigingen kunnen oprichten, moeten de daarmee verband houdende *contractuele* beperkingen van hun commerciële vrijheid tot het noodzakelijke minimum beperkt blijven.

274. Mijns inziens zou een vrijwillig bedrijfspensioenfonds waarbij beperkingen werden gesteld aan de uittreding, een vergelijkbaar geval kunnen zijn, waarin bepaalde geringe, ondergeschikte contractuele beperkingen bedoeld om de ledentrouw te garanderen, onmisbaar zouden zijn „om [het fonds] te verzekeren van een voldoende brede commerciële basis en van een zekere duurzaamheid in het lidmaatschap".

275. In de onderhavige zaken ligt de situatie echter anders. Uit de stukken blijkt nergens, dat de betrokken beperkingen rechtstreeks voortvloeien uit de in geding zijnde collectieve overeenkomsten. De vrijheid om bijzondere pensioenregelingen te treffen lijkt niet te zijn beperkt door de overeenkomsten waarbij de fondsen zijn opgericht, maar door het besluit van de Nederlandse regering om deelneming verplicht te stellen. Er bestaat dus geen rechtstreeks causaal verband tussen de oorspronkelijke overeenkomsten tussen enkele werkgevers om een gemeenschappelijk pensioenfonds op te richten en de feitelijke moeilijkheden die verzoekers hebben ondervonden bij hun poging van de deelnemingsverplichting te worden ontheven. De beperking van verzoekers' vrijheid is afhankelijk van de interventie van de Nederlandse regering. De verenigbaarheid van die interventie met de artikelen 5 en 85, lid 1, en met de artikelen 86 en 90, lid 1, is een andere kwestie, die hierna zal worden onderzocht.

b) Beperkingen ten opzichte van pensioenverzekeringsmaatschappijen

276. Albany, Brentjens en Drijvende Bokken betogen, dat het verbod om met particuliere verzekeringsmaatschappijen overeenkomsten over aanvullende pensioenen aan te gaan, de concurrentiepositie van de verzekeringsmaatschappijen nadelig beïnvloedt. Laatstgenoemden wordt feitelijk belet, met de werkgevers in een bedrijfstak groepsverzekeringscontracten af te sluiten en zij worden daarmee van een belangrijk deel van de Nederlandse verzekeringsmarkt uitgesloten. Bovendien treedt er cumulatie op, doordat verplichte deelneming in vrijwel alle sectoren van de Nederlandse economie voorkomt.

277. Om te beginnen zal ik de effecten onderzoeken van de oorspronkelijke overeenkomsten tussen enkele werkgevers en vertegenwoordigers van de werknemers tot oprichting van een door hen gezamenlijk

120 — Arrest Oude Luttikhuis, aangehaald in voetnoot 115, punten 13 en 14.

beheerd gemeenschappelijk bedrijfspensioenfonds. Ik zal daartoe de overeenkomst in abstracto onderzoeken, zonder rekening te houden met de daaropvolgende interventie van de regering, dus op basis van een vrijwillig pensioenfonds. Vervolgens zal ik de effecten van het besluit van de regering tot verplichtstelling van de deelneming bespreken.

278. Met betrekking tot de oprichting van een gemeenschappelijk vrijwillig bedrijfspensioenfonds moet worden bedacht, dat een individuele werkgever de keus heeft om hetzij een eigen pensioenfonds op te richten, hetzij voor zijn werknemers een groepsverzekeringscontract af te sluiten bij een verzekeringsmaatschappij.

279. Vanuit het oogpunt van mededingingsrecht zijn beide mogelijkheden neutraal. De keuze is vergelijkbaar met het besluit van een fabrikant om bepaalde diensten (bijvoorbeeld schoonmaken, boekhouding) van leveranciers van buitenaf „in te kopen", dan wel deze in het bedrijf zelf te „produceren". Een beslissing om geen contractuele relaties aan te gaan met leveranciers van buitenaf wordt beschermd door de contractvrijheid. Een dergelijke weigering om een overeenkomst aan te gaan kan alleen relevant zijn in de context van een onderneming met een machtspositie.

280. De beslissing van enkele werkgevers om samen met andere één pensioenfonds op te richten brengt de pensioenverzekeraars niet in een slechtere positie. Zoals wij hebben gezien, zijn alle deelnemende werkgevers vrij om in het geheel geen pensioen aan te bieden of een pensioen aan te bieden via een eigen pensioenfonds. Vanuit de verzekeringsmaatschappijen bezien maakt het geen verschil wanneer meerdere werkgevers besluiten de pensioenpremies in één fonds te storten in plaats van er elk afzonderlijk een pensioenfonds op na te houden.

281. Bovendien zijn er, zoals gezegd, in het dossier geen aanwijzingen, dat de oorspronkelijke collectieve overeenkomst tot oprichting van een gezamenlijk pensioenfonds de leden enige beperking stelde om uit het fonds te treden en met een verzekeringsmaatschappij van buitenaf een gunstiger overeenkomst te sluiten. Een louter vrijwillig pensioenfonds zonder exclusiviteit en zonder uittredingsbeperkingen heeft op zichzelf dus geen echte uitsluitingseffecten.

282. Ten slotte zijn alle partijen en de Nederlandse regering het erover eens, dat de werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers het beheer van het bedrijfspensioenfonds in handen kunnen geven van een verzekeringsmaatschappij. Daarmee krijgen de verzekeringsmaatschappijen een mogelijkheid erbij om hun beheersdiensten aan te bieden aan grote fondsen die een groot aantal werkgevers en werknemers vertegenwoordigen.

283. Het besluit van de werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers om het pensioenfonds gezamenlijk te beheren en geen beheerscontract aan te gaan met een verzekeringsmaatschappij is ook weer een weigering om een overeenkomst aan te gaan die in beginsel onder de contractvrijheid valt en alleen relevant zou zijn in verband met artikel 86.

284. Er zijn dus ten aanzien van de werkgevers die aan de oorspronkelijke overeenkomst tot oprichting van een bedrijfspensioenfonds deelnamen geen echte uitsluitingseffecten voor de verzekeringsmaatschappijen. De keuze van een werkgever om zich bij een bedrijfspensioenfonds aan te sluiten in plaats van het premiebeheer in handen te geven van een verzekeringsmaatschappij wordt beschermd door de contractvrijheid.

285. Vandaar dat de argumenten van verzoekers zich weer in hoofdzaak richten tegen de effecten van de verplichte deelneming. Alleen de verplichte deelneming beperkt de vrijheid van de werkgevers om groepsverzekeringsovereenkomsten aan te gaan met verzekeringsmaatschappijen. Het neveneffect is dat verzekeringsmaatschappijen geen toegang hebben tot de potentiële markt voor aanvullende pensioenverzekeringen. Zoals gezegd is de verenigbaarheid van de interventie door de Nederlandse regering met het gemeenschapsrecht een andere kwestie, die ik verderop zal bespreken.

286. De oorspronkelijke stilzwijgende overeenkomst tussen de werkgevers tot oprichting van een gemeenschappelijk bedrijfspensioenfonds dat zij gezamenlijk met de werknemersvertegenwoordigers beheren, valt dus niet onder het verbod van artikel 85, lid 1. Zo er beperkende effecten zijn, dan worden deze veroorzaakt door de interventie van de Nederlandse regering.

2. *De overeenkomst om samen met de vakbonden de bevoegde minister te verzoeken om deelneming voor alle ondernemingen in de bedrijfstak verplicht te stellen*

287. In geding is het gezamenlijke verzoek aan de minister om de deelneming voor alle ondernemingen in de bedrijfstak verplicht te stellen.

288. Wat de werkgevers betreft, kan de overeenkomst worden gezien als een gecoördineerde manier om regeringsinterventie te verkrijgen teneinde te komen tot gelijke mededingingsvoorwaarden voor alle werkgevers in de bedrijfstak.

289. In de eerste plaats moet deze actie worden onderscheiden van rechtstreekse actie tegen concurrerende derde ondernemingen met het doel, deze te dwingen zich aan te sluiten of zich aan een bepaalde overeenkomst te houden. Methoden die in zulke gevallen veel worden gebruikt, zijn bijvoorbeeld boycots en wederkerige exclusieve verkoopovereenkomsten met afnemers of leveranciers. In die omstandigheden

is door inbreukmakende ondernemingen dikwijls gesteld, dat zij handelden ter voorkoming van oneerlijke mededinging, dumping, of meer in het algemeen handelden in het openbaar belang. Het Hof en de Commissie hebben steeds geoordeeld, dat het aan de overheid of de rechter en niet aan particuliere ondernemingen is om de belangen van het publiek te beschermen, zoals de veiligheid van producten of de voorkoming van oneerlijke concurrentie. [121]

290. In de tweede plaats, zoals ik zojuist heb uiteengezet, is de oorspronkelijke overeenkomst tussen enkele werkgevers en vertegenwoordigers van de werknemers tot oprichting van één pensioenfonds niet in strijd met artikel 85, lid 1. Het onderhavige gezamenlijke verzoek kan dus worden onderscheiden van een verzoek van ondernemingen om de effecten van een verboden overeenkomst uit te breiden tot andere ondernemingen in de bedrijfstak.

291. Dat laatste punt is echter volgens mij niet beslissend voor de beoordeling van de wettigheid van het in geding zijnde gedrag. De enkele poging van ondernemingen, de overheid zover te krijgen dat zij de effecten van een bepaalde overeenkomst uitbreidt tot andere deelnemers aan het economische verkeer, valt niet onder het verbod van artikel 85, lid 1. [122]

292. Om te beginnen tast een dergelijke actie op zich de mededinging of de vrijheid van eenieder om aan de mededinging deel te nemen, niet aan. Beperkingen zijn een gevolg van daaropvolgend overheidsingrijpen.

293. Ten tweede is het indienen van een gecoördineerd verzoek aan de overheid onderdeel van ons democratisch bestel. Natuurlijke of rechtspersonen mogen zich organiseren en samen hun verzoek bij de regering of de wetgever indienen. De overheidsinstanties moeten dan beslissen of het voorgestelde optreden in het openbaar belang is. Zij hebben de uitsluitende bevoegdheid, maar ook de alleenverantwoordelijkheid voor hun beslissing.

294. Een gezamenlijk verzoek tot verplichtstelling van de deelneming valt dus ook niet onder het verbod van artikel 85, lid 1.

295. Daar geen van beide overeenkomsten de mededinging beperkt, behoeven de effec-

121 — Arrest Hof van 17 januari 1984, VBVB en VBBB/Commissie (43/82 en 63/82, Jurispr. blz. 19, punt 37); arrest Gerecht van 12 december 1991, Hilti/Commissie (T-30/89, Jurispr. blz. II-1439, punten 115-119), en beschikking 94/815/EG van de Commissie van 30 november 1994 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (zaak IV/33.126 en 33.222 — Cement) (PB 1994, L 343, blz. 112, punt 8).

122 — Beschikking 94/815, aangehaald in voetnoot 121.

ten ervan op de handel tussen de lidstaten niet te worden onderzocht.

296. Ik concludeer, dat artikel 85, lid 1, ratione materiae niet van toepassing is op collectieve overeenkomsten tussen de sociale partners waarbij de werkgevers voor alle werknemers in een bedrijfstak overeenkomen, een bepaald bedrag aan pensioenpremie te betalen, aangezien dergelijke overeenkomsten te goeder trouw over kernpunten van collectieve onderhandeling zoals lonen en arbeidsvoorwaarden gesloten collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers zijn, die niet rechtstreeks van invloed zijn op andere markten en derden. Artikel 85, lid 1, is in de onderhavige zaken evenmin ratione personae op werknemers of vakbonden toepasselijk, aangezien deze in de context van het collectief onderhandelen geen van beide handelen als onderneming in de zin van de mededingingsregels. Wat de twee stilzwijgende overeenkomsten betreft tussen de werkgevers om één onder gezamenlijk beheer van werkgevers en werknemers staand bedrijfspensioenfonds op te richten en samen met de vakbonden aan de bevoegde minister te verzoeken om verplichtstelling, is artikel 85, lid 1, ofschoon in beginsel van toepassing, niet geschonden, aangezien geen van beide overeenkomsten de mededinging beperkt.

297. Op artikel 85, lid 1, is dus geen inbreuk gemaakt wanneer de vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers in een bedrijfstak bij collectieve overeenkomst één bedrijfspensioenfonds oprichten en de overheid gezamenlijk verzoeken de deelneming in het fonds voor alle bedrijfsgenoten verplicht te stellen.

VII — De artikelen 5 en 85

298. In geschil is, of een lidstaat inbreuk maakt op de artikelen 5 en 85 van het Verdrag, wanneer hij op verzoek van de vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers de deelneming in een bedrijfspensioenfonds verplicht stelt voor alle ondernemingen in die bedrijfstak.

299. Albany, Brentjens en Drijvende Bokken betogen, dat Nederland, door eerst het wettelijk kader te scheppen voor verplichte deelneming en vervolgens de deelneming in elk van de drie fondsen verplicht te stellen, de effecten van een overeenkomst welke in strijd is met artikel 85 enerzijds heeft aangemoedigd en anderzijds heeft versterkt. Dit betekent volgens hen een schending van de artikelen 5 en 85 van het Verdrag, zoals door het Hof uitgelegd in de arresten Meng [123] en Ohra Schadeverzekeringen. [124]

123 — Arrest van 17 november 1993 (C-2/91, Jurispr. blz. I-5751).

124 — Arrest van 17 november 1993 (C-245/91, Jurispr. blz. I-5851).

300. Volgens de pensioenfondsen, de Nederlandse, de Franse en de Zweedse regering en de Commissie is er in de onderhavige zaken geen met artikel 85, lid 1, strijdige overeenkomst die kan worden aangemoedigd of waarvan de effecten kunnen worden versterkt in de zin van de rechtspraak van het Hof. Bovendien heeft Nederland volgens de pensioenfondsen zijn verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten in de economische sfeer niet overgedragen, in de zin van de rechtspraak van het Hof, aan particuliere ondernemingen.

301. In de rechtspraak van het Hof zijn de volgende beginselen vastgelegd. [125] Op zichzelf beschouwd heeft artikel 85 alleen betrekking op het gedrag van ondernemingen. Wettelijke of bestuurlijke maatregelen van de lidstaten vallen er derhalve in beginsel niet onder. Gelezen in samenhang met artikel 5, tweede alinea, echter verlangt artikel 85 van de lidstaten dat zij geen maatregelen invoeren of in stand houden, ook geen maatregelen van wetgevende of bestuurlijke aard, die de op ondernemingen toepasselijke mededingingsregels hun effect kunnen ontnemen. Dit is het geval in drie situaties: in de eerste plaats wanneer een lidstaat de vaststelling van met artikel 85 strijdige overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen verlangt of bevordert, in de tweede plaats wanneer hij de effecten daarvan versterkt, of, in de derde plaats, wanneer hij zijn wetgeving het overheidskarakter ontneemt door aan particuliere handelaren de verantwoordelijkheid over te dragen voor het nemen van economische beslissingen die gevolgen hebben voor de economische sfeer.

302. Ten aanzien van de eerste twee situaties eist het Hof voor onwettigheid van de overheidsmaatregelen, dat er een verband bestaat met anticoncurrentieel gedrag van ondernemingen. [126] Daardoor vallen overheidsmaatregelen waarbij een zekere mate van overeenstemming tussen ondernemingen wordt verlangd of de effecten daarvan worden versterkt, niet onder het verbod van de artikelen 5 en 85 van het Verdrag, wanneer die overeenkomst geen inbreuk maakt op artikel 85, lid 1. [127] In de onderhavige zaken beperken de overeenkomsten de mededinging niet, zoals wij zagen, en zij vallen dan ook niet onder het verbod van artikel 85, lid 1.

303. Wat het derde punt betreft, namelijk of de overheid haar bevoegdheden heeft overgedragen aan particuliere verkeersdeelnemers, volgt uit de Nederlandse wettelijke regeling dat de bevoegde minister als enige verantwoordelijk is voor het besluit om de deelneming in een bepaald pensioenfonds verplicht te stellen. Volgens artikel 3, lid 1, BPW richten werkgevers en werknemers slechts een verzoek tot de minister. De Verzekeringskamer en de Sociaal-Economische Raad, die in elk geval openbare

125 — Arresten van 21 september 1988, Van Eycke (267/86, Jurispr. blz. 4769, punt 16); Meng, aangehaald in voetnoot 123, punt 14; 17 november 1993, Reiff (C-185/91, Jurispr. blz. I-5801, punt 14); Ohra Schadeverzekeringen, aangehaald in voetnoot 124, punt 10; 9 juni 1994, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (C-153/93, Jurispr. blz. I-2517, punt 14); 5 oktober 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Jurispr. blz. I-2883, punten 20 en 21); 17 oktober 1995, DIP e.a. (C-140/94, C-141/94 en C-142/94, Jurispr. blz. I-3257, punten 14 en 15); Sodemare e.a., aangehaald in voetnoot 57, punten 41 en 42; 18 juni 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Jurispr. blz. I-3949, punten 35, 36 en 49); en Commissie/Italië, aangehaald in voetnoot 102, punten 53 en 54.

126 — Zie dictum van arrest Meng, aangehaald in voetnoot 123, en dictum van arrest Ohra Schadeverzekeringen, aangehaald in voetnoot 124.

127 — Zie voor een recent voorbeeld arrest Corsica Ferries France, aangehaald in voetnoot 125, punt 51.

lichamen zijn, hebben enkel het recht te worden gehoord. In dit verband moet ook worden bedacht, dat de bevoegde minister als enige verantwoordelijk is voor intrekking van de deelnemingsverplichting (artikel 3, lid 4, BPW) en dat hij een nieuw verplichtstellingsbesluit moet nemen wanneer de reglementen van het pensioenfonds worden gewijzigd (artikel 3, lid 5, BPW). De bevoegdheid tot het nemen van besluiten over verplichte deelneming berust dus bij de bevoegde minister en wordt niet overgelaten aan een overeenkomst tussen werkgevers en werknemers.

304. Zoals hierna zal blijken, is de delegatie van beslissingsbevoegdheid aan het pensioenfonds met betrekking tot individuele vrijstellingen van de verplichte deelneming een andere kwestie, die moet worden onderzocht in het kader van de lex specialis van artikel 90, lid 1. [128]

305. Volgt men de rechtspraak van het Hof over artikel 5, dan is er derhalve geen inbreuk gemaakt op de artikelen 5 en 85 van het Verdrag.

VIII — De vraag of de Nederlandse bedrijfspensioenfondsen als onderneming moeten worden aangemerkt

306. De vraag is, of de Nederlandse bedrijfspensioenfondsen „ondernemingen" zijn in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag. Meer in het bijzonder moet worden vastgesteld, of de concrete activiteit van de onderhavige bedrijfspensioenfondsen, namelijk het verstrekken van aanvullende pensioenen aan werknemers, van economische aard is. [129]

307. De belangrijkste kenmerken van de in geding zijnde pensioenfondsen zijn de volgende:

— Zij verstrekken aanvullende ouderdomspensioenen.

— Zij zijn oorspronkelijk opgericht bij collectieve overeenkomst tussen werkgevers en werknemers en gelden voor een gehele bedrijfstak.

— De deelneming is verplicht gesteld bij ministerieel besluit, waarbij in bepaalde gevallen vrijstelling kan worden verleend.

— Zij berusten op premiebetaling en werken volgens het kapitaaldekkingsstelsel.

128 — Arrest van 5 oktober 1994, Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Jurispr. blz. I-5077, punt 15).

129 — Zie hiervóór, punt 207.

— De hoogte van de premies en de uitkeringen wordt vastgesteld door het bestuur van het pensioenfonds.

— De pensioenuitkering hangt af van de uit de premies opgebouwde reserves, de beleggingsresultaten van het pensioenfonds en de beheerskosten.

— De pensioenregelingen hebben een sociaal doel.

— De regelingen bevatten de volgende elementen van solidariteit binnen de bedrijfstak. De pensioenfondsen hebben een reële verplichting alle werkgevers en werknemers in de bedrijfstak te accepteren. Er wordt geen risicoselectie toegepast door middel van vragenlijsten of medische keuringen. Ook bestaat er geen koppeling tussen het risico en de premies. Alle aangeslotenen betalen een doorsneepremie, waarbij geen rekening wordt gehouden met bijvoorbeeld de leeftijd van de werknemer. De premie voor werknemers van kleine en middelgrote ondernemingen is gelijk aan die voor werknemers van grote ondernemingen. In geval van arbeidsongeschiktheid wordt premievrijstelling verleend.

— De vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers moeten in het bestuur van het pensioenfonds gelijkelijk zitting hebben.

— Het bestuur is verplicht een financieel evenwicht te bewaren.

— De middelen moeten worden belegd „op solide wijze".

— Evenals bij particuliere verzekeringsmaatschappijen staat het beheer onder toezicht van de Verzekeringskamer.

— Het pensioenfonds heeft geen winstoogmerk.

308. Volgens Albany, Brentjens en Drijvende Bokken zijn de onderhavige pensioenfondsen ondernemingen. De Commissie is dezelfde opvatting toegedaan.

309. De pensioenfondsen en de Nederlandse, de Franse, de Duitse en de Zweedse regering menen alle, dat de pensioenfond-

sen niet als ondernemingen zijn aan te merken.

310. Alvorens de meer specifieke zaken — de arresten Poucet en Pistre [130], Van Schijndel en Van Veen [131], en FFSA e.a. [132] — te bespreken wil ik enkele algemene beginselen in herinnering roepen betreffende de kwalificatie van de activiteiten van een eenheid in het communautaire mededingingsrecht.

311. Zoals gezegd heeft het Hof in het algemeen een functionele benadering gekozen. [133] De belangrijkste maatstaf is derhalve, of de betrokken eenheid een activiteit uitoefent die althans in beginsel door een particuliere onderneming zou kunnen worden uitgeoefend met het oog op het maken van winst.

312. Deze functionele uitlegging leidt ertoe, dat enkele steeds weer opduikende argumenten door het Hof als irrelevant zijn afgewezen. In de eerste plaats is noch de rechtsvorm van de eenheid noch de wijze waarop zij wordt gefinancierd van belang. [134] Zo werd bijvoorbeeld van overheidsinstanties als de Duitse Bundesanstalt für Arbeit [135] en de Italiaanse Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato [136] aangenomen, dat zij activiteiten van economische aard uitoefenen met betrekking tot de arbeidsvoorziening, respectievelijk het aanbieden van goederen en diensten op de markt van tabaksfabrikaten. Daarentegen werden de mededingingsregels niet van toepassing geacht op een particuliere vennootschap die in opdracht van een lidstaat milieu-inspectietaken verrichtte. [137] In de tweede plaats doet het feit dat een eenheid geen winstoogmerk heeft [138], of dat zij niet-economische doeleinden nastreeft [139], er in beginsel niet toe. In de derde plaats wil het feit dat bepaalde taken door de staat aan bepaalde eenheden zijn opgedragen in het algemeen belang, niet zeggen, dat die eenheden geen onderneming zijn, aangezien artikel 90, leden 1 en 2, in dat geval zinloos zou zijn. De mededingingsregels zijn dan ook van toepassing op de activiteiten van bijvoorbeeld leveranciers van telecommunicatie- [140] en posterijdiensten [141], publieke omroepen [142] en havenbedrijven. [143] Ten slotte is het feit dat bepaalde activiteiten normaal gesproken aan open-

130 — Aangehaald in voetnoot 55.

131 — Aangehaald in voetnoot 2.

132 — Aangehaald in voetnoot 56.

133 — Zie hiervóór, punt 214.

134 — Arresten Höfner en Elser, aangehaald in voetnoot 53, punt 21; en Job Centre, aangehaald in voetnoot 54, punt 21.

135 — Arrest Höfner en Elser, aangehaald in voetnoot 53.

136 — Arresten van 16 juni 1987, Commissie/Italië (118/85, Jurispr. blz. 2599, punten 6-16), en 14 december 1995, Banchero (C-387/93, Jurispr. blz. I-4663, punt 50).

137 — Arrest Diego Cali & Figli, aangehaald in voetnoot 97.

138 — Arrest Van Landewyck e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 105, punt 88; conclusie van advocaat-generaal Lenz bij arrest Bosman, aangehaald in voetnoot 21, punt 255.

139 — Arrest van 30 april 1974, Sacchi (155/73, Jurispr. blz. 409, punten 13 en 14).

140 — Arrest van 20 maart 1985, Italië/Commissie (41/83, Jurispr. blz. 873, punten 18 en 19).

141 — Arrest van 19 mei 1993, Corbeau (C-320/91, Jurispr. blz. I-2533, punt 8).

142 — Arresten ERT, aangehaald in voetnoot 64, punt 33, en van 3 oktober 1985, CBEM (311/84, Jurispr. blz. 3261, punt 17).

143 — Arrest van 10 december 1991, Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, Jurispr. blz. I-5889, punt 9).

bare lichamen worden opgedragen, niet voldoende om die activiteiten buiten de mededingingsregels te doen vallen. [144]

313. In enkele gevallen heeft het Hof een benadering gekozen die verder gaat dan die functionele uitlegging. Zoals het Hof bijvoorbeeld in het arrest IAZ e.a./Commissie verklaarde, „is artikel 85, lid 1, ook van toepassing op ondernemersverenigingen voor zover hun eigen activiteiten of die van de aangesloten ondernemingen ertoe strekken de gevolgen teweeg te brengen die deze bepaling beoogt tegen te gaan". [145] In dezelfde trant verklaarde het Gerecht van eerste aanleg dat „artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag (...) ziet op economische eenheden bestaande uit een samenstel van materiële en menselijke factoren die kunnen bijdragen aan het begaan van een van de in deze bepaling bedoelde inbreuken". [146]

314. Daarentegen kunnen de activiteiten van een eenheid in twee situaties buiten de toepasselijkheid van de mededingingsregels vallen. In de eerste plaats zijn de mededingingsregels niet van toepassing op „uitoefening van overheidsgezag" [147] of op organen van de staat „handelend in hun hoedanigheid van overheid". [148] In die context is van geen belang, of de staat zijn overheidsgezag rechtstreeks via een tot het centrale bestuur behorend orgaan uitoefent of via een afzonderlijk lichaam waaraan hij bijzondere of uitsluitende rechten heeft toegekend. [149] Een eenheid handelt in de uitoefening van haar overheidsgezag, wanneer de betrokken activiteit „een taak van algemeen belang [is] die behoort tot de kerntaken van de staat" en die „wegens [zijn] aard en [zijn] doel en de regels waaraan [h]ij [is] onderworpen neer[komt] op het uitoefenen van prerogatieven (...) die typisch overheidsprerogatieven zijn". [150] In de tweede plaats lijkt uit punt 22 van het arrest Höfner en Elser te volgen, dat de mededingingsregels niet van toepassing zijn wanneer de betrokken activiteit altijd in handen is geweest van en noodzakelijkerwijs moet worden verricht door overheidsdiensten. [151]

315. Dan kom ik nu toe aan de drie zaken waarin het ging om de kwalificatie van met de onderhavige vergelijkbare lichamen.

316. In het arrest Poucet en Pistre [152] oordeelde het Hof, dat bepaalde Franse organen belast met het beheer van het stelsel van ziekte- en moederschapsverzekering van niet in de landbouw werkzame zelfstandigen en het basispensioenstelsel voor ambachtslieden, niet moesten worden beschouwd als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht.

144 — Arrest Höfner en Elser, aangehaald in voetnoot 53, punt 22.

145 — Arresten van 8 november 1983, IAZ e.a./Commissie (96/82—102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punt 20), en Frubo/Commissie, aangehaald in voetnoot 110, punten 30 en 31).

146 — Arrest van 17 december 1991, Enichem Anic/Commissie (T-6/89, Jurispr. blz. II-1623, punt 235).

147 — Arrest van 16 juni 1987, Commissie/Italië, aangehaald in voetnoot 136, punten 7 en 8, en Diego Cali & Figli, aangehaald in voetnoot 97, punten 22 en 23.

148 — Arrest Bodson, aangehaald in voetnoot 93, punt 18.

149 — Arresten van 16 juni 1987, Commissie/Italië, aangehaald in voetnoot 136, punten 7 en 8, en Diego Cali & Figli, aangehaald in voetnoot 97, punten 16 en 17.

150 — Arresten SAT Fluggesellschaft, aangehaald in voetnoot 93, punt 30, en Diego Cali & Figli, aangehaald in voetnoot 97, punten 22 en 23.

151 — Arrest Höfner en Elser, aangehaald in voetnoot 53.

152 — Aangehaald in voetnoot 55.

317. Deze stelsels vertoonden de volgende kenmerken:

— Het basispensioen werd verstrekt door de ouderdomspensioenregeling.

— De stelsels waren bij wet geregeld.

— Aansluiting bij de stelsels was verplicht.

— Het pensioenstelsel was een niet op premiebetaling berustend stelsel: het functioneerde op basis van het omslagstelsel, waarbij de door de werkende leden betaalde premies rechtstreeks werden gebruikt voor de financiering van de pensioenen van de gepensioneerde leden.

— De stelsels hadden een sociaal doel, voor zover zij beoogden de aangeslotenen, ongeacht hun financiële situatie en gezondheidstoestand op het moment van aansluiting, dekking te verschaffen tegen de risico's van ziekte en ouderdom.

— Het solidariteitsbeginsel kwam tot uiting in de ouderdomspensioenregeling, in die zin dat de door de werkende leden betaalde premies werden gebruikt voor de financiering van de pensioenen van de gepensioneerde werknemers. Ook werd het weerspiegeld in de toekenning van pensioenrechten zonder dat premies waren betaald, en van pensioenrechten die niet evenredig waren aan de betaalde premie. Ten slotte bestond er solidariteit tussen de verschillende socialezekerheidsstelsels, waarbij die met een overschot bijdroegen aan de financiering van de stelsels met structurele problemen.

318. Ten aanzien van het karakter van die stelsels concludeerde het Hof:

„Uit het voorgaande vloeit voort, dat die socialezekerheidsstelsels berusten op een systeem van verplichte aansluiting, dat onmisbaar is voor de toepassing van het solidariteitsbeginsel en voor het financiële evenwicht van die stelsels."

319. De organen die de stelsels beheerden vertoonden de volgende kenmerken:

— Het beheer was hun opgedragen bij statuut.

— De activiteiten van de fondsen stonden onder overheidstoezicht.

— De fondsen voerden de wet uit en hadden geen enkele zeggenschap over de hoogte van de premies, het gebruik van de middelen of de vaststelling van het uitkeringsniveau.

320. Ten aanzien van het karakter van de activiteiten van deze fondsen concludeerde het Hof:

„de organen die meewerken aan het beheer van de openbare dienst van de sociale zekerheid, vervullen een taak van zuiver sociale aard. Hun werkzaamheid berust immers op het beginsel van nationale solidariteit en mist ieder winstoogmerk. De betaalde uitkeringen zijn wettelijke uitkeringen, die niet afhangen van het bedrag van de premies.

Hieruit volgt, dat die werkzaamheid geen economische activiteit is (...)".

321. In mijn conclusie bij het arrest Van Schijndel en Van Veen [153] kwam ik tot de slotsom, dat het Nederlandse beroepspensioenfonds voor fysiotherapeuten, dat soortgelijke kenmerken had als de onderhavige pensioenfondsen, jegens zijn deelnemers niet als onderneming handelde. Omdat gegevens over de feitelijke en juridische achtergrond ontbraken, beperkte ik mij echter tot een voorlopig standpunt.

322. De pensioenregeling en het pensioenfonds vertoonden de volgende kenmerken:

— De regeling verstrekte aanvullende pensioenen.

— De regeling was opgezet door de beroepsgroep fysiotherapeuten.

— De deelneming was verplicht gesteld bij ministerieel besluit ingevolge een Nederlandse pensioenwet.

— De regeling berustte op premiebetaling, dat wil zeggen de pensioenen werden niet uit de lopende bijdragen betaald, maar uit de reserves. De regeling werd niet uit de algemene middelen gefinancierd.

— Het pensioenfonds voor fysiotherapeuten vervulde een sociale functie. De wet waarbij de deelneming verplicht was

153 — Aangehaald in voetnoot 2, punten 53-65 van de conclusie.

gesteld had tot doel, het postactieve inkomen aan te passen aan het stijgende algemene inkomenspeil, jongere beroepsgenoten te laten bijdragen in de hogere lasten van de voorzieningen voor oudere beroepsgenoten en te voorzien in de toekenning van pensioenrechten over jaren welke lagen vóór de inwerkingtreding van de regelingen.

— De regeling kende elementen van solidariteit tussen de deelnemers. In principe werd een vaste bijdrage geheven en een vast pensioen betaald, ongeacht de leeftijd waarop een deelnemer tot het beroep was toegetreden en ongeacht zijn gezondheidstoestand op het moment van toetreding. De verzekeringsdekking zonder betaling van bijdragen bleef bestaan in geval van arbeidsongeschiktheid.

— Het pensioenfonds dat de regeling beheerde, had geen winstoogmerk.

— Het bestuur bestond uitsluitend uit deelnemers in het fonds.

— De bestuursleden ontvingen geen bezoldiging maar uitsluitend een onkostenvergoeding.

323. In mijn conclusie paste ik de redenering van het Hof in het arrest Poucet en Pistre toe en stelde ik — voorlopig, zoals ik reeds zei — vast dat het fonds meer gelijkenis vertoonde met een socialezekerheidsinstelling dan met een commerciële verzekeraar. Het fonds trad jegens zijn deelnemers niet op als een onderneming maar als een sociale instelling die door de leden van de beroepsgroep was belast met de verantwoordelijkheid voor het opzetten van hun pensioenregeling. Het Hof heeft zich er niet over uitgesproken of het pensioenfonds een onderneming was in de zin van artikel 85, lid 1.

324. Vervolgens heeft het Hof in het arrest FFSA e.a.[154] zijn rechtspraak met betrekking tot de toepasselijkheid van de mededingingsregels op pensioenregelingen en de instellingen die deze beheren, aanzienlijk verduidelijkt en verfijnd.

325. Het in die zaak in geding zijnde Franse stelsel voor aanvullende pensioenen voor zelfstandige boeren had de volgende kenmerken:

— De regeling verstrekte aanvullende pensioenen.

— Zij was opgezet en werd geregeld bij statuut.

154 — Aangehaald in voetnoot 56.

— De deelneming was facultatief.

— De regeling berustte op premiebetaling en functioneerde op basis van de kapitalisatiemethode en niet op omslagbasis.

— De premies waren rechtstreeks gekoppeld aan het inkomen.

— De uitkeringen waarop de regeling recht gaf, hingen enkel af van het bedrag van de betaalde bijdragen en van de opbrengsten van de door het beheersorgaan verrichte beleggingen. Zij werden niet wettelijk vastgesteld, maar door het bestuur bepaald.

— De regeling had een sociaal doel. Zij was door de regering ingevoerd ter bescherming van een bevolkingsgroep die gekenmerkt werd door een lager inkomen en een hogere gemiddelde leeftijd dan andere sociaal-economische categorieën en waarvan het basisstelsel van ouderdomsverzekering onvoldoende was.

— De regeling vertoonde bepaalde solidariteitskenmerken. De bijdragen waren niet afhankelijk van het risico. In dat verband behoefde voor de inschrijving geen enkele medische vragenlijst of dossier te worden overgelegd en vond er geen selectie plaats. Aangeslotenen die wegens ziekte de bijdragen niet konden betalen, konden worden vrijgesteld. De bijdragebetaling kon tijdelijk worden opgeschort om redenen die verband hielden met de economische situatie van de aangeslotene. In geval van voortijdig overlijden van een aangeslotene kwamen de met de betaalde bijdragen overeenkomende middelen ter beschikking van het stelsel en niet van de erfgenamen.

— Het beheersorgaan had geen winstoogmerk en werd bestuurd door vrijwilligers.

— Het beheer stond onder toezicht van de staat.

— De beschikbare middelen mochten uitsluitend worden gebruikt voor bepaalde door de staat toegestane beleggingen.

326. Het oordeel van het Hof luidde in essentie als volgt:

„Dienaangaande moet in de eerste plaats worden opgemerkt, dat de aansluiting bij het Coreva-stelsel facultatief is, dat dit stelsel volgens het kapitalisatiebeginsel

werkt en dat de uitkeringen waarop het recht geeft, enkel afhangen van het bedrag van de bijdragen die de rechthebbenden hebben betaald en van de opbrengsten van de door het beheersorgaan verrichte beleggingen. [Het beheersorgaan] oefent dus een economische activiteit uit en concurreert daarbij met levensverzekeringsmaatschappijen.

(...)

De solidariteitsaspecten die het stelsel vertoont, en de andere (...) kenmerken doen aan deze kwalificatie niet af.

Om te beginnen [heeft] het solidariteitsbeginsel (...) als uitvloeisel van het facultatieve karakter van het stelsel, een uiterst beperkte strekking en kan [het] onder deze omstandigheden aan de activiteit van het beheersorgaan van dit stelsel het economisch karakter niet ontnemen.

Het nastreven van een sociaal doel, de vereisten van solidariteit en de andere (...) regels — met name betreffende de rechten en verplichtingen van het beheersorgaan en van de verzekerden, het statuut ervan en de beperkingen die het bij beleggingen in acht moet nemen —, zouden weliswaar de door het Coreva-stelsel verrichte dienst minder concurrerend kunnen maken dan de vergelijkbare dienstverrichting door levensverzekeringsmaatschappijen, maar dit alles belet niet, dat de activiteit van [het beheersorgaan] als een economische activiteit is te beschouwen. Men zou alleen nog kunnen onderzoeken, of het kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van, bijvoorbeeld, het uitsluitend recht van dat orgaan om ouderdomsverzekeringen aan te bieden waarvoor de bijdragen aftrekbaar zijn van het belastbare beroepsinkomen.

Ten slotte ontneemt het enkele feit dat [de beheersorganisatie] geen winstoogmerk heeft, aan de door haar uitgeoefende activiteit niet het economisch karakter, nu deze activiteit (...) kan leiden tot gedragingen die de mededingingsregels beogen te voorkomen.

Mitsdien moet aan de nationale rechter worden geantwoord, 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."

327. Alvorens de verschillende kenmerken van de onderhavige pensioenfondsen te

bespreken wil ik uit deze rechtspraak enkele algemene conclusies trekken.

328. In de eerste plaats, zoals ik reeds opmerkte in mijn conclusie bij het arrest Van Schijndel en Van Veen, komen pensioenfondsen in uiteenlopende vormen voor, van door de staat beheerde socialezekerheidsregelingen aan de ene kant tot particuliere, individuele regelingen van commerciële verzekeraars aan de andere kant. Het kwalificeren van de tussenliggende categorieën van regelingen is een moeilijke opgave: het is een kwestie van gradaties, waarbij een aantal criteria onder de loep moet worden genomen.

329. In de tweede plaats heeft het Hof in het arrest FFSA e.a. zijn analyse van de kwestie aanzienlijk verfijnd en verduidelijkt. Ik kan de voorlopige opvatting die ik in de conclusie bij het arrest Van Schijndel en Van Veen heb uitgesproken, dan ook nu bijstellen.

330. In de derde plaats blijkt uit de algemene rechtspraak over het begrip onderneming — in het bijzonder het arrest Höfner en Elser en punt 20 van het arrest FFSA e.a. —, dat doorslaggevend is, of een bepaalde activiteit *noodzakelijkerwijs door openbare eenheden of hun vertegenwoordigers wordt verricht.* Anders dan de Pensioenfondsen stellen, is dit punt te onderscheiden van de vraag, of, en zo ja in hoeverre, de verlening van bepaalde uitsluitende rechten noodzakelijk is voor het verrichten van taken in het algemeen belang. Dit is een andere vraag, die alleen relevant is met het oog op artikel 90, lid 2, van het Verdrag. Uit artikel 90 volgt, dat het feit dat verlening van uitsluitende rechten noodzakelijk is, op zich niet betekent dat de activiteiten van een eenheid niet van economische aard zijn.

331. In de vierde plaats is volgens de rechtspraak van het Hof, in het bijzonder punt 21 van het arrest FFSA e.a., ook de vraag relevant of het orgaan in staat is een bepaalde gedragslijn te volgen die de mededingingsregels beogen te voorkomen.

332. In het licht van het voorgaande zal ik nu bespreken, welke kenmerken van de in geding zijnde Nederlandse pensioenfondsen van belang zijn voor de vraag of hun activiteit van economische aard is.

333. Niet relevant acht ik de volgende kenmerken.

334. In de eerste plaats zijn voor de kwalificatie van de activiteiten van een pensioenfonds niet van belang de wijze waarop de regeling of het beheer ervan is georganiseerd en de rechtsvorm van de regeling. In het arrest FFSA e.a. achtte het Hof de

activiteiten van de Franse Caisse centrale de la mutualité sociale agricole tot beheer van een bij wet in het leven geroepen regeling, van economische aard. Noch in het arrest Poucet en Pistre, noch in het arrest FFSA e.a. kwam de rechtsvorm van de verschillende Caisses ter sprake. Het feit dat het Hof deze voor zijn beoordeling niet relevant achtte, is volstrekt in overeenstemming met de algemene rechtspraak. [155] Dat in de onderhavige zaken de regelingen voor aanvullend pensioen tot stand zijn gekomen bij collectieve overeenkomst en gezamenlijk worden beheerd door de vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers in de rechtsvorm van een stichting, heeft derhalve geen invloed op de kwalificatie van hun activiteiten.

335. In de tweede plaats zijn overeenkomstig punt 20 van het arrest FFSA e.a. ook zonder betekenis de regels voor de samenstelling van het bestuur, de beperkingen die het zijn gesteld bij het beleggen en de wijze waarop de overheid er toezicht op houdt. In het arrest Poucet en Pistre noemde het Hof overheidstoezicht nog als relevante factor. [156] In het arrest FFSA e.a. daarentegen wordt die factor niet genoemd, ofschoon de Franse regering dit punt wel had opgeworpen. [157] Het is dus in de onderhavige zaken niet relevant, dat de vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers gelijkelijk in het bestuur van het pensioenfonds zitting hebben, dat het bestuur verplicht is tot een financieel evenwichtig beheer en een solide wijze van beleggen, en dat het beheer onder toezicht staat van de Verzekeringskamer. Integendeel, met Albany, Brentjens en Drijvende Bokken ben ik van mening, dat het feit dat de toezichthoudende instantie voor verzekeringsmaatschappijen en pensioenfondsen dezelfde is, erop wijst dat hun activiteiten vergelijkbaar zijn.

336. In de derde plaats zijn de sociale doelstelling van de fondsen en het feit dat zij geen winstoogmerk hebben, evenmin relevant. In het arrest Poucet en Pistre lijkt het Hof aan deze twee kenmerken enige betekenis te hebben gehecht. [158] In zijn in punt 15 van het arrest FFSA e.a. gegeven samenvatting van het arrest Poucet en Pistre noemt het Hof ze echter niet. Overeenkomstig zijn algemene lijn om geen rekening te houden met het beoogde doel of het ontbreken van winstoogmerk [159], verklaarde het Hof in de punten 20 en 21 van het arrest FFSA e.a., dat die twee kenmerken geen invloed op zijn oordeel konden hebben.

337. Wel relevant voor de analyse zijn de volgende kenmerken.

338. In de eerste plaats is, in het licht van het arrest FFSA e.a. (punt 16) en anders dan ik in mijn conclusie bij het arrest Van Schijndel en Van Veen als voorlopige opvatting heb geformuleerd, de wijze waarop het pensioenfonds opereert, een belangrijke

155 — Zie hiervóór, punt 312 en de voetnoten 134-137.

156 — Punt 14 gelezen in samenhang met punt 16.

157 — Punt 11.

158 — Punt 18.

159 — Zie hiervóór, punt 312 en voetnoten 138 en 139.

factor. Naar mijn mening kan het niet anders dan dat een niet op premiebetaling berustend pensioenfonds, dat werkt volgens het omslagstelsel, waarbij de lopende pensioenen worden gefinancierd uit de lopende bijdragen, direct door de staat wordt beheerd, of indirect door organen die als vertegenwoordiger van de staat dan wel op daarmee vergelijkbare wijze optreden. Ik zie geen mogelijkheid — zelfs niet theoretisch — dat particuliere ondernemingen zonder overheidsingrijpen een pensioenregeling op de markt zouden kunnen aanbieden die op het omslagstelsel gebaseerd is. Niemand zou bereid zijn voor de pensioenen van anderen te betalen zonder de garantie dat de volgende generatie hetzelfde zal doen. Dat is ook de reden waarom het historisch noodzakelijk was, dergelijke regelingen te creëren, onder beheer of althans bescherming van de staat. Ik heb dan ook enige moeite met de opvatting dat de activiteiten van zo'n regeling van economische aard kunnen zijn. Daarentegen is duidelijk, dat de markt pensioenregelingen heeft gegenereerd die volgens het kapitalisatiestelsel werken. Dat hun activiteiten evenals veel andere verzekeringsactiviteiten, door de wetgever in het belang van de consument en de belegger aan regels zijn gebonden, betekent niet dat zij geen economisch karakter hebben. Beperkingen van hun activiteiten kunnen worden getoetst aan artikel 90, lid 2, van het Verdrag. Het is dan ook significant, dat de bedrijfspensioenfondsen op basis van premiebetaling opereren.

339. In de tweede plaats zijn ook de besluitvorming en de financiële factoren die de premie- en uitkeringshoogte beïnvloeden, relevant.

340. Enerzijds zijn regelingen waarbij de premie- en uitkeringshoogte door de wetgever wordt vastgesteld, te onderscheiden van regelingen waarbij deze hoogte wordt bepaald door een onafhankelijke beslissing van het fondsbestuur. In dit verband is het beginsel relevant dat ten grondslag ligt aan punt 21 van het arrest FFSA e.a. en enkele andere arresten van het Hof[160], en dat hiervóór is besproken: wanneer een onafhankelijke eenheid in een positie verkeert dat zij effecten teweeg kan brengen die de mededingingsregels beogen te voorkomen, moet zij onder die regels vallen.

341. De Duitse regering en de Commissie betogen in dit verband, dat de rechtsgevolgen van collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers soortgelijk zijn aan de effecten van wetgeving, zodat de situatie in de onderhavige gedingen vergelijkbaar is met die in het arrest Poucet en Pistre, waarin de premies en de uitkeringen werden vastgesteld bij de wet. Mijns inziens is het echter niet nodig, een standpunt in te nemen over de vraag in hoeverre collectieve overeenkomsten en wetgeving gelijksoortige rechtsgevolgen hebben. In de onderhavige gedingen worden de beslissingen over de premies en de uitkeringen niet genomen door werkgevers en werknemers in het formele kader van collectieve onderhandelingen, maar bij meerderheidsbesluit binnen het bestuur van het fonds. Bovendien is de

160 — Zie hiervóór, punt 313 en voetnoten 145 en 146.

belangrijkste doelstelling van het bestuur kennelijk, de belangen van alle deelnemers in het fonds te behartigen, en die kunnen soms verschillen van de belangen van de vakbonden en de werkgeversverenigingen, door wie de leden van het bestuur worden benoemd.

342. Aan de andere kant verschillen regelingen waarbij de staat een bepaalde hoogte van de premies en de uitkeringen garandeert, van regelingen waarin de staat niet de hand heeft. Dit kenmerk was belangrijk voor de uitspraak van het Hof in het arrest Poucet en Pistre, waar solidariteit bestond tussen de verschillende socialezekerheidsinstellingen [161]: de instellingen met een overschot droegen bij aan de financiering van instellingen met financieringsmoeilijkheden. Dit kenmerk werd opnieuw genoemd in de samenvatting die van dat arrest werd gegeven in het arrest FFSA e.a. [162] In de onderhavige zaken daarentegen — evenals in het arrest FFSA e.a. — hangt de uitkeringshoogte uitsluitend af van het premiebedrag, de financiële resultaten van de door het bestuur geplaatste beleggingen en de beheerskosten.

343. Ten derde zijn de elementen van solidariteit in de regeling relevant. Dit blijkt uit het arrest Poucet en Pistre [163] en de samenvatting daarvan in het arrest FFSA e.a. [164] In het arrest FFSA e.a. overwoog het Hof echter, dat in dat concrete geval de solidariteitselementen van het stelsel een uiterst beperkte strekking hadden en aan de activiteit van het stelsel het economisch karakter niet konden ontnemen. [165] In de onderhavige zaken zijn er niet meer of sterkere elementen van solidariteit binnen de bedrijfstak dan in de zaak FFSA e.a., waar de bijdrage ook niet was gekoppeld aan het risico en er geen risicoselectie werd toegepast door middel van vragenlijsten of medisch onderzoek. Het fonds was verplicht elke werkgever en werknemer behorend tot de bedrijfstak te accepteren. [166] In geval van ziekte werd vrijstelling van bijdragebetaling verleend. [167] Het enige verschil lijkt te zijn, dat aan sommige van de Nederlandse fondsen een doorsneepremie moet worden betaald, terwijl in de zaak FFSA e.a. de bijdragen aan het inkomen waren gekoppeld. Aangezien de Nederlandse fondsen echter blijkbaar ook doorsneepensioenen verstrekken, die niet aan het inkomen gekoppeld zijn, is dat verschil niet relevant. Ook in de onderhavige zaken zijn de solidariteitselementen dus niet sterk genoeg om de activiteiten van de fondsen hun economisch karakter te ontnemen.

344. Alle tot dusver onderzochte relevante kenmerken van de Nederlandse pensioenfondsen wijzen erop, dat hun activiteiten van economische aard zijn. De vraag is echter, of het voor dat resultaat verschil maakt, dat de deelneming in verreweg de meeste fondsen verplicht is gesteld door de Nederlandse regering op basis van een

161 — Punt 12.
162 — Punt 15.
163 — Punten 10 en 18.
164 — Punt 15.
165 — Punt 19.
166 — Punt 9.
167 — Punt 10.

speciale wettelijke regeling. Ik herinner eraan, dat de deelneming in de zaak FFSA e.a. facultatief was.

345. In het arrest Poucet en Pistre verklaarde het Hof, dat een systeem van verplichte aansluiting onmisbaar was voor de toepassing van het solidariteitsbeginsel en voor het financiële evenwicht van die stelsels. [168] In zijn samenvatting van het arrest Poucet en Pistre in het arrest FFSA e.a. herhaalde het Hof dit punt en verklaarde het, dat de solidariteitselementen die deel uitmaakten van de in geding zijnde stelsels noodzakelijkerwijs verlangden, dat de verschillende stelsels door één orgaan werden beheerd en dat de aansluiting bij die stelsels verplicht was. [169] Verplichte deelneming werd dus gezien als een noodzakelijke consequentie van de aanwezigheid van sterke solidariteitselementen. Niet duidelijk is echter, of dit een wezenlijk element was voor de conclusie dat de activiteiten van het fonds van niet-economische aard waren.

346. In het arrest FFSA e.a. baseerde het Hof zijn conclusie dat de activiteiten van het fonds van economische aard waren, op het feit dat deelneming facultatief was. [170] Ik ben het daarmee eens. Facultatieve deelneming is een bijzonder duidelijk signaal dat de betrokken activiteiten te vergelijken zijn met die van een particuliere verzekeraar en dat zij door de mededingingsautoriteiten getoetst behoren te worden.

347. Uit deze rechtspraak volgt echter, dat het Hof zich over het huidige geschilpunt, namelijk of er conclusies moeten worden verbonden aan het feit dat de deelneming in een bepaalde regeling verplicht is, nog niet heeft uitgesproken. Mijns inziens kunnen dergelijke conclusies niet worden getrokken. In de eerste plaats zou dit de lidstaten in staat stellen de activiteiten van een bepaalde eenheid aan de werking van de mededingingsregels te onttrekken simpelweg door de deelneming in de regeling verplicht te stellen. In de tweede plaats moet verplichte deelneming worden gezien als het verlenen van uitsluitende rechten. Uit artikel 90, lid 1, van het Verdrag volgt, dat ondernemingen die zulke uitsluitende rechten hebben, ondernemingen blijven en aan de mededingingsregels onderworpen zijn.

348. Ik concludeer dan ook, dat de activiteiten van de Nederlandse pensioenfondsen van economische aard zijn en dat die fondsen dus ondernemingen zijn in de zin van het communautaire mededingingsrecht.

IX — De artikelen 90 en 86

349. De volgende vraag is, of een lidstaat inbreuk maakt op de artikelen 90, lid 1, en 86 van het Verdrag, wanneer hij een

168 — Punt 13.
169 — Punt 15.
170 — Punten 17 en 22.

stelsel van verplichte deelneming aan bedrijfspensioenfondsen zoals dat in Nederland bestaat in het leven roept, en in het kader van dat stelsel de deelneming aan bedrijfspensioenfondsen verplicht stelt.

350. Het is zinvol, thans de belangrijkste kenmerken van het Nederlandse stelsel nog eens te noemen.

351. In een eerste groep bepalingen (regels voor verplichtstelling in de gehele bedrijfstak) worden de voorwaarden vastgesteld waaronder de regering de deelneming in een bepaald pensioenfonds voor alle ondernemingen in een bedrijfstak verplicht kan stellen. Het georganiseerde bedrijfsleven in een bedrijfstak richt een gezamenlijk verzoek tot de minister om deelneming in het pensioenfonds verplicht te stellen. De minister onderzoekt vervolgens of de reglementen voor de activiteiten van het fonds voldoen aan alle wettelijke vereisten. Alvorens een beslissing te nemen hoort hij verschillende lichamen, waaronder de Verzekeringskamer. Vervolgens stelt hij een besluit vast waarbij deelneming voor alle ondernemingen en werknemers in de bedrijfstak verplicht wordt gesteld. Wanneer de reglementen van het pensioenfonds worden gewijzigd moet de minister een nieuw besluit nemen.

352. Dan is er een tweede groep bepalingen (regels voor individuele vrijstellingen), die betrekking heeft op de omstandigheden waaronder individuele ondernemingen of werknemers van de verplichte deelneming kunnen worden vrijgesteld, wanneer zij een eigen pensioenvoorziening hebben getroffen of wensen te treffen.

353. Om voor vrijstelling in aanmerking te komen, moet de eigen regeling voldoen aan verscheidene voorwaarden. Met name moet de eigen regeling pensioenuitkeringen bieden die ten minste gelijkwaardig zijn aan die van het bedrijfspensioenfonds.

354. Het bedrijfspensioenfonds beslist zelf op verzoeken om vrijstelling. Het is verplicht vrijstelling te verlenen wanneer de eigen pensioenvoorziening van de deelnemer gold zes maanden vóór de indiening van het verzoek naar aanleiding waarvan de deelneming aan het bedrijfspensioenfonds is verplicht gesteld (de „zes-maanden-vrijstellingsgrond"). In alle andere gevallen heeft het pensioenfonds discretionaire bevoegdheid.

355. Er bestaat een mogelijkheid, bezwaar in te brengen tegen de weigering van een pensioenfonds om vrijstelling te verlenen. Het bezwaar wordt behandeld door de Verzekeringskamer. Volgens de Nederlandse regering is de beslissing van de Verzekeringskamer op het bezwaar echter slechts een bemiddelingspoging en heeft zij geen rechtskracht. Het oordeel van de Verzekeringskamer is niet vatbaar voor beroep.

356. Blijkens de verwijzingsbeschikkingen, in het bijzonder het vonnis van de Kantonrechter in de zaak Albany, is de burgerlijke rechter in beginsel bevoegd om de wettigheid van de beslissingen van de pensioenfondsen te toetsen. Dat is wellicht een direct of indirect gevolg van het feit dat de pensioenfondsen rechtspersonen zijn, met de vorm van een privaatrechtelijke stichting.

357. Hoever de bevoegdheid van de burgerlijke rechter tot toetsing van de discretionaire vrijstellingsbeslissingen van de pensioenfondsen zich uitstrekt, is echter niet geheel duidelijk. De verwijzende Kantonrechter in de zaak Brentjens overweegt:

„De omstandigheid dat het bedrijfspensioenfonds geen aanleiding heeft gezien om gebruik te maken van haar bevoegdheid om Brentjens onverplicht een vrijstelling te verlenen, staat niet ter beoordeling van de Kantonrechter, nu deze bevoegdheid voortvloeit uit het eigen bestuursbeleid van het bedrijfspensioenfonds."

358. Andere opmerkingen van de verwijzende rechters en een formulering in de zaak Albany wijzen er echter op, dat er toch een beperkte toetsingsbevoegdheid bestaat:

„Ook de verhouding tussen het bedrijfspensioenfonds en een deelnemer wordt beheerst door eisen van redelijkheid en billijkheid en/of door algemene beginselen van behoorlijk bestuur."

359. Uit deze formulering blijkt ook, dat bij de Nederlandse rechters enige twijfel heerst over de in deze kwestie geldende beginselen. Dit kan ook weer een gevolg zijn van het hybride karakter van de beslissing van de pensioenfondsen.

360. Volgens de Nederlandse regering is een gewijzigde versie van de vrijstellingsrichtlijnen van kracht sinds 26 april 1998. In de eerste plaats zijn er drie verplichte vrijstellingsgronden toegevoegd, waar vroeger de zes-maanden-vrijstellingsgrond de enige verplichte grond was. Thans moet ook vrijstelling worden verleend

— indien de onderneming deel uitmaakt of gaat uitmaken van een concern dat buiten de werkingssfeer van het betrokken bedrijfspensioenfonds valt;

— indien de onderneming vrijstelling heeft gekregen van een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereen-

komst in verband met het afsluiten van een eigen collectieve arbeidsovereenkomst; of

— indien het bedrijfspensioenfonds ten aanzien van de beleggingsperformance jarenlang substantieel minder heeft gescoord dan de door het bedrijfspensioenfonds van te voren opgestelde normportefeuille. Rekenregels zijn opgesteld om de beleggingsperformance te meten.

361. In de tweede plaats zijn nieuwe regels opgesteld voor de gelijkwaardigheid van de eigen regeling van de deelnemer en de berekening van de reeds genoemde compensatie van het verzekeringstechnisch nadeel. [171]

362. In de derde plaats is de mogelijkheid van bezwaar bij de Verzekeringskamer afgeschaft.

363. Aangezien echter in de hoofdgedingen de vorige versie van de vrijstellingsrichtlijnen geldt, is de gewijzigde versie voor de onderhavige gedingen niet rechtstreeks relevant.

171 — Zie hiervóór, punt 15.

364. Ten slotte moet worden eraan worden herinnerd, dat er uiteindelijk voor vijftien bedrijfspensioenfondsen geen verplichte deelneming bestaat.

365. Dan kom ik nu tot de analyse van de artikelen 90, lid 1, en 86 van het Verdrag.

366. Artikel 90, lid 1, bepaalt:

„De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van dit Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 6 en 85 tot en met 94."

367. Artikel 86 bepaalt:

„Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover de handel tussen de lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschap-

pelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan (...)".

368. Volgens Albany, Brentjens en Drijvende Bokken is het Nederlandse systeem van verplichte bedrijfspensioenfondsen met die bepalingen in strijd op twee punten. In de eerste plaats is het systeem volgens hen van dien aard dat het niet of niet langer voorziet in de behoeften van de ondernemingen. Zij verwijzen in dit verband naar het arrest Höfner en Elser. [172] Verder zou uit het arrest GB-Inno-BM [173] volgen, dat het de pensioenfondsen niet mag worden toegestaan zelf te beslissen over individuele vrijstellingen van de verplichte deelneming.

369. De pensioenfondsen, de Nederlandse en de Franse regering en de Commissie vinden alle — zij het om uiteenlopende redenen — dat niet in strijd is gehandeld met de artikelen 90, lid 1, en 86 van het Verdrag, of dat het Nederlandse systeem in ieder geval gerechtvaardigd is ingevolge artikel 90, lid 2.

370. Over de artikelen 90, lid 1, en 86 wil ik twee inleidende opmerkingen maken.

172 — Aangehaald in voetnoot 53.

173 — Arrest van 13 december 1991 (C-18/88, Jurispr. blz. I-5941).

371. In de eerste plaats is het van belang, de plaats van de artikelen 90, lid 1, en 86 in het systeem van het Verdrag te bezien. Zoals ik reeds opmerkte [174], zijn de artikelen 85 en 86 gericht tot de ondernemingen en niet tot de lidstaten. Er bestaat echter een algemeen beginsel — voortvloeiend uit artikel 5, lid 2 — dat de lidstaten geen maatregelen mogen nemen of handhaven welke de mededingingsregels hun nuttig effect kunnen ontnemen. [175] De rechtspraak over de artikelen 5 en 85 waarin dat algemene beginsel wordt toegepast op overheidsinterventie in de context van overeenkomsten tussen ondernemingen is al besproken. [176] Artikel 90, lid 1, is een andere — wettelijke — toepassing van dat algemene beginsel. [177] Wanneer artikel 90, lid 1, ratione personae van toepassing is, is het lex specialis ten opzichte van artikel 5, lid 2. [178]

372. In de tweede plaats moet worden bedacht, dat de toepasselijkheid van of zelfs een inbreuk op artikel 90, lid 1, niet automatisch gevolgen heeft voor de toepasselijkheid van de artikelen 85 en 86 op de betrokken ondernemingen. Ondernemingen die uitsluitende rechten hebben, blijven onderworpen aan de mededingingsregels. [179] De enige uitzondering op die

174 — Zie hiervóór punt 301.

175 — Arresten van 16 november 1977, GB-Inno-BM (13/77, Jurispr. blz. 2115, punten 30 en 31); Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro, aangehaald in voetnoot 48, punt 50; en ERT, aangehaald in voetnoot 64, punt 35.

176 — Zie hiervóór, punten 298-305.

177 — Arrest van 16 november 1977, GB-Inno-BM, aangehaald in voetnoot 175, punten 32 en 42; en 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro, aangehaald in voetnoot 48, punt 50.

178 — Arrest Centre d'insémination de la Crespelle, aangehaald in voetnoot 128, punt 15.

179 — Arresten van 29 november 1978, Pigs Marketing Board (83/78, Jurispr. blz. 2347, punten 43 en 44); CBEM, aangehaald in voetnoot 142, punten 16 en 17, en Centre d'insémination de la Crespelle, aangehaald in voetnoot 128, punten 24-27.

regel is het geval, dat de feitelijke gedraging de onderneming niet kan worden toegerekend omdat de met de mededinging strijdige gedraging door de nationale wetgeving wordt voorgeschreven of deze wetgeving een rechtskader creëert dat zelf iedere mogelijkheid van mededinging uitsluit. [180] Ongeacht de antwoorden van het Hof op de vragen over artikel 90, lid 1, zullen de individuele pensioenfondsen dus in beginsel onderworpen blijven aan de mededingingsregels.

373. Voor de beantwoording van de vragen van de nationale rechters moet om te beginnen worden vastgesteld, of de pensioenfondsen ondernemingen zijn waaraan Nederland bijzondere of uitsluitende rechten heeft verleend, vervolgens of de pensioenfondsen een machtspositie innemen op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, en ten slotte of Nederland — in de zin van artikel 90, lid 1 — „een maatregel heeft genomen of gehandhaafd welke in strijd is met de regels van het Verdrag", in het bijzonder met artikel 86, welke niet kan worden gerechtvaardigd ingevolge artikel 90, lid 2.

A — *Toepasselijkheid van artikel 90, lid 1: ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten*

374. Volgens de Nederlandse regering schept het verplichtstellingsbesluit enkel verplichtingen voor de betrokken ondernemingen en verleent het geen uitsluitende rechten met betrekking tot pensioenverzekeringen of zelfs maar aanvullende pensioenen.

375. Mijns inziens is dit argument onjuist, aangezien de premies die door de werkgevers en werknemers voor aanvullende pensioenen worden gereserveerd, zullen worden beheerd door de pensioenfondsen. De fondsen hebben dus een uitsluitend recht om premies te innen en te beheren. Het uitsluitende recht van de fondsen in deze is niet anders dan de keerzijde van de medaille van de verplichting voor de gehele bedrijfstak om werknemers bij een bepaald bedrijfspensioenfonds aan te sluiten.

376. Voorts zou men kunnen stellen, dat de pensioenfondsen ingevolge de Nederlandse regels betreffende de individuele vrijstelling nog een tweede uitsluitend recht hebben, namelijk het recht om naar eigen goedvinden te beslissen op verzoeken om individuele vrijstelling van de verplichte deelneming.

377. De pensioenfondsen behoren dan ook tot de ondernemingen waarop artikel 90, lid 1, van toepassing is.

180 — Arrest van 11 november 1997, Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing (C-359/95 P en C-379/95 P, Jurispr. blz. I-6265, punten 32-37).

B — *Toepasselijkheid van artikel 86: een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt*

378. Volgens Albany, Brentjens en Drijvende Bokken neemt elk pensioenfonds in zijn bedrijfstak een machtspositie in op de markt voor aanvullende pensioenverzekeringsdiensten.

379. De pensioenfondsen stellen, dat zij maar betrekkelijk kleine spelers zijn op de markt voor pensioenverzekeringen, waar nog vele andere ondernemingen actief zijn. De argumenten van verzoekers zijn volgens de pensioenfondsen gebaseerd op een extreem beperkte definitie van de relevante markt.

380. Aanvankelijk heeft de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen het bestaan van een machtspositie afgewezen, voornamelijk op basis van de argumenten van de pensioenfondsen. Ter terechtzitting kwam zij echter op haar schreden terug en sloot zij zich op dit punt aan bij de Franse regering. Zij redeneerde, dat waar deelneming verplicht was, er geen alternatief bestond, noch aan de aanbod-, noch aan de vraagzijde van de markt.

381. Ik kan daarover kort zijn. Het Hof heeft steeds geoordeeld, dat een onderneming die een wettelijk monopolie heeft op de verrichting van bepaalde diensten op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, een machtspositie inneemt in de zin van artikel 86 van het Verdrag. [181] Het feit dat de positie van het pensioenfonds het resultaat is van overheidsingrijpen, is dus niet relevant. [182]

382. Wanneer deelneming verplicht is, zijn andere vormen van particuliere pensioenverzekering geen valide vervanging van een aanvullend pensioen van het bedrijfspensioenfonds. Voor het verkrijgen van een aanvullend pensioen kunnen werkgevers en werknemers zich eenvoudig niet elders vervoegen. Daarom is ook het feit dat elk pensioenfonds maar één pensioenregeling uitvoert en dat er nog een groot aantal andere, omvangrijker regelingen bestaat, niet relevant. [183]

383. Ten slotte dekt elk pensioenfonds het gehele Nederlandse grondgebied en dus een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt. Elk fonds heeft derhalve ten aanzien van de verstrekking van aanvullende pen-

181 — Arresten CBEM, aangehaald in voetnoot 142, punt 16; Höfner en Elser, aangehaald in voetnoot 53, punt 28; ERT, aangehaald in voetnoot 64, punt 31; Merci convenzionali porto di Genova, aangehaald in voetnoot 143, punt 14; van 12 februari 1998, Raso e.a. (C-163/96, Jurispr. I-533, punt 25), en Corsica Ferries France, aangehaald in voetnoot 125, punt 39.

182 — Arrest CBEM, aangehaald in voetnoot 142, punt 16.

183 — Arrest van 13 november 1975, General Motors/Commissie (26/75, Jurispr. blz. 1367, punt 9).

sioenverzekeringen voor een bepaalde bedrijfstak in Nederland een machtspositie.

C — *Met de artikelen 90 en 86 strijdige nationale maatregelen*

384. Zoals gezegd, vechten Albany, Brentjens en Drijvende Bokken de verenigbaarheid van het Nederlandse systeem met de artikelen 90, lid 1, en 86 aan op twee gronden en verwijzen zij daarvoor naar de arresten Höfner en Elser en GB-Inno-BM.

385. Ten aanzien van het eerste punt, namelijk het argument dat de pensioendiensten die door de pensioenfondsen worden aangeboden, niet of niet langer voorzien in de behoeften van de ondernemingen, stellen verzoekers, dat de geboden pensioenuitkeringen te laag zijn, dat zij niet zijn gekoppeld aan het loon en dat zij dus structureel ontoereikend zijn. Naar hun mening zijn er nog andere ongunstige neveneffecten, doordat de werkgevers bijkomende pensioenvoorzieningen moeten treffen en niet één algemene pensioenverzekering kunnen aangaan met een verzekeringsmaatschappij. Aldus moeten zij werken met verschillende niveaus van pensioenregelingen, hetgeen leidt tot hogere administratiekosten en andere inefficiënties.

386. In de tweede plaats, met betrekking tot het argument dat het de fondsen niet zou moeten worden toegestaan zelf te beslissen over individuele vrijstellingen van de verplichte deelneming, betogen verzoekers dat de fondsen in een positie worden geplaatst waarin zij kunnen kiezen in welke mate zij concurrentie zullen ondervinden.

387. Mijns inziens betreffen deze argumenten twee afzonderlijke vragen: of, en zo ja, in hoeverre ten eerste de verplichte deelneming in bedrijfspensioenfondsen als zodanig, en ten tweede de regels voor individuele vrijstellingen, verenigbaar zijn met de artikelen 90, lid 1, en 86.

1. *De verenigbaarheid van de verplichte deelneming met de artikelen 90 en 86*

388. Zoals reeds opgemerkt, is artikel 90, lid 1, een uitwerking van artikel 5, tweede alinea, en legt het verplichtingen op aan de lidstaten, niet rechtstreeks aan ondernemingen. Uit de samenhang van dit artikel met artikel 86 volgt, dat het niet de passende

rechtsgrondslag kan zijn om de lidstaten voor zelfstandig, met de mededinging strijdig gedrag van ondernemingen aansprakelijk te houden op de enkele grond dat dit zich voordoet binnen hun jurisdictie. Op artikel 90, lid 1, kan derhalve alleen dan inbreuk zijn gemaakt wanneer er causaal verband bestaat tussen het wetgevend of bestuurlijk ingrijpen van een lidstaat aan de ene kant en het met de mededinging strijdige gedrag van ondernemingen aan de andere kant. Zoals het Hof heeft verklaard, moet in de context van artikel 90, lid 1, het gestelde misbruik het „rechtstreekse gevolg" van het nationale wettelijk kader zijn. [184]

389. Dit is een van de gronden voor een wezenlijk dilemma bij de toepassing van artikel 90, lid 1. Enerzijds is de verlening van uitsluitende rechten, of met andere woorden het creëren van een wettelijk monopolie, een structurele overheidsmaatregel die typisch anticoncurrentieel gedrag in de hand werkt. Anderzijds wijst de formulering van artikel 90 erop, dat de verlening van uitsluitende rechten *op zich* in beginsel niet het soort maatregel is dat de auteurs van het Verdrag met artikel 90, lid 1, beoogden te verbieden.

390. Door bij de verplichte deelneming vraagtekens te zetten, kanten verzoekers zich in wezen tegen het uitsluitende recht van de pensioenfondsen op zich. Het is dus precies dit dilemma dat zich voordoet.

391. Het Hof heeft steeds geoordeeld, dat het creëren van een machtspositie door het verlenen van uitsluitende rechten niet als zodanig onverenigbaar is met de artikelen 90, lid 1, en 86. [185]

392. Dit algemene beginsel lag ten grondslag aan het arrest Centre d'insémination de la Crespelle. [186] Deze betrof het Franse monopolie van de inseminatiestations op de verlening van bepaalde diensten aan veehouders. Het Hof riep om te beginnen vorenstaand beginsel in herinnering. Vervolgens verklaarde het, dat het met de artikelen 90, lid 1, en 86 bij uitzondering wél in strijd is, wanneer de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van het haar toegekende uitsluitend recht niet anders kon dan misbruik van haar machtspositie maken. Vervolgens onderzocht het Hof, of er een rechtstreeks causaal verband bestond tussen het nationale recht en het gestelde misbruik, waarbij het erop wees, dat de enkele verlening van het uitsluitende recht normaal gesproken niet voldoende was om misbruik onvermijdelijk te maken in de zin van de door het Hof gebruikte formule. [187] Het Hof oordeelde, dat gelet op de feiten, de wettelijke

184 — Arrest Centre d'insémination de la Crespelle, aangehaald in voetnoot 128, punt 20.

185 — Zie bijvoorbeeld arresten CBEM, aangehaald in voetnoot 142, punt 17; Höfner en Elser, aangehaald in voetnoot 53, punt 29; Merci convenzionali porto di Genova, aangehaald in voetnoot 143, punt 16, en Corbeau, aangehaald in voetnoot 141, punt 11.

186 — Aangehaald in voetnoot 128.

187 — Zie voor een vergelijkbare redenering arresten Banchero, aangehaald in voetnoot 136, en Job Centre, aangehaald in voetnoot 54.

regeling de stations niet „ertoe brengt" misbruik van hun machtspositie te maken. In een ander verband onderzocht het vervolgens, of de stations zelf zich schuldig hadden gemaakt aan misbruik in de zin van artikel 86, waarvoor alleen zij aansprakelijk zouden zijn.

393. Ofschoon uitsluitende rechten normaliter niet in strijd zijn met de artikelen 90, lid 1, en 86 is niettemin vaste rechtspraak, dat de vrijheid van de lidstaten om uitsluitende rechten te verlenen, niet onbeperkt is. Het Hof verklaarde, dat

„ook al veronderstelt dit artikel het bestaan van ondernemingen die bepaalde bijzondere of uitsluitende rechten hebben, daaruit nog niet volgt dat alle bijzondere en uitsluitende rechten noodzakelijkerwijs met het EEG-Verdrag verenigbaar zijn. Dat hangt af van de onderscheiden bepalingen waarnaar artikel 90, lid 1, verwijst." [188]

394. Ten aanzien van de omvang van die beperkingen zijn de door het Hof gebezigde formuleringen niet geheel consistent. [189] Het is derhalve nodig, de belangrijkste zaken te bespreken waarin het Hof zich over dezelfde netelige vraag had uit te spreken, namelijk of een uitsluitend recht op zich verenigbaar is met de artikelen 90, lid 1, en 86 van het Verdrag. In dergelijke zaken is bovengenoemd dilemma uiteraard bijzonder duidelijk aanwezig.

395. De voornaamste arresten over de verenigbaarheid van een uitsluitend recht met artikel 90, lid 1, kunnen in drie groepen worden verdeeld. Gemakshalve zal ik deze aanduiden als zaken van het ERT-type [190], het Höfner en Elser-type [191] en het Corbeau-type. [192] Ik zal de in elke groep gevolgde redenering analyseren en deze op de onderhavige zaken toepassen.

a) De zaken van het ERT-type

396. In de zaak ERT was het de cumulatie van twee exclusieve rechten, namelijk het recht van uitzending van de programma's van de onderneming en het recht van doorgifte van buitenlandse uitzendingen, die een belangenconflict veroorzaakte. De monopoliehouder werd gebracht tot misbruik van haar machtspositie door een discriminerend beleid, dat haar eigen programma's begunstigde.

188 — Arrest van 19 maart 1991, Frankrijk/Commissie (C-202/88, Jurispr. blz. I-1223, punt 22).

189 — Zie bijvoorbeeld arresten Merci convenzionali porto di Genova, aangehaald in voetnoot 143, punt 17, en van 25 juni 1998, Dusseldorp e.a. (C-203/96, Jurispr. I-4075, punt 61).

190 — Aangehaald in voetnoot 64; zie ook arresten Merci convenzionali porto di Genova, aangehaald in voetnoot 143, en Raso e.a., aangehaald in voetnoot 181.

191 — Aangehaald in voetnoot 53, en arrest Job Centre, aangehaald in voetnoot 54.

192 — Aangehaald in voetnoot 141; zie ook arresten Corsica Ferries France, aangehaald in voetnoot 125, en Sacchi, aangehaald in voetnoot 139.

397. In de zaak Raso e.a. [193] verleende de in geding zijnde Italiaanse regeling aan havenbedrijven niet alleen een uitsluitend recht om tijdelijk personeel ter beschikking te stellen van bepaalde ondernemingen, maar maakte deze het haar bovendien mogelijk, ondernemingen die van de diensten van die bedrijven afhankelijk waren, te beconcurreren. Ook hier was een belangenconflict onvermijdelijk, aangezien het havenbedrijf door de enkele uitoefening van zijn monopolie de mededinging op de secundaire markt in zijn voordeel kon verstoren.

398. In de zaak Merci convenzionali porto di Genova [194] sprak het Hof zich over de aan Italiaanse havenbedrijven en ondernemingen verleende uitsluitende rechten uit als volgt:

„In dit verband blijkt uit de omstandigheden die door de nationale rechter zijn beschreven en voor het Hof zijn besproken, dat ondernemingen waaraan volgens de voorschriften van de betrokken nationale regeling uitsluitende rechten zijn verleend, er om die reden toe worden gebracht ofwel betaling te verlangen voor diensten waarom niet is gevraagd, ofwel buitensporige prijzen in rekening te brengen (...)." [195]

399. Noch uit de aangehaalde passage, noch uit de rest van het arrest wordt geheel duidelijk, of de wettelijke regeling inderdaad kenmerken vertoonde die verder gingen dan de verlening van uitsluitende rechten die toepassing van artikel 90, lid 1, rechtvaardigde. Niettemin ben ik, aangezien het Hof verwijst naar specifieke „omstandigheden die door de nationale rechter zijn beschreven", geneigd, ook deze zaak in de eerste groep onder te brengen.

400. In die drie zaken was niet alleen het monopolie zelf in strijd met de artikelen 90, lid 1, en 86 maar werd door het monopolie in samenhang met andere kenmerken, misbruik zeer waarschijnlijk. Door structurele maatregelen die verder gingen dan de verlening van een uitsluitend recht werden de betrokken ondernemingen ertoe gebracht, misbruik te maken van hun machtspositie. Alleen dan was het gerechtvaardigd, de staat — althans gedeeltelijk — aansprakelijk te achten voor het met de mededinging strijdige gedrag van de monopoliehouder.

401. De vraag is, of in de thans aan het Hof voorgelegde zaken zich een situatie van het ERT-type voordoet, en of er naast het bestaan van het uitsluitende recht structurele kenmerken zijn die de pensioenfondsen ertoe brengen, van hun machtspositie misbruik te maken.

402. In de eerste plaats wordt gesteld, dat er tot op heden niet is gebleken van

193 — Aangehaald in voetnoot 181.
194 — Aangehaald in voetnoot 143.
195 — Punt 19.

concreet misbruik, zoals buitensporig hoge premies of uitzonderlijk lage uitkeringen.

403. Dat feit op zich is niet beslissend. Uit de opzet van artikel 90, lid 1, en de rechtspraak van het Hof [196] volgt, dat het er niet om gaat of er daadwerkelijk misbruik is gemaakt maar of de ondernemingen door de wettelijke regeling er — al was het maar hypothetisch — toe worden gebracht, misbruik te maken.

404. Dat neemt niet weg, dat ik in het Nederlandse stelsel geen elementen zie die de pensioenfondsen tot misbruik zouden brengen. Integendeel, de pensioenfondsen staan onder toezicht van verschillende overheidsinstanties en een raad van deelnemers. Zij dienen de bijeengebrachte premies op solide wijze te beleggen. De belastingvoorschriften stellen aan de pensioenuitkeringen een maximum. De speelruimte van de pensioenfondsen is in dat opzicht derhalve beperkt. Bijgevolg zouden, zelfs in geval van concreet misbruik van dien aard, de pensioenfondsen als enige aansprakelijk zijn op grond van artikel 86.

405. Er zijn dus geen bijkomende structurele kenmerken in de Nederlandse wetgeving waardoor de pensioenfondsen tot misbruik van hun machtspositie zouden worden gebracht.

b) De zaken van het Höfner en Elser-type

406. In de zaak Höfner en Elser [197] werd het Hof verzocht om een beslissing over de wettigheid van het monopolie op de arbeidsvoorziening. Het Hof verklaarde:

„Een lidstaat handelt namelijk pas in strijd met de in deze twee artikelen vervatte verbodsbepalingen, wanneer de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van het haar toegekende uitsluitend recht misbruik van haar machtspositie maakt.

Volgens artikel 86, tweede alinea, sub b, EEG-Verdrag kan een dergelijk misbruik met name bestaan in een beperking van de dienstverlening ten nadele van degenen die van de betrokken dienst gebruik willen maken.

Een lidstaat roept een situatie in het leven waarin de dienstverlening wordt beperkt, wanneer de onderneming waaraan hij een uitsluitend recht voor de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel heeft ver-

196 — Arresten Raso e.a., aangehaald in voetnoot 181, punt 31, en van 13 december 1991, GB-Inno-BM, aangehaald in voetnoot 173, punten 23 en 24.

197 — Aangehaald in voetnoot 53.

leend, kennelijk niet in staat is aan de op de markt bestaande vraag naar dat soort bemiddeling te voldoen en wanneer de daadwerkelijke bemiddelingsactiviteit van particuliere adviesbureaus voor werving en selectie onmogelijk wordt gemaakt door de handhaving van een wettelijke bepaling die die activiteit verbiedt op straffe van nietigheid van de betrokken overeenkomsten." [198]

407. In de zaak Job Centre [199] hield de Italiaanse Staat actief de hand aan een dergelijk monopolie op de arbeidsvoorziening door middel van strafrechtelijke vervolging. Het Hof bevestigde zijn in de zaak Höfner uitgesproken oordeel. Het beklemtoonde de bijzonderheden van de markt voor het verrichten van arbeidsbemiddelingsdiensten en verklaarde:

„Op een dermate uitgebreide en gedifferentieerde markt, die bovendien als gevolg van de economische en sociale ontwikkeling onderhevig is aan grote veranderingen, bestaat het gevaar dat de openbare arbeidsbemiddelingsbureaus niet kunnen voldoen aan een aanzienlijk deel van de vraag naar deze dienstverlening." [200]

408. In deze twee zaken had de staat, anders dan in de zaken van het ERT-type, niet meer gedaan dan een uitsluitend recht verlenen. Niettemin oordeelde het Hof, dat wegens de specifieke economische context en de aard van de betrokken diensten de monopoliehouder niet anders kon dan misbruik maken van zijn machtspositie door „het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers" in de zin van artikel 86, sub b. In de uitzonderlijke omstandigheden van het geval achtte het Hof zich derhalve gerechtigd een reële uitzondering te maken op het beginsel dat de vrijheid van de lidstaten om uitsluitende rechten te verlenen niet wordt aangetast.

409. Door zijn verwijzing in de zaak Höfner en Elser naar een onderneming die *kennelijk* niet in staat was om aan de vraag te voldoen, maakte het Hof echter duidelijk, dat het de wettigheid van monopolies slechts marginaal toetst.

410. Het is de vraag, of het in de onderhavige zaken gaat om een situatie van het Höfner en Elser-type, waar het pensioenfonds door de enkele uitoefening van zijn uitsluitend recht niet anders kan dan misbruik maken van zijn machtspositie. Is de feitelijke en economische situatie zodanig, dat verplicht gestelde pensioenfondsen die aanvullende pensioenen verstrekken, kennelijk en structureel niet in staat zijn aan de vraag te voldoen?

411. Partijen zijn het op dit punt volstrekt oneens. Het Hof is niet in staat deze vraag te beantwoorden; daarvoor is een

198 — Punten 29-31.
199 — Aangehaald in voetnoot 54.
200 — Punt 34.

gedetailleerde beoordeling van de economische en feitelijke situatie nodig. In het kader van een prejudiciële verwijzing door een nationale rechter krachtens artikel 177 EG-Verdrag staat die beoordeling aan de nationale rechter. Enig houvast kan echter wel worden geboden met betrekking tot de door de nationale rechters voor een dergelijke beoordeling mogelijk relevant te achten factoren.

412. Allereerst moet de nationale rechter de respectieve aansprakelijkheid van de Nederlandse regering en de pensioenfondsen in het kader van de artikelen 90, lid 1, en 86 in het oog houden. Een lidstaat kan alleen aansprakelijk worden gehouden wanneer het gaat om een systeemfout, dat wil zeggen, wanneer het misbruik het „rechtstreeks gevolg" is van zijn wetgevend of bestuurlijk ingrijpen, terwijl ondernemingen die uitsluitende of bijzondere rechten hebben, als enige aansprakelijk zijn voor inbreuken op de mededingingsregels die uitsluitend aan hen zijn toe te rekenen. Op de artikelen 90, lid 1, en 86 zal dan ook geen inbreuk zijn gemaakt wanneer een pensioenfonds „kennelijk niet in staat is om aan de vraag te voldoen" enkel vanwege zijn eigen falende bedrijfsvoering of investeringsbeleid.

413. In de tweede plaats moet de nationale rechter zich ervan bewust zijn, dat het bij dit soort kwesties altijd gaat om gradaties, dat er bijzonder ingewikkelde materies aan de orde zijn en dat deze aanleiding geven tot een weging van belangrijke economische en sociale keuzen. Daarom moet worden beklemtoond, dat het Hof in situaties van het Höfner en Elser-type zijn toetsing en die van de nationale rechter heeft beperkt tot nationale regelingen die kennelijk ontoereikend zijn.

414. Ten slotte moeten de lidstaten, aangezien voor de verlening van uitsluitende rechten moeilijke economische afwegingen vereist zijn, op gebieden als het onderhavige over een zekere marge beschikken bij hun beoordeling of de monopoliehouder aan de vraag kan voldoen. Ook dit is een grond voor beperking van de omvang van de toetsing door de nationale rechter.

415. Volgens een door de Commissie subsidiair naar voren gebracht argument kunnen de pensioenfondsen sowieso niet worden vergeleken met een normale verzekeraar, omdat zij hun activiteiten tot één bedrijfstak moeten beperken en geen selectie van de goede en slechte risico's mogen maken.

416. Die argumenten houden naar mijn mening verband met artikel 90, lid 2, en brengen mij dadelijk op de derde groep gevallen, namelijk die van het Corbeau-type.

c) De zaken van het Corbeau-type

417. In de zaak Corbeau [201] had het Hof te oordelen over de verenigbaarheid met de artikelen 90, lid 1, en 86 van het monopolie op posterijdiensten in België. Het Hof heeft niet duidelijk aangegeven, of en zo ja welke kenmerken van de Belgische wetgeving in strijd waren met de artikelen 90, lid 1, en 86. In plaats daarvan verklaarde het, dat artikel 90, lid 1, moest worden gelezen in samenhang met artikel 90, lid 2, en ging het direct over tot een afweging inzake de rechtvaardiging van de omvang van het monopolie. Het verklaarde onder meer:

„[Artikel 90, lid 2,] staat de lidstaten dus toe, aan ondernemingen die zij belasten met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, alleenrechten te verlenen die de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag kunnen belemmeren, voor zover beperkingen van de mededinging — of zelfs een uitsluiting van elke mededinging — van andere marktdeelnemers noodzakelijk zijn om te verzekeren, dat de houders van de alleenrechten de hun opgedragen bijzondere taak kunnen vervullen." [202]

418. Onlangs paste het Hof in het arrest Corsica Ferries France [203] dezelfde benadering toe, toen het ging om de uitsluitende rechten van corporaties van walpersoneel in twee belangrijke Italiaanse havens. Zonder zich erover uit te spreken, of er sprake was van een inbreuk op artikel 90, lid 1, verklaarde het Hof dat die uitsluitende rechten in elk geval gerechtvaardigd waren op grond van artikel 90, lid 2.

419. Zelfs het oudere arrest Sacchi [204] valt mijns inziens in die categorie. In het dictum [205] noemt het Hof artikel 90 zonder het toepasselijke artikellid aan te geven, wat het elders in het arrest wel had gedaan. Gelet op de conclusie van advocaat-generaal Reischl [206] kan de mogelijkheid dat het Hof artikel 90, lid 2, in gedachten had, niet worden uitgesloten.

420. Zoals uit deze rechtspraak blijkt, is de verlening van uitsluitende rechten in elk geval gerechtvaardigd wanneer de uitzondering van artikel 90, lid 2, toepasselijk is. Is artikel 90, lid 2, in de onderhavige gevallen van toepassing?

421. Artikel 90, lid 2, bepaalt:

„De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch

201 — Aangehaald in voetnoot 141.
202 — Punt 14.
203 — Aangehaald in voetnoot 125.
204 — Aangehaald in voetnoot 139.
205 — En in punt 14, derde alinea.
206 — Blz. 445.

belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap."

422. De eerste vraag is, of de pensioenfondsen zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Daarover kan mijns inziens weinig twijfel bestaan.

423. In Nederland geeft het wettelijk pensioenstelsel enkel recht op een aan het minimumloon gekoppeld basispensioen. Aanvullende pensioenregelingen dragen er derhalve toe bij dat een groot deel van de bevolking verzekerd is van een hoger pensioen dan dat minimum. Daarmee hebben de pensioenfondsen een sociaal doel. Zij handelen niet in de eerste plaats in hun eigen particulier belang of dat van hun leden [207], maar in hoofdzaak in het algemeen belang. De gemeenschapswetgever heeft de belangrijke sociale functie van aanvullende pensioenen onlangs indirect erkend, toen hij een richtlijn vaststelde betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen. [208]

424. Bovendien hebben de pensioenfondsen zoals gezegd geen winstoogmerk. Zij zijn verplicht elke werkgever en werknemer in de bedrijfstak te accepteren. Zij mogen derhalve geen risicoselectie toepassen via vragenlijsten of medische keuringen. Er bestaat geen verband tussen het risico en de premie. Alle deelnemers betalen een doorsneepremie, ongeacht bijvoorbeeld de leeftijd van de werknemers of de grootte van de onderneming waar zij werken. In geval van arbeidsongeschiktheid wordt premievrijstelling verleend.

425. Het besluit waarbij de deelneming verplicht wordt gesteld is derhalve een overheidshandeling waarbij het betrokken pensioenfonds met een dienst van algemeen belang wordt belast.

426. De volgende vraag, namelijk of de afschaffing van het stelsel van verplichte deelneming de vervulling, in feite of in rechte, van de aan de pensioenfondsen toevertrouwde bijzondere taak verhindert, is derhalve doorslaggevend.

207 — Arrest BRT, aangehaald in voetnoot 106, punt 23, en a contrario, arrest Züchner, aangehaald in voetnoot 50, punt 7.

208 — Richtlijn 98/49/EG van de Raad van 29 juni 1998 (PB L 209, blz. 46).

427. Volgens de pensioenfondsen en de Nederlandse regering is de instandhouding van hun uitsluitende rechten een noodzakelijke voorwaarde voor het overleven van de pensioenregelingen. Onder verwijzing naar het arrest Corbeau betogen zij, dat bij het wegvallen van de verplichte deelneming hun financiële evenwicht in gevaar zou komen. Zij gebruiken daarbij het argument van een neerwaartse spiraal, waar de „goede risico's" (bijvoorbeeld grote ondernemingen met een jong, gezond personeelsbestand, dat ongevaarlijk werk verricht) op zoek zouden gaan naar gunstiger regelingen met particuliere verzekeraars en het pensioenfonds zouden laten zitten met een hogere concentratie slechte risico's. Dat zou weer leiden tot een verhoging van de pensioenkosten voor werknemers van bijvoorbeeld kleine en middelgrote bedrijven met ouder personeel, dat gevaarlijk werk verricht. Als gevolg daarvan zou het steeds moeilijker, zo niet onmogelijk worden, slechte risico's te verzekeren tegen acceptabele prijzen.

428. Voorts stellen zij, dat doorsneepremies (niet gekoppeld aan het risico) en doorsneepensioenen (niet gekoppeld aan het loon) alleen mogelijk zijn op basis van verplichte deelneming. Dat soort pensioenverzekering zou door particuliere verzekeraars nooit kunnen worden aangeboden.

429. Volgens Albany, Brentjens en Drijvende Bokken gaat het Nederlandse stelsel van verplichte deelneming verder dan nodig is om het doel van een behoorlijk niveau van sociale bescherming te bereiken.

430. In de eerste plaats zouden collectieve overeenkomsten waarin minimumpensioenvereisten werden gesteld, voldoende zijn. De details van het beheer van de bijeengebrachte pensioenpremies zouden in beginsel aan de werkgevers moeten worden overgelaten. Ook zouden zo nodig bij wet minimumvereisten kunnen worden gesteld. Een goed voorbeeld van die aanpak is een sinds 1 januari 1998 van kracht zijnde wet die voorafgaande medische keuringen verbiedt in het kader van groepspensioenverzekeringsovereenkomsten.

431. Wat het argument betreft dat doorsneepremies en -uitkeringen alleen haalbaar zijn in het kader van verplichte deelneming, zou een stelsel van doorsneepremies voor aanvullende pensioenregelingen in wezen geen essentieel kenmerk meer zijn en wettelijk niet verplicht zijn. Integendeel, verscheidene bedrijfspensioenfondsen werken met doorsneepremies en zonder verplichte deelneming.

432. Ten slotte is in de praktijk bewezen, dat verplichte deelneming niet noodzakelijk is, aangezien er in Nederland vijftien aan-

vullende pensioenregelingen bestaan die zonder verplichte deelneming werken.

433. Naar mijn mening zijn er te veel belangrijke punten betreffende de feitelijke achtergrond tussen partijen nog in geschil en/of niet geheel duidelijk.

434. Waarom zijn bijvoorbeeld sommige bedrijfspensioenfondsen zonder verplichte deelneming in staat, voort te bestaan? Het schriftelijk antwoord van de Nederlandse regering op een vraag van het Hof laat nog ruimte voor enige twijfel en is bovendien door verzoekers gedeeltelijk betwist. Ter terechtzitting verschilden partijen eveneens van mening over de vraag, of en zo ja in hoeverre doorsneepremies en -uitkeringen nog steeds typerend zijn voor de Nederlandse bedrijfspensioenfondsen.

435. Het Hof is dan ook wederom niet in staat te beslissen, of de afschaffing van de verplichte deelneming de vervulling, in feite of in rechte, van de aan de pensioenfondsen toevertrouwde bijzondere taken verhindert. Het gedetailleerde onderzoek van alle economische, financiële en sociale factoren die een rol spelen, is de taak van de nationale rechterlijke instanties, die daarbij met het volgende rekening zullen moeten houden.

436. Artikel 90, lid 2, beoogt het belang van de lidstaten om bepaalde ondernemingen te benutten als instrument van economisch of fiscaal 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.[209] Als bepaling die een afwijking van de regels van het Verdrag toestaat, moet artikel 90, lid 2, eng worden uitgelegd.[210]

437. Bij hun definitie van de diensten van algemeen economisch belang waarmee zij bepaalde ondernemingen belasten, kan de lidstaten niet worden verboden, dat zij rekening houden met doelstellingen die verband houden met hun nationaal beleid.[211] In dit verband moet worden bedacht dat de lidstaten bevoegd blijven, hun stelsels van sociale zekerheid in te richten.[212] Zij hebben dus een ruime discretionaire bevoegdheid op dat gebied.

438. Het Hof heeft onlangs duidelijk gemaakt, dat het voor de toepasselijkheid

209 — Arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Nederland (C-157/94, Jurispr. blz. I-5699, punt 39).

210 — Arrest Commissie/Nederland, aangehaald in voetnoot 209, punt 37.

211 — Arrest Commissie/Nederland, aangehaald in voetnoot 209, punt 40.

212 — Arresten van 7 februari 1984, Duphar e.a. (238/82, Jurispr. blz. 523, punt 16); Poucet en Pistre, aangehaald in voetnoot 55, punt 6, en Sodemare e.a., aangehaald in voetnoot 57, punt 27.

van de uitzondering van artikel 90, lid 2, niet noodzakelijk is, dat de onderneming in haar bestaan wordt bedreigd.[213] Blijkens de formulering van deze regel is het voldoende dat de toepassing van de mededingingsregels de vervulling, in feite of in rechte, van de aan de onderneming toevertrouwde bijzondere taken verhindert.

439. De nationale rechters zullen dus om te beginnen moeten bepalen, wat precies de diensten van algemeen belang zijn die aan de pensioenfondsen zijn opgedragen en vervolgens, of de vervulling daarvan zou worden verhinderd wanneer er geen verplichte deelneming zou bestaan.

440. Verplichte deelneming op zich vormt dus alleen dan een inbreuk op de artikelen 90, lid 1, en 86 wanneer de pensioenfondsen als gevolg van de Nederlandse wettelijke regeling kennelijk niet in staat zijn aan de vraag te voldoen en de afschaffing van de verplichte deelneming de vervulling van de aan de pensioenfondsen opgedragen taken van algemeen belang niet zou verhinderen.

2. *De regels voor de discretionaire verlening van vrijstellingen van verplichte deelneming*

441. Zoals reeds uiteengezet kent het Nederlandse stelsel regels voor individuele vrijstellingen van de verplichte deelneming ingeval de werkgevers of werknemers een eigen bijzondere pensioenregeling hebben getroffen of dat wensen te doen. Drie kenmerken van die regels zijn van belang. In de eerste plaats wordt de beslissing over individuele vrijstellingen genomen door het bevoegde bedrijfspensioenfonds zelf. In de tweede plaats heeft het pensioenfonds in de meeste gevallen een discretionaire bevoegdheid. In de derde plaats oefent de nationale rechter als gevolg van die discretionaire bevoegdheid alleen marginaal toezicht uit op de beslissing van het fonds.[214]

442. Albany, Brentjens en Drijvende Bokken betogen onder verwijzing naar het arrest GB-Inno-BM[215], dat deze regels in strijd zijn met de artikelen 90, lid 1, en 86 omdat zij de pensioenfondsen in een positie plaatsen waarin zij de mate van concurrentie waaraan zij worden blootgesteld, zelf kunnen bepalen.

443. De pensioenfondsen brengen daartegen in, dat hun discretionaire bevoegdheid feitelijk beperkt is. In de praktijk kunnen de pensioenfondsen niet vaker vrijstelling verlenen, omdat dit een gevaarlijke precedentwerking zou hebben. Meer vrijstellingen zouden de solidariteit binnen de bedrijfstak, de verplichte deelneming als zodanig, en uiteindelijk het voortbestaan van de pensioenfondsen in gevaar brengen. Hieruit volgt volgens hen, dat de pensioenfondsen niet vergelijkbaar zijn met het overheidsorgaan in de zaak GB-Inno-BM.

213 — Arrest Commissie/Nederland, aangehaald in voetnoot 209, punt 43.

214 — Zie hiervóór, punten 352-363.

215 — Arrest van 13 december 1991, aangehaald in voetnoot 173.

444. De Commissie stelt om te beginnen, dat de mogelijkheid van individuele vrijstellingen een uitzonderlijke opening in een anders geheel gesloten systeem is. Volgens haar zou het niet coherent zijn om de verenigbaarheid van de regels voor individuele vrijstellingen te toetsen, terwijl de verplichte deelneming op zich verenigbaar is met het Verdrag.

445. Als ik het argument van de Commissie goed begrijp, zou elke regel betreffende individuele vrijstellingen automatisch wettig zijn, zodra was vastgesteld dat de verplichte deelneming en dus ook het uitsluitende recht van de pensioenfondsen op zich, verenigbaar is met de artikelen 90, lid 1, en 86.

446. Ik ben het daarmee niet eens.

447. De omvang van het monopolie van een pensioenfonds wordt niet alleen bepaald door het vrijstellingsbesluit, maar ook door de beschikbare vrijstellingsmogelijkheden. Indien het aldus gedefinieerde uitsluitende recht van de pensioenfondsen wettig werd geacht, zou het stellig daaraan tegenstrijdig zijn, te stellen dat de artikelen 90, lid 1, en 86 vereisen dat er nog meer (verplichte) vrijstellingsgronden moeten worden gecreëerd. Tot zover ben ik het met de Commissie eens.

448. Het probleem ligt in casu echter anders. Het gaat niet om de materiële omvang van het uitsluitende recht van de pensioenfondsen zoals bepaald door het verplichtstellingsbesluit en de beschikbare vrijstellingsgronden, maar om de formele wijze waarop beslissingen die die omvang bepalen, worden genomen. Wanneer een pensioenfonds een discretionaire beslissing neemt op een verzoek tot individuele vrijstelling, bepaalt het in wezen zelf de omvang van zijn wettelijk monopolie. Deze delegatie van beslissingsbevoegdheid is geen noodzakelijk en onlosmakelijk deel van de regels betreffende de materiële omvang van het uitsluitende recht. Zij kan derhalve van die regels los worden gezien en afzonderlijk ter discussie worden gesteld.

449. Ter terechtzitting heeft de Commissie in de tweede plaats naar voren gebracht, dat niets in de Nederlandse wetgeving de pensioenfondsen ertoe bracht misbruik te maken van hun discretionaire bevoegdheid. Onder verwijzing naar het arrest Centre d'insémination de la Crespelle[216] was de Commissie derhalve van mening, dat de pensioenfondsen als enige voor eventueel misbruik aansprakelijk zouden zijn.

450. Ook dit argument overtuigt mij niet. Door de beslissing over individuele vrij-

216 — Aangehaald in voetnoot 128, besproken in punt 392.

stellingen bij de pensioenfondsen te leggen creëert de Nederlandse wetgever een duidelijk belangenconflict.

451. Door regels te stellen voor de discretionaire verlening van vrijstellingen erkent de Nederlandse wetgever dat er situaties kunnen zijn waarin ondernemingen in een bepaalde bedrijfstak een gerechtvaardigd belang kunnen hebben bij een verzoek om vrijstelling. Men kan bijvoorbeeld denken aan ondernemingen behorend tot een concern met een eigen groepspensioenregeling, of aan andere situaties die thans als verplichte vrijstellingsgronden zijn opgenomen in de jongste versie van de vrijstellingsrichtlijnen. [217]

452. Daarentegen hebben bedrijfspensioenfondsen een duidelijk belang bij het behoud van een hoog deelnemingsniveau. Meer deelnemers betekent bijvoorbeeld grotere schaalvoordelen op het punt van de beheerskosten, meer koopkracht op de investeringsmarkt en een betere risicospreiding.

453. De vrijstellingsrichtlijnen, in de voor het hoofdgeding geldende versie, dragen de pensioenfondsen op, deze twee groepen van belangen met elkaar in evenwicht te brengen. In zekere zin speelt het pensioenfonds daarmee zowel de rol van rechter als die van partij.

454. Volgens vaste rechtspraak is het creëren van dergelijke belangenconflicten in strijd met de artikelen 90, lid 1, en 86.

455. In de zaak Frankrijk/Commissie [218] werd het Hof verzocht om een uitspraak over een op artikel 90, leden 1 en 3 [219], gebaseerde richtlijn, die de lidstaten verplichtte ervoor zorg te dragen, dat met betrekking tot telecommunicatie-eindapparatuur de verantwoordelijkheid voor regelgeving en controle werd gelegd bij een eenheid die onafhankelijk was van de onderneming die het openbare net exploiteerde. Het Hof verklaarde:

„Een stelsel van onvervalste mededinging, zoals geregeld in het EEG-Verdrag, kan slechts worden gegarandeerd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers. Wanneer aan een onderneming die eindapparatuur verhandelt, de taak wordt opgedragen, specificaties waaraan de eindapparatuur moet voldoen, formeel vast te leggen en te publiceren, de toepassing ervan te controleren en deze apparatuur te keuren, wordt haar daarmee de bevoegdheid toegekend, naar eigen goeddunken te bepalen welke eindapparatuur op het openbare net kan

217 — Zie hiervóór, punt 360.

218 — Aangehaald in voetnoot 188.

219 — Zie punt 13 van het arrest.

worden aangesloten, waardoor zij een duidelijk voordeel ten opzichte van haar concurrenten geniet." [220]

456. In het arrest GB-Inno-BM [221] herhaalde het Hof dit standpunt en voegde het eraan toe, dat „de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging en de waarborg van doorzichtigheid [verlangen]", dat de eenheid die de regels vaststelt en technische goedkeuringen verleent, onafhankelijk is van enig bedrijf dat actief is op de markt voor telecommunicatie-eindapparatuur.

457. In het arrest Tranchant [222] oordeelde het Hof meer in het bijzonder, dat het vereiste van onafhankelijkheid „dus elk risico [beoogt] uit te sluiten van belangenconflicten tussen de regelgevende overheid (...) en de ondernemingen (...)".

458. Ook in andere, vergelijkbare zaken heeft het Hof strikt op het onafhankelijkheidsvereiste toegezien. [223] In de arresten Decoster [224] en Taillandier [225] verklaarde het bijvoorbeeld, dat de onafhankelijkheid niet gegarandeerd was doordat verschillende directies van het Franse Ministerie voor Posterijen en Telecommunicatie tegelijkertijd verantwoordelijk waren voor de exploitatie van het openbare net en de uitvoering van het commerciële beleid enerzijds, en de goedkeuring van de eindapparatuur anderzijds.

459. Een ander type belangenconflict werd in strijd bevonden met de artikelen 90, lid 1, en 86 in de arresten ERT [226] en onlangs in het arrest Raso e.a. [227] Speciaal in dat laatste arrest zet het Hof duidelijk uiteen, waarom zulke belangenconflicten een bedreiging vormen voor de mededinging en concurrerende ondernemingen.

460. Bovendien volgt uit de arresten GB-Inno-BM [228] en Raso e.a. [229], dat het feit dat de wetgeving het belangenconflict veroorzaakt, de strijdigheid met de artikelen 90, lid 1, en 86 oplevert. Er behoeft niet te worden aangetoond, dat er in een bepaald geval misbruik is gemaakt.

461. In de onderhavige zaken wordt het gevaar van een dergelijk belangenconflict aanzienlijk versterkt door de twee andere

220 — Punt 51.

221 — Arrest van 13 december 1991, aangehaald in voetnoot 173, punt 26.

222 — Arrest van 9 november 1995 (C-91/94, Jurispr. blz. I-3911, punt 19).

223 — Arresten van 17 november 1992, Spanje e.a./Commissie, „telecommunicatiediensten" (C-271/90, C-281/90 en C-289/90, Jurispr. blz. I-5833, punt 22, en van 27 oktober 1993), Decoster (C-69/91, Jurispr. blz. I-5335), en Taillandier (C-92/91, Jurispr. blz. I-5383).

224 — Aangehaald in voetnoot 223.

225 — Aangehaald in voetnoot 223.

226 — Aangehaald in voetnoot 64, punt 37.

227 — Aangehaald in voetnoot 181, punten 28-31.

228 — Arrest van 13 december 1991, aangehaald in voetnoot 173, punten 23 en 24.

229 — Punt 31.

kenmerken van het systeem, namelijk de discretionaire bevoegdheid van de pensioenfondsen en de beperkte toetsing door de rechter van de daaruit voortvloeiende beslissingen van het fonds.

462. Met betrekking tot een soortgelijke situatie, zij het in een andere context, verklaarde het Hof in het arrest Meroni:

„De gevolgen van een delegatie van bevoegdheden variëren sterk naargelang met deze delegatie nauwkeurig omschreven uitvoerende bevoegdheden worden beoogd, welker uitoefening strikt kan worden getoetst aan objectieve, door het delegerende gezag vastgestelde, criteria, dan wel of deze delegatie een discretionaire bevoegdheid betreft, welke een grote vrijheid van waardering veronderstelt en waarvan de uitoefening zelfs kan resulteren in het voeren van een waar economisch beleid." [230]

463. Wat meer in het bijzonder de discretionaire bevoegdheid van de pensioenfondsen betreft, is het arrest Lagauche e.a. [231] van belang. De Belgische telecommunicatie-exploitant was ook belast met de verlening van goedkeuring voor telecommunicatieapparatuur. Anders dan in de zaak GB-Inno-BM was het echter de minister die de technische voorschriften voor goedkeuring vaststelde. Het enige wat de monopoliehouder derhalve behoefde te doen, was controleren of de apparatuur voldeed aan de door de minister vastgestelde voorschriften. Omdat er geen enkele discretionaire bevoegdheid was, achtte het Hof geen strijd met de artikelen 90, lid 1, en 86 aanwezig.

464. Wat het belang van een volledige rechterlijke toetsing betreft, moge een verwijzing volstaan naar dezelfde zaken, GB-Inno-BM [232] en Lagauche e.a. [233] In beide arresten stelde het Hof — zij het in het verband van artikel 30 — vast, dat beslissingen van een orgaan met regelgevende of toezichthoudende bevoegdheid die de rechten die particulieren aan het gemeenschapsrecht ontlenen, kunnen aantasten, door de rechter getoetst moeten kunnen worden.

465. In de onderhavige zaken scheppen de vrijstellingsrichtlijnen een kader waarbinnen alle drie de beslissende kenmerken, te weten belangenconflict, discretionaire bevoegdheid en uitsluitend marginale rechterlijke toetsing, zich voordoen. Ik concludeer dan ook, zonder dat stelling behoeft te worden genomen over de nieuwe versie van de vrijstellingsrichtlijnen, dat de Nederlandse regels voor het discretionair verlenen van individuele vrijstellingen in strijd zijn met de artikelen 90, lid 1, en 86.

466. Dan moet nog in het kort worden ingegaan op de laatste argumenten van de

230 — Arrest van 13 juni 1958, Meroni/Hoge Autoriteit (9/56, Jurispr. blz. 11, 45).

231 — Arrest van 27 oktober 1993 (C-46/90 en 93/91, Jurispr. blz. I-5267).

232 — Arrest van 13 december 1991, aangehaald in voetnoot 173, punten 34-36.

233 — Aangehaald in voetnoot 231, punten 25-29.

Commissie. In de eerste plaats stelt zij, dat het bestuur van het pensioenfonds eigenlijk het enige orgaan is, dat in staat is op vrijstellingsverzoeken te beslissen. In de tweede plaats wijst zij op de mogelijkheid van het indienen van bezwaar bij de Verzekeringskamer.

467. Mijns inziens wordt het eerste argument — althans ten dele — weersproken door het tweede. Indien de onafhankelijke Verzekeringskamer bezwaren kan horen over besluiten van het pensioenfonds, waarom is hij dan niet bevoegd te beslissen over individuele vrijstellingen? Waarom zou geen enkel ander onafhankelijk orgaan de belangen van de pensioenfondsen en de aangeslotenen tegen elkaar kunnen afwegen? Wat het tweede argument betreft, is in de loop van de schriftelijke en mondelinge behandeling komen vast te staan, dat de Verzekeringskamer, zoals gezegd, geen rechtens bindende besluiten kan nemen. Het bezwaar bij de Verzekeringskamer is dan ook geen adequaat rechtsmiddel.

468. Bijgevolg zijn regels als de Nederlandse vrijstellingsrichtlijnen in strijd met de artikelen 90, lid 1, en 86 voor zover zij de pensioenfondsen het recht geven, op verzoeken tot individuele vrijstelling van de deelnemingsverplichting discretionaire beslissingen te nemen, die enkel aan marginale rechterlijk toetsing onderworpen zijn.

X — De rechtsgevolgen van het arrest van het Hof

469. De Hoge Raad verzoekt het Hof uitdrukkelijk, de consequenties van zijn arrest uiteen te zetten.

470. Uit het voorgaande volgt, dat twee kenmerken van de Nederlandse wettelijke regeling moeten worden onderscheiden: de verplichte deelneming op zich en de regels betreffende de discretionaire beslissing over individuele vrijstellingen.

471. Het eerste punt komt alleen aan de orde, indien de nationale rechter zou oordelen, dat het Nederlandse stelsel van verplichte deelneming op zich, of een besluit tot verplichtstelling van deelneming in een bepaald pensioenfonds, in strijd is met de artikelen 90, lid 1, en 86 van het Verdrag, en betreft de gevolgen van zo een uitspraak.

472. Anders dan de Pensioenfondsen stellen, zou die nationale uitspraak berusten op de artikelen 90, lid 1, en 86, als lex specia-

lis, en niet op artikel 5, lid 2, van het Verdrag.[234] De artikelen 90, lid 1, en 86 hebben rechtstreekse werking.[235] Nationale wetten en besluiten waarbij deelneming verplicht werd gesteld, zouden derhalve in beginsel niet-toepasselijk zijn.[236]

473. De Nederlandse regering verzoekt het Hof, de gevolgen van zijn arrest in de tijd te beperken.

474. Een uitlegging die het Hof geeft aan een regel van gemeenschapsrecht is niet anders dan een verklaring en verduidelijking van de betekenis en strekking van een voorschrift van gemeenschapsrecht zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast. Het Hof heeft echter verklaard, dat de werking van een arrest in de tijd bij uitzondering kan worden beperkt op grond van het algemene beginsel van de rechtszekerheid en gelet op de ernstige gevolgen die zijn uitspraak zou kunnen hebben.[237]

475. Tegen zo een beperking kan worden ingebracht, dat er bij de deelnemers aan het economisch verkeer sinds de verwijzing door de Hoge Raad in de zaken Van Schijndel en Van Veen[238] enige twijfel kan zijn gerezen aan de wettigheid van de verplichte deelneming in bedrijfspensioenfondsen.[239]

476. Anderzijds is op het gebied van pensioenen de behoefte aan een beperking ratione temporis bijzonder sterk. Uitspraken zonder zo'n beperking zouden het financiële evenwicht van vele pensioenregelingen met terugwerkende kracht kunnen verstoren en rechtssituaties waarvan alle gevolgen in het verleden zijn uitgewerkt, weer in geding brengen.[240] Ik ben dan ook geneigd, bij uitzondering een beperking van de werking van het arrest ratione temporis te ondersteunen.

477. Beklemtoond moet worden, dat enkel het Hof heeft te beslissen over een dergelijke uitzonderlijke beperking en dat deze slechts aanvaardbaar is in het arrest waarin de gevraagde uitlegging wordt gegeven.[241]

478. In de onderhavige zaken is het volgens mijn analyse de nationale rechter die uiteindelijk moet beslissen over de verenigbaarheid van de verplichte deelneming met het gemeenschapsrecht. Dit belet het Hof

234 — Zie hiervóór, punt 304, en arrest Centre d'insémination de la Crespelle, aangehaald in voetnoot 128, punt 15.

235 — Arrest Merci convenzionali porto di Genova, aangehaald in voetnoot 143, punt 23.

236 — Arresten van 4 april 1968, Lück (34/67, Jurispr. blz. 345, 356), en 22 oktober 1998, IN.CO.GE.'90 (C-10/97—C-22/97, Jurispr. blz. 6307, punten 18-21).

237 — Arrest van 15 september 1998, Edis (C-231/96, Jurispr. blz. I-4951, punten 15 en 16).

238 — Aangehaald in voetnoot 2.

239 — Arrest Bosman, aangehaald in voetnoot 21, punt 146.

240 — Arrest Barber, aangehaald in voetnoot 91, punt 44.

241 — Arrest van 27 maart 1980, Salumi e.a. (66/79, 127/79 en 128/79, Jurispr. blz. 1237, punt 11).

echter mijns inziens niet, over de gevolgen ratione temporis van zijn uitspraak definitief te beslissen door in zijn arrest uitdrukkelijk uit te gaan van de veronderstelling dat de nationale rechters in het licht van zijn uitlegging de Nederlandse wettelijke regeling in strijd met de artikelen 90, lid 1, en 86 zullen verklaren.

479. Het tweede punt betreft de gevolgen van een arrest waarbij richtlijnen voor de discretionaire verlening van individuele vrijstellingen als de in Nederland geldende, met de artikelen 90, lid 1, en 86 onverenigbaar zouden worden verklaard.

480. Op grond van de rechtstreekse werking van de artikelen 90, lid 1, en 86 zijn de richtlijnen voor de discretionaire verlening van individuele vrijstellingen niet-toepasselijk. Aangezien die richtlijnen, zoals reeds is opgemerkt, afzonderlijk moeten worden beoordeeld, zouden de bepalingen inzake verplichte deelneming op zich, daardoor niet worden geraakt.[242] Andere gevolgen zouden weer een aangelegenheid van nationaal recht zijn, binnen de daaraan door het gemeenschapsrecht gestelde grenzen.

242 — Zie in een vergelijkbare situatie de conclusie van advocaat-generaal Tesauro bij het arrest Decoster, aangehaald *in voetnoot* 223, blz. 5371.

XI — Conclusie

De in deze zaken gestelde vragen moeten mijns inziens derhalve worden beantwoord als volgt:

„1) Het is niet in strijd met artikel 85, lid 1, EG-Verdrag, wanneer de vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers in een bedrijfstak overeenkomen gezamenlijk een bedrijfspensioenfonds op te richten en de autoriteiten gezamenlijk verzoeken de deelneming in het fonds verplicht te stellen voor alle bedrijfsgenoten.

2) Het is niet in strijd met de artikelen 5 en 85 EG-Verdrag, wanneer een lidstaat op het gezamenlijk verzoek van de vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers de deelneming in een bedrijfspensioenregeling voor alle ondernemingen in de bedrijfstak verplicht stelt.

3) De Nederlandse bedrijfspensioenfondsen zijn ‚ondernemingen' in de zin van de mededingingsregels van het EG-Verdrag.

4) De artikelen 90, lid 1, en 86 EG-Verdrag staan alleen dan in de weg aan regels betreffende de verplichte deelneming in bedrijfspensioenfondsen zoals de in Nederland bestaande, wanneer die fondsen als gevolg van de regelgeving en het besluit waarbij de deelneming verplicht wordt gesteld, kennelijk niet in staat zijn te voldoen aan de vraag en de afschaffing van de verplichte

deelneming de verrichting van de aan de fondsen opgedragen diensten van algemeen belang niet zou verhinderen.

De artikelen 90, lid 1, en 86 van het Verdrag staan in de weg aan regels als de Nederlandse vrijstellingsrichtlijnen, voor zover daarbij de bedrijfspensioenfondsen de bevoegdheid wordt verleend discretionaire beslissingen te nemen op verzoeken om individuele ontheffing van de verplichte deelneming, welke beslissingen alleen marginaal getoetst worden.

5) Voor zover nationale regels in strijd worden geacht met de artikelen 90, lid 1, en 86 van het Verdrag, blijven zij buiten toepassing, behoudens een eventuele beperking die het Hof stelt aan de werking in de tijd van zijn arrest."