

ARREST VAN HET HOF

12 september 2000 \*

In de gevoegde zaken C-180/98 tot en met C-184/98,

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

**P. Pavlov e.a.**

en

**Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten,**

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 85, 86 en 90 EG-Verdrag (thans de artikelen 81 EG, 82 EG en 86 EG),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: G. C. Rodríguez Iglesias, president, J. C. Moitinho de Almeida (rapporteur), D. A. O. Edward, L. Sevón en R. Schintgen, kamerpresidenten, P. J. G. Kapteyn, C. Gulmann, J.-P. Puissochet en M. Wathelet, rechters,

\* Procestaal: Nederlands.

advocaat-generaal: F. G. Jacobs

griffier: D. Louterman-Hubeau, hoofdadministrateur

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

- de Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, vertegenwoordigd door E. H. Pijnacker Hordijk, advocaat te Brussel, en C. J. J. C. van Nispen, advocaat te 's-Gravenhage,
  
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M. A. Fierstra, hoofd van de afdeling Europees recht bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde,
  
- de Griekse regering, vertegenwoordigd door V. Kyriazopoulos, procesgemachtigde van de juridische dienst van de Staat, en G. Alexaki, advocaat bij de bijzondere dienst communautaire geschillen van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigden,
  
- de Franse regering, vertegenwoordigd door K. Rispal-Bellanger, onderdirecteur bij de directie juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, en C. Chavance, adviseur buitenlandse zaken bij die directie, als gemachtigden,
  
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door W. Wils en H. van Vliet, leden van de juridische dienst, als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van de Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten; de Nederlandse regering; de Griekse regering, en de Commissie ter terechtzitting van 11 januari 2000,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 23 maart 2000,

het navolgende

### Arrest

- 1 Bij vijf vonnissen van 8 mei 1998, ingekomen bij het Hof op 15 mei daaraanvolgend, heeft het Kantongerecht te Nijmegen krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) drie prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 85, 86 en 90 EG-Verdrag (thans de artikelen 81 EG, 82 EG en 86 EG).
  
- 2 Deze vragen zijn gerezen in vijf gedingen, respectievelijk tussen de medisch specialisten P. Pavlov, D. van der Schaaf, M. Kooyman, E. Weber en R. Slappendel (hierna: „Pavlov e.a.”), en de Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten (hierna: „Fonds”) over de weigering van Pavlov e.a. om hun bijdragen aan het Fonds te voldoen, met name op grond dat de verplichte deelneming in het Fonds, uit hoofde waarvan deze bijdragen van hen worden gevorderd, in strijd zou zijn met de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag.

## De nationale wettelijke regeling

- 3 Het Nederlandse pensioenstelsel rust op drie pijlers.
  
- 4 De eerste bestaat uit een wettelijk basispensioen, dat door de Staat wordt verstrekt uit hoofde van de Algemene Ouderdomswet en de Algemene Nabestaandenwet. Deze verplichte wettelijke regeling geeft de gehele bevolking recht op een gering pensioen, onafhankelijk van het voorheen genoten salaris en berekend op basis van het wettelijk minimumloon.
  
- 5 De tweede pijler omvat de aanvullende pensioenen, die worden verstrekt in verband met in loondienst of als zelfstandige verrichte beroepsarbeid en die in de meeste gevallen een aanvulling vormen op het basispensioen. Deze aanvullende pensioenen worden meestal in het kader van collectieve regelingen voor een bepaalde bedrijfstak, een beroepsgroep of de werknemers van een onderneming, beheerd door pensioenfondsen waarin de deelneming verplicht is gesteld, met name, zoals in de hoofdingen, krachtens de Wet van 29 juni 1972 betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (hierna: „WVD”).
  
- 6 De derde pijler wordt gevormd door de individuele pensioen- of levensverzekeringsovereenkomsten die vrijwillig kunnen worden afgesloten.
  
- 7 Volgens artikel 1, lid 1, sub b, WVD is een beroepsgenoot een natuurlijk persoon, die in een bepaalde tak van beroep het tot die tak van beroep behorende beroep uitoefent.

- 8 Volgens artikel 2, lid 1, WVD kan de minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid, op verzoek van een of meer volgens hem voldoende representatieve organisaties van beroepsgenoten, het deelnemen in een door beroepsgenoten vastgestelde beroepspensioenregeling voor alle of een of meer bepaalde groepen van beroepsgenoten verplicht stellen. Het verzoek van een beroepsorganisatie aan de minister moet vooraf worden bekendgemaakt en derde belanghebbenden kunnen hun opvatting kenbaar maken. Alvorens te besluiten kan de minister de Sociaal-Economische Raad en de Verzekeringkamer horen.
- 9 Ingevolge artikel 2, lid 2, WVD kan een beroepspensioenfonds één van de volgende drie vormen hebben:
- a) er wordt een beroepspensioenfonds opgericht, dat als enig uitvoeringsorgaan van de pensioenregeling optreedt;
  - b) de beroepsgenoten worden verplicht tot nakoming van de pensioenregeling door middel van individuele verzekeringsovereenkomsten, naar eigen keuze te sluiten met het onder a bedoelde beroepspensioenfonds, voor zover de pensioenregeling hiertoe de mogelijkheid opent, of met een verzekeraar die in het bezit is van de vereiste vergunning;
  - c) een deel van de regeling krijgt vorm a, en het overblijvende deel vorm b.

- 10 Artikel 2, lid 3, WVD bepaalt verder, dat voor een verzoek van de beroepsorganisatie om verplichtstelling van de deelneming in de door haar gecreëerde beroepspensioenregeling vereist is, dat zij een rechtspersoon in het leven roept die optreedt
- a) als pensioenfonds dat de beroepspensioenregeling uitvoert, of
  - b) als toezichthoudend orgaan dat erop toeziet dat de beroepsgenoten de verplichting zich te verzekeren ingevolge artikel 2, lid 2, sub b, WVD nakomen, of
  - c) gedeeltelijk als pensioenfonds en gedeeltelijk als toezichthoudend orgaan.
- 11 Overeenkomstig artikel 2, lid 4, WVD betekent het verplichte karakter van de regeling, dat degenen voor wie de verplichtstelling geldt, verplicht zijn tot naleving van het bij of krachtens de statuten en reglementen van het pensioenfonds of de rechtspersoon te hunnen aanzien bepaalde.
- 12 Artikel 2, lid 6, WVD verleent de minister de bevoegdheid de verplichte deelneming in te trekken. Volgens artikel 2, lid 7, WVD gebeurt dit, indien wijziging wordt gebracht in de financiële opzet van het beroepspensioenfonds en de grondslagen waarop het rust of in de statuten en reglementen van de rechtspersoon, tenzij de minister heeft verklaard tegen die wijziging geen bezwaar te hebben. Alvorens zijn besluit te nemen, kan de minister de Sociaal-Economische Raad en de Verzekeringskamer horen.

- 13 Artikel 5, lid 1, WVD bepaalt, dat de minister een verzoek om verplichte deelneming niet inwilligt, indien niet is voldaan aan een aantal voorwaarden. Zo moeten de beroepsgenoten door de beroepsorganisatie op de hoogte zijn gesteld van het voornemen van de beroepsorganisatie tot het indienen van een verzoek tot verplichtstelling, moet de regeling beschikken over een solide financiële grondslag blijkend uit een gemotiveerde actuariële nota, en de statuten en reglementen van het pensioenfonds moeten voldoen aan de in de WVD gegeven voorschriften en de belangen van de deelnemers en andere belanghebbenden voldoende waarborgen.
- 14 Artikel 8, lid 1, WVD preciseert, dat in de statuten en reglementen van de rechtspersoon bepalingen worden opgenomen betreffende onder meer de definitie van de beroepsgroep waarvoor de pensioenregeling geldt, het beheer van de rechtspersoon, de rechten en verplichtingen van de deelnemers, alsook de wijze waarop tegemoet wordt gekomen aan personen die gemoedsbezwaren hebben tegen elke vorm van verzekering.
- 15 Volgens artikel 8, lid 2, WVD moet nog een aantal punten worden geregeld in de statuten en reglementen van de rechtspersoon, die als pensioenfonds de pensioenregeling uitvoert, zoals met name de verwerving van de inkomsten en de belegging van de gelden van het fonds.
- 16 Artikel 8, lid 3, WVD verklaart de minister bevoegd tot het vaststellen van richtlijnen met betrekking tot de in de eerste twee leden genoemde onderwerpen. Hij heeft zulke richtlijnen vastgesteld met betrekking tot de wijze waarop tegemoet wordt gekomen aan personen die gemoedsbezwaren hebben tegen verzekering. Zij kunnen worden vrijgesteld van de deelneming in een beroepspensioenregeling, mits zij kunnen aantonen dat zij zich op geen enkele wijze hebben verzekerd.
- 17 De artikelen 9 en 10 WVD bepalen de wijze waarop een beroepspensioenfonds de bijeengebrachte gelden moet beheren. Volgens artikel 9 moet het pensioenfonds

in beginsel de aan de pensioenverplichtingen verbonden risico's overdragen of herverzekeren door het sluiten van overeenkomsten met verzekeringsmaatschappijen. Overeenkomstig artikel 10 kan een fonds echter bij uitzondering het bijeengebrachte kapitaal zelf voor eigen risico beheren en beleggen, mits het de toezichthoudende organen een beleidsplan en een actuariële nota heeft overgelegd waaruit blijkt hoe het denkt het financiële en actuariële risico te beheren. Bovendien moet de Verzekeringskamer zijn goedkeuring aan dit plan verlenen.

- 18 Volgens artikel 12 WVD moet bovendien uit de balans van een fonds dat zelf zijn gelden beheert, blijken, dat zijn bezittingen toereikend zijn voor de dekking van de aangegane pensioenverplichtingen. Overeenkomstig de artikelen 9, leden 2 en 3, en 10, lid 2, WVD moet het beroepspensioenfonds op gezette tijden aan de Verzekeringskamer een verslag overleggen, waarin een volledig beeld van de financiële toestand van het fonds wordt gegeven en waaruit blijkt dat aan de wettelijke vereisten is voldaan. De Verzekeringskamer oefent zijn toezicht op het fonds uit op basis van deze verslagen.
  
- 19 Artikel 26 WVD bepaalt, dat de minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid vrijstelling kan verlenen van een aantal bepalingen uit de WVD in bijzondere individuele gevallen. Met name kan hij, voorwaardelijk of onvoorwaardelijk en al dan niet voor bepaalde tijd, ontheffing van de deelnemingsverplichting verlenen.
  
- 20 Blijkens het antwoord van de Nederlandse regering op de schriftelijke vragen van het Hof kan de minister alleen vrijstelling van de deelnemingsplicht verlenen in specifieke situaties, waarin een consequente toepassing van de WVD zou leiden tot onevenredige schade aan individuele belangen, zonder dat door het betrokken pensioenfonds wordt voorzien in bepalingen om deze consequenties te vermijden. De vrijstellingsbevoegdheid van de minister is niet bedoeld als rechtsmiddel tegen een weigering van het fonds om vrijstelling van de deelnemingsplicht te verlenen.

- 21 Ingevolge artikel 27 WVD is niet-nakoming van de deelnemingsverplichting een strafbaar feit.
- 22 Bovendien kan het beroepspensioenfonds ingevolge artikel 31 WVD een dwangbevel uitvaardigen tot invordering van de achterstallige premies.
- 23 Blijkens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de WVD heeft de bij de wet in het leven te roepen „collectieve regeling” tot doel „een aanpassing van het postactieve inkomen aan het stijgende algemene inkomenspeil” mogelijk te maken, alsmede „de jongere beroepsgenoten via een stelsel van technische doorsneepremies of varianten daarvan mede te laten bijdragen in de hogere lasten van de voorzieningen voor oudere beroepsgenoten”, en „de toekenning van pensioenrechten over jaren welke liggen vóór de inwerkingtreding van de regeling”. Deze doeleinden kunnen alleen worden bereikt via een gemeenschappelijke regeling, „indien in principe alle tot de desbetreffende tak van beroep behorenden daarbij betrokken worden”.
- 24 Tijdens de parlementaire behandeling van de WVD wees de Nederlandse regering erop, dat

„het beleid van de bedrijfspensioenfondsen erop is gericht om vanuit een sociaal uitgangspunt voor de totale groep deelnemers (jong en oud) een zo goed mogelijke pensioenregeling tot stand te brengen. De ondergetekenden kunnen zich niet voorstellen, dat zulks met betrekking tot beroepspensioenfondsen anders zou kunnen zijn. Immers, evenals een bedrijfspensioenfonds, zal een beroepspensioenfonds niet worden opgericht als commercieel instituut, veel eerder als een sociaal instituut dat voor zijn deelnemers in hun onderling sociaal verband zo goed mogelijk werkzaam is. Commerciële aspecten kunnen daarbij bezwaarlijk uitgangspunt zijn.

In dit verband zal de grootte van de bijdragen der beroepsgenoten dan ook niet behoeven te worden bepaald door de vraag of zij ‚individueel wellicht beter en goedkoper op de vrije markt terecht zouden kunnen’, doch zij zal eerder worden bepaald door de mate van solidariteit in de betrokken beroepstak.

(...)

Bij een ontwerp van raamwet als het onderhavige gaat het erom, dat het belang van de beroepsgenoten als groep tot zijn recht kan komen. Dit betekent, dat in beginsel alle beroepsgenoten in de desbetreffende tak van beroep tot deelnemen in het pensioenfonds verplicht zullen zijn. Indien dit er in concrete gevallen toe zou leiden, dat kan worden geconstateerd, dat zulks niet zou stroken met het individueel belang van één of meer beroepsgenoten, dan dient (zulks) in beginsel te worden geaccepteerd, omdat immers elke groepsregeling beperking van een individuele vrijheid inhoudt.”

### De statuten en het pensioenreglement van het Fonds

- 25 De beroepstak van medisch specialisten, vertegenwoordigd door de Landelijke Specialisten Vereniging der Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (hierna: „LSV”), heeft in 1973 een beroepspensioenregeling in het leven geroepen, waarvan de regels zijn neergelegd in statuten en een pensioenreglement.
- 26 Volgens de statuten is het Fonds opgericht in de vorm van een stichting. Dit is een rechtspersoon in de zin van artikel 2, lid 3, sub c, WVD, ten dele optredend als zelfstandig verzekeraar en ten dele als orgaan dat erop toeziet dat de beroepsgenoten zich individueel verzekeren.

- 27 Bij besluit van de minister van 18 juni 1973 (*Staatscourant* 1973, 121) is deelneming in de regeling op basis van artikel 2, lid 1, WVD verplicht gesteld op verzoek van de LSV. Per 31 januari 1997 is de LSV als representatieve organisatie van beroepsgenoten vervangen door de Orde van Medisch Specialisten (hierna: „OMS”). Ongeveer 8 000 van de 15 000 zelfstandige of in loondienst werkzame medisch specialisten zijn bij de OMS aangesloten.
- 28 Volgens artikel 1, lid 1, van het pensioenreglement van het Fonds is deelnemer in de regeling iedere in Nederland wonende en in het register van erkende medisch specialisten van de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst ingeschreven medisch specialist die de leeftijd van 65 jaar nog niet heeft bereikt en in Nederland het beroep van medisch specialist uitoefent.
- 29 Artikel 1, lid 2, van dit reglement geeft bepaalde categorieën medisch specialisten de mogelijkheid om vrijstelling van deelneming te verzoeken. Dit geldt voor de medisch specialist die
- naar verwachting in een kalenderjaar zijn beroep uitsluitend zal uitoefenen in een dienstverband, ter zake waarvan voor de betrokken medisch specialist
- a) een pensioenvoorziening geldt waarvoor bij een andere wet dan de Pensioen- en Spaarfondsenwet, de Wet betreffende verplichte deelneming

in een bedrijfspensioenfonds (hierna: „BPW”) of de WVD, dan wel bij algemene maatregel van bestuur regelingen zijn vastgesteld;

b) een pensioenvoorziening geldt waarin de deelneming krachtens de BPW verplicht is gesteld;

c) een andere pensioenvoorziening waarin deelneming krachtens de WVD verplicht is gesteld, geldt dan de onderhavige beroepspensioenregeling;

d) een vóór 6 mei 1972 door de werkgever getroffen pensioenvoorziening geldt welke ten minste gelijkwaardig is aan de voormelde beroepspensioenregeling;

— inkomsten heeft uit hoofde van zijn beroepsuitoefening, anders dan in dienstverband, die lager zijn dan een bepaald bedrag.

30 In hun antwoord op de schriftelijke vragen van het Hof hebben de Nederlandse regering en het Fonds verklaard, dat het Fonds aan de in artikel 1, lid 2, van het pensioenreglement gestelde voorwaarden gebonden is. In beginsel kan dus geen ontheffing worden verleend op andere dan de in deze bepaling genoemde gronden.

31 Ten aanzien van de verhouding tussen de bevoegdheid van de minister ingevolge artikel 26 WVD en die van het Fonds ingevolge artikel 1, lid 2, van het pensioenreglement om medisch specialisten vrij te stellen van de deelnemingsplicht, heeft de Nederlandse regering in antwoord op een schriftelijke vraag van het Hof verklaard, dat de vrijstellingsbevoegdheid van de minister subsidiair is

aan de vrijstellingsbevoegdheid of -verplichting van het Fonds. De minister kan slechts optreden voor zover het Fonds geen vrijstellingsbevoegdheid heeft.

- 32 Artikel 44 van het reglement van het Fonds bepaalt, dat het bestuur het recht heeft in bijzondere gevallen ten gunste van een deelnemer van het reglement af te wijken, mits deze afwijking aan de rechten van anderen geen nadeel toebrengt. Volgens het antwoord van het Fonds op een schriftelijke vraag van het Hof is artikel 44 van het pensioenreglement een hardheidsclausule. Deze bepaling maakt het mogelijk een bijzondere ontheffing te verlenen in uitzonderlijke gevallen, met name wanneer een deelnemer gedurende een korte periode minimale pensioenaanspraken opbouwt.
- 33 De Nederlandse regering heeft in antwoord op een schriftelijke vraag van het Hof verklaard, dat het Fonds weliswaar een privaatrechtelijke stichting is, maar dat tegen besluiten van het Fonds inzake verplichte deelneming en ontheffing daarvan de administratieve rechtsgang openstaat. Tegen zulke besluiten kan derhalve bezwaar worden gemaakt bij de bevoegde minister en vervolgens staat beroep open bij de bestuursrechter.

### **De pensioenregeling van de medisch specialisten**

- 34 De pensioenregeling van de medisch specialisten omvat:
- a) een ouderdomspensioen, dat wordt betaald vanaf de datum waarop de deelnemer 65 jaar wordt;

- b) een weduwen- en weduwnaarspensioen, dat wordt betaald aan de echtgenoot van de overleden deelnemer, van in beginsel 70 % van het door de deelnemer tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen;
- c) een wezenpensioen van 14 % (indien beide ouders zijn overleden 28 %) van het ouderdomspensioen van de deelnemer, dat aan de kinderen van de overleden deelnemer wordt betaald tot hun achttiende jaar, met mogelijke verlenging tot 27 jaar;
- d) een indexeringsregeling, waardoor de pensioenen worden gekoppeld aan de algemene stijging van het inkomenspeil;
- e) een backserviceregeling voor tijdvakken voorafgaand aan de totstandkoming van de regeling;
- f) voortzetting van de pensioenopbouw ingeval van arbeidsongeschiktheid, met overname van premiebetaling door het Fonds;
- g) een aanvullend nabestaandenpensioen (risicoregeling) ingeval de deelnemer vóór het bereiken van de leeftijd van 65 jaar overlijdt. Hoe jonger de deelnemer bij overlijden, des te hoger de uitkering op grond van de risicoregeling.

35 De pensioenregeling bestaat uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel, het zogeheten normpensioen, omvat het ouderdomspensioen, het weduwen- en weduwnaarspensioen alsmede het wezenpensioen, tegen hun nominale waarde,

dat wil zeggen zonder aanpassing van het pensioen aan de algemene stijging van het inkomenspeil. Voor het normpensioen heeft de beroepsgroep van medisch specialisten de optie van artikel 2, lid 2, sub b, WVD gekozen, dat wil zeggen dat de beroepsgenoten verplicht zijn het normpensioen te verzekeren door middel van een individuele verzekeringsovereenkomst met het Fonds of met een toegelaten verzekeringsmaatschappij. Elke vijf jaar kunnen de deelnemers op hun keuze terugkomen. Het Fonds ziet erop toe, dat de deelnemers hun verzekeringsplicht nakomen.

- 36 Een verzekeringsmaatschappij die het normpensioen verzekert, moet een overeenkomst aangaan met het Fonds. Het Fonds treedt in veel opzichten op als tussenpersoon tussen de medisch specialisten en de verzekeraar; zo int het Fonds de premies voor het normpensioen en draagt deze vervolgens af aan de verzekeraar. Het Fonds en de verzekeringsmaatschappij stellen de verschillende premies voor het normpensioen vast op actuariële grondslag. De te betalen premies verschillen naar gelang van leeftijd, geslacht en inkomen van de deelnemer, de beheerskosten van het Fonds of de verzekeraar en de beleggingsresultaten van het Fonds of de verzekeraar.
- 37 Het tweede onderdeel van de pensioenregeling bevat de indexeringsregeling, de backserviceregeling, de voortzetting van de pensioenopbouw met overname van premiebetaling ingeval van arbeidsongeschiktheid en het aanvullend nabestaandenpensioen. De indexeringsregeling maakt het mogelijk, door middel van een jaarlijks vast te stellen aanpassingscoëfficiënt de pensioenen en pensioenrechten aan te passen aan de stijging van het inkomenspeil. Voor het tweede onderdeel van de regeling heeft de beroepsgroep de mogelijkheid van artikel 2, lid 2, sub a, WVD gekozen, dat wil zeggen dat deze bestanddelen door het Fonds worden beheerd en niet bij een particuliere verzekeringsmaatschappij kunnen worden ondergebracht.
- 38 De bestanddelen van het tweede onderdeel, behalve het aanvullend nabestaandenpensioen, worden gefinancierd uit de actuariel berekende bijdragen. De bijdrage voor de backserviceregeling is thans echter nihil, daar de reserves voldoende zijn om deze rechten te garanderen. Het aanvullend nabestaandenpensioen wordt gefinancierd uit een vaste gemiddelde jaarpremie.

- 39 De regeling kent geen risicoselectie door middel van vragenlijsten of medisch onderzoek.
- 40 Het Fonds heeft geen winstoogmerk. Eventuele winst komt ten goede aan de pensioengerechtigden en de deelnemers door verhoging van hun pensioenaanspraken.
- 41 Op 31 december 1997 had het Fonds 5 951 deelnemers, 1 063 gewezen deelnemers en 4 220 pensioengerechtigden. Deze laatste groep bestond uit 1 238 weduwen of weduwnaars, 185 wezen en 2 797 gerechtigden tot een ouderdomspensioen. Ultimo 1997 beliep het belegd vermogen van het Fonds 6 600 miljoen NLG.

### De hoofdgedingen en de prejudiciële vragen

- 42 Opposanten in de hoofdgedingen, Pavlov e.a., zijn als medisch specialist werkzaam in een ziekenhuis in Nijmegen. Zij betwisten niet, dat zij tot eind 1995 verplicht deelnemer in het Fonds waren.
- 43 Met ingang van 1 januari 1996 menen Pavlov e.a., dat zij moeten worden vrijgesteld van deelnemerschap in het Fonds op grond van artikel 1, lid 2, van het reglement van het Fonds. Zij stellen, dat zij sinds die datum hun beroep uitoefenen als werknemer en op grond daarvan verplicht verzekerd zijn bij het Bedrijfspensioenfonds voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen. Zij hebben dan ook hun premiebetaling aan het Fonds gestaakt.

- 44 Het Fonds betwist, dat Pavlov e.a. hun beroep in dienstverband uitoefenen en heeft ter zake van de achterstallige premies dwangbevelen tegen hen uitgevaardigd.
- 45 Pavlov e.a. zijn daartegen in verzet gekomen bij het Kantongerecht te Nijmegen. Bij tussenvonnissen van 13 februari 1998 heeft de Kantonrechter beslist, dat Pavlov e.a. zich, gezien het karakter van hun contractuele verhouding met het ziekenhuis, niet konden beroepen op vrijstelling ingevolge artikel 1, lid 2, van het reglement van het Fonds.
- 46 In de procedure hebben Pavlov e.a. gesteld, dat de verplichte deelneming in strijd was met verschillende bepalingen van het EG-Verdrag.
- 47 De verwijzende rechter wijst erop, dat de Hoge Raad der Nederlanden bij arrest van 22 oktober 1993 het Hof reeds vragen heeft gesteld over de verenigbaarheid van de verplichte deelneming in een beroepspensioenfonds, maar dat het Hof deze in het arrest van 14 december 1995, Van Schijndel en Van Veen (C-430/93 en C-431/93, Jurispr. blz. I-4705), niet heeft beantwoord.
- 48 Het Kantongerecht te Nijmegen heeft daarom de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:
- „1) Moet, tegen de achtergrond van de (...) strekking van de WVD, een beroepspensioenfonds waarin krachtens en overeenkomstig de WVD het deelnemen voor alle of een of meer bepaalde groepen van beroepsgenoten verplicht is gesteld met de daaraan door deze wet verbonden (...) rechtsgevolgen, worden aangemerkt als een onderneming in de zin van artikel 85, 86 of 90 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap?

- 2) Zo ja, is dan het verplicht stellen van deelneming in de (...) beroepspensioenregeling voor medische specialisten een door een lidstaat genomen maatregel die het nuttig effect van de op ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan maakt, of is zulks slechts onder bepaalde omstandigheden het geval en, indien dit laatste, onder welke?
- 3) Zo de laatste vraag ontkennend moet worden beantwoord, kunnen dan andere omstandigheden ertoe leiden dat het verplicht stellen onverenigbaar is met het bepaalde in artikel 90 van het Verdrag en zo ja, welke?”
- 49 Bij beschikking van 17 juni 1998 heeft de president van het Hof de zaken C-180/98 tot en met C-184/98 gevoegd voor de schriftelijke procedure, de mondelinge behandeling en het arrest.

### De ontvankelijkheid

- 50 De Griekse regering heeft twijfels over de ontvankelijkheid van de gestelde vragen, omdat het feitelijk en juridisch kader van de hoofdgedingen in de verwijzingsvonnissen niet voldoende nauwkeurig is beschreven. Aangezien de verwijzende rechter geen uiteenzetting geeft van de juridische en economische aspecten van de werking van de aanvullende pensioenregeling waar het in de hoofdgedingen om gaat, stelt de Griekse regering, met betrekking tot deze vragen niet op zinvolle wijze een standpunt te kunnen bepalen, in het bijzonder gezien de gecompliceerde juridische en feitelijke situaties die zich op het gebied van het mededingingsrecht voordoen.
- 51 Het is vaste rechtspraak, dat de nationale rechter, wegens het vereiste om tot een voor hem nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te komen, een omschrijving moet geven van het feitelijk en juridisch kader waarin de gestelde vragen

moeten worden geplaatst, of althans de feiten moet uiteenzetten waarop die vragen zijn gebaseerd. Deze eisen gelden in het bijzonder op bepaalde gebieden die door complexe feitelijke en juridische situaties worden gekenmerkt, zoals het gebied van de mededinging (zie, met name, arresten van 26 januari 1993, *Telemarsicabruzzo e.a.*, C-320/90—C-322/90, Jurispr. blz. I-393, punten 6 en 7; 14 juli 1998, *Safety Hi-Tech*, C-284/95, Jurispr. blz. I-4301, punten 69 en 70, en *Bettati*, C-341/95, Jurispr. blz. I-4355, punten 67 en 68; alsook arresten van 21 september 1999, *Albany*, C-67/96, Jurispr. blz. I-5751, punt 39, en *Brentjens*, C-115/97—C-117/97, Jurispr. blz. I-6025, punt 38).

- 52 De in de verwijzingsbeschikkingen verstrekte gegevens dienen niet enkel om het Hof in staat te stellen een nuttig antwoord te geven, doch ook om de regeringen van de lidstaten en de andere belanghebbenden de mogelijkheid te bieden, overeenkomstig artikel 20 van 's Hofs Statuut-EG opmerkingen te maken. Het Hof dient erop toe te zien, dat deze mogelijkheid gewaarborgd blijft, in aanmerking genomen dat ingevolge genoemde bepaling alleen de verwijzingsbeschikkingen ter kennis van de belanghebbenden worden gebracht (zie, met name, beschikkingen van 30 april 1998, *Testa en Modesti*, C-128/97 en C-137/97, Jurispr. blz. I-2181, punt 6, en 11 mei 1999, *Anssens*, C-325/98, Jurispr. I-2969, punt 8, alsook de reeds aangehaalde arresten *Albany*, punt 40, en *Brentjens*, punt 39).
- 53 In casu blijkt uit de opmerkingen die overeenkomstig artikel 20 van 's Hofs Statuut-EG door de regeringen van de lidstaten en de overige belanghebbenden zijn ingediend, en ook uit de opmerkingen die door de Griekse regering zelf zijn ingediend voor het geval het Hof de vragen van de verwijzende rechter ontvankelijk zou achten, dat zij aan de hand van de in de verwijzingsvonnissen vervatte informatie een nuttig standpunt hebben kunnen bepalen over de aan het Hof gestelde vragen.
- 54 Al kon de Griekse regering in casu van mening zijn, dat de door de verwijzende rechter verschaftte informatie voor haar onvoldoende was om op bepaalde aspecten van de gestelde vragen te kunnen ingaan, moet er bovendien op worden gewezen, dat die informatie is aangevuld met gegevens uit het door de nationale rechter overgelegde zaakdossier, de schriftelijke opmerkingen en de antwoorden

op de door het Hof gestelde vragen. Al deze gegevens, die in het rapport ter terechtzitting zijn opgenomen, zijn ter kennis van de regeringen van de lidstaten en de overige belanghebbenden gebracht met het oog op de terechtzitting, waar zij hun opmerkingen zo nodig hebben kunnen aanvullen (zie reeds aangehaalde arresten Albany, punt 43, en Brentjens, punt 42).

- 55 Vastgesteld moet dus worden, dat de door de verwijzende rechter verschaft informatie, voor zoveel nodig aangevuld met de in het vorige punt bedoelde gegevens, het Hof voldoende kennis verschaft van het feitelijk en juridisch kader van de hoofdgedingen om de communautaire mededingingsregels te kunnen uitleggen met het oog op de situatie die in die gedingen aan de orde is.
- 56 De gestelde vragen zijn derhalve ontvankelijk.

### De tweede vraag

- 57 Met zijn tweede vraag, die als eerste moet worden besproken, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of de artikelen 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) en 85 van het Verdrag in de weg staan aan een besluit van de overheid om, op verzoek van een representatieve organisatie van beoefenaren van een vrij beroep, de deelneming in een beroepspensioenfonds verplicht te stellen.
- 58 Om de tweede vraag te kunnen beantwoorden, moet eerst worden onderzocht, of het besluit van een representatieve organisatie van beoefenaren van een vrij beroep om voor de beroepsgenoten een fonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, en de overheid te verzoeken de deelneming in dit fonds voor alle beroepsgenoten verplicht te stellen, in strijd is met artikel 85 van het Verdrag.

- 59 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd, dat artikel 85, lid 1, van het Verdrag alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen verbiedt welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Wegens het belang van deze regel hebben de verdragsauteurs in artikel 85, lid 2, van het Verdrag uitdrukkelijk bepaald, dat de krachtens dit artikel verboden overeenkomsten en besluiten van rechtswege nietig zijn.
- 60 Vervolgens moet worden opgemerkt, dat het Hof in het reeds aangehaalde arrest Brentjens en in het arrest van 21 september 1999, Drijvende Bokken (C-219/97, Jurispr. blz. I-6121), voor recht heeft verklaard, dat het besluit van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bepaalde bedrijfstak in het kader van een collectieve overeenkomst, om in die bedrijfstak één bedrijfspensioenfonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, en de overheid te verzoeken de deelneming in dit fonds voor alle werknemers in die bedrijfstak verplicht te stellen, niet onder artikel 85 van het Verdrag valt.
- 61 Het Fonds, de Nederlandse regering en de Commissie, laatstgenoemde evenwel slechts subsidiair, stellen dat er geen verschil van betekenis is tussen de nationale wettelijke regeling ter zake van de bedrijfspensioenregelingen die in de arresten Albany, Brentjens en Drijvende Bokken in geding waren, en die van de beroepspensioenregelingen waarom het in de hoofdgedingen gaat. De gronden waarop het Hof in de aangehaalde arresten oordeelde, dat het besluit van de werkgevers- en werknemersorganisaties om een bedrijfspensioenfonds op te richten en de overheid te verzoeken de deelneming in dit fonds verplicht te stellen, niet onder artikel 85 van het Verdrag valt, rechtvaardigen eveneens, dat een soortgelijk besluit, dat zoals in de hoofdgedingen is genomen door de beoefenaren van een vrij beroep, evenmin binnen de werkingssfeer van artikel 85 van het Verdrag valt, ook al handelen de leden van deze beroepsgroep niet in het kader van een collectieve overeenkomst.

- 62 Volgens het Fonds, de Nederlandse regering en de Commissie zijn verscheidene in de motivering van de in het vorige punt genoemde arresten vermelde elementen ook in de onderhavige zaken van toepassing.
- 63 In de eerste plaats zou de invoering van een verplichte aanvullende pensioenregeling voor alle beoefenaren van een vrij beroep in overeenstemming zijn met artikel 3, lid 1, sub g en i, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3, lid 1, sub g en j, EG), waarin is bepaald dat het optreden van de Gemeenschap niet alleen „een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst” omvat, maar ook „een beleid op sociaal gebied”, en met artikel 2 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 2 EG), dat bepaalt dat de Gemeenschap onder meer tot taak heeft „het bevorderen van een harmonische en evenwichtige ontwikkeling van de economische activiteit” en van „een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming”.
- 64 In de tweede plaats zou de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde aanvullende beroepspensioenregeling zijn ingevoerd op verzoek van een representatieve organisatie van leden van de betrokken beroepsgroep na collectieve onderhandelingen.
- 65 In de derde plaats zou het besluit van de representatieve organisatie van leden van een bepaalde beroepsgroep om een dergelijke aanvullende beroepspensioenregeling te treffen en om verplichtstelling daarvan te verzoeken, hetzelfde sociale doel dienen als de in de aangehaalde arresten Albany, Brentjens en Drijvende Bokken aan de orde zijnde overeenkomst, namelijk aan alle leden van een beroepsgroep een bepaald pensioenniveau te garanderen.
- 66 Het belang van de sociale functie van aanvullende pensioenregelingen zou onlangs door de gemeenschapswetgever zijn erkend door de vaststelling van richtlijn 98/49/EG van de Raad van 29 juni 1998 betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich

binnen de Gemeenschap verplaatsen (PB L 209, blz. 46). Daarin wordt geen onderscheid gemaakt tussen pensioenen van werknemers en van zelfstandigen.

- 67 Het Hof heeft in de punten 64, 61 en 51 van respectievelijk de arresten Albany, Brentjens en Drijvende Bokken vastgesteld, dat de in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners gesloten overeenkomsten, bedoeld ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden, wegens hun aard en doel moeten worden geacht buiten de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag te vallen.
- 68 Deze uitsluiting van de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan niet worden uitgebreid tot een overeenkomst die, zoals de onderhavige, weliswaar beoogt alle leden van een beroepsgroep een bepaald pensioenniveau te garanderen, en dus een van de arbeidsvoorwaarden van die leden te verbeteren, namelijk hun beloning, maar niet is gesloten in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners.
- 69 In het Verdrag staan geen bepalingen die, gelijk de artikelen 118 en 118 B EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG-143 EG) en de artikelen 1 en 4 van de overeenkomst betreffende de sociale politiek (PB 1992, C 191, blz. 91), de beoefenaren van de vrije beroepen aanmoedigen, collectieve overeenkomsten te sluiten ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden, en die beogen dat dergelijke overeenkomsten, op verzoek van de leden van deze beroepsgroep, door de overheid voor alle leden van deze beroepsgroep verplicht worden gesteld.
- 70 In die omstandigheden moet artikel 85, lid 1, van het Verdrag aldus worden uitgelegd, dat het besluit van de beoefenaren van een vrij beroep om een beroepspensioenfonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, en de overheid te verzoeken de deelneming in dit

fonds voor alle leden van de beroepsgroep verplicht te stellen, niet wegens zijn aard en doel buiten de werkingssfeer van deze bepaling valt.

- 71 Bijgevolg moet worden nagegaan, of is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, en om te beginnen, of de in de hoofdingingen aan de orde zijnde representatieve organisatie, de LSV, een ondernemersvereniging is.
- 72 Op de datum dat de LSV de overheid verzocht de deelneming in het Fonds verplicht te stellen, bestond deze organisatie uitsluitend uit zelfstandige medisch specialisten.
- 73 Derhalve moet in de eerste plaats worden onderzocht, of deze medisch specialisten ondernemingen zijn in de zin van de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag.
- 74 Volgens vaste rechtspraak, in de context van het mededingingsrecht, omvat het begrip onderneming elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (zie, met name, arresten van 23 april 1991, Höfner en Elser, C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 21; 17 februari 1993, Poucet en Pistre, C-159/91 en C-160/91, Jurispr. blz. I-637, punt 17; 16 november 1995, Fédération française des sociétés d'assurance e.a., C-244/94, Jurispr. blz. I-4013, punt 14, alsmede de reeds aangehaalde arresten Albany, punt 77, Brentjens, punt 77, en Drijvende Bokken, punt 67).
- 75 Het is eveneens vaste rechtspraak, dat onder economische activiteit wordt verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op

een bepaalde markt (arresten van 16 juni 1987, Commissie/Italië, 118/85, Jurispr. blz. 2599, punt 7, en 18 juni 1998, Commissie/Italië, C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punt 36).

- 76 Wat de hoofdgedingen betreft, verrichten de bij de LSV aangesloten medisch specialisten in hun hoedanigheid van zelfstandige deelnemers aan het economisch verkeer diensten op een markt, die van de gespecialiseerde medische diensten. Deze artsen ontvangen voor de ten behoeve van hun patiënten verrichte diensten van hen een beloning en dragen de aan hun beroepsuitoefening verbonden financiële risico's.
- 77 De bij de LSV aangesloten zelfstandige medisch specialisten oefenen dus een economische activiteit uit en zijn derhalve ondernemingen in de zin van de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag; daaraan doet niet af dat hun diensten complex en technisch van aard zijn, noch dat de uitoefening van hun beroep aan regels gebonden is (zie in deze zin arrest van 18 juni 1998, Commissie/Italië, reeds aangehaald, punten 37 en 38).
- 78 De Commissie brengt evenwel naar voren, dat de medisch specialisten, wanneer zij bijdragen aan hun eigen pensioenregeling, niet optreden als ondernemingen in de zin van het communautaire mededingingsrecht. De medisch specialist die voor zichzelf een aanvullend pensioen opbouwt, zou handelen als eindverbruiker, en de beslissing die hij in dat kader neemt heeft niets van doen met de werking van de mededingingsregels. Een dergelijke beslissing zou op één lijn te stellen zijn met een financiële belegging of de aankoop van een vakantiewoning.
- 79 In dit verband moet worden opgemerkt, dat het feit dat een zelfstandige medisch specialist bijdragen betaalt aan een aanvullende beroepspensioenregeling nauw verband houdt met het verrichten van zijn beroepswerkzaamheden. De deelneming van een medisch specialist in een dergelijke regeling spruit voort uit de uitoefening van zijn beroep. De onderhavige aanvullende beroepspensioenregeling, die geldt voor alle leden van de beroepsgroep, stelt hen in staat een deel van

hun beroepsinkomen een andere bestemming te geven om zichzelf en, onder bepaalde voorwaarden, hun nabestaande echtgenoot en kinderen een zeker inkomenspeil te garanderen na het staken van hun beroepswerkzaamheden.

- 80 Dat alle zelfstandige medisch specialisten bijdragen aan dezelfde aanvullende beroepspensioenregeling houdt te meer verband met de uitoefening van hun beroep, daar deze regeling wordt gekenmerkt door een hoge mate van solidariteit tussen alle artsen, hetgeen met name blijkt uit het feit dat de bijdragen niet zijn gekoppeld aan de risico's, de verplichting alle beroepsgenoten te accepteren zonder voorafgaand medisch onderzoek, de overname van premiebetaling ingeval van arbeidsongeschiktheid met het oog op voortzetting van de pensioenopbouw, de toekenning van pensioenrechten met terugwerkende kracht voor leden die reeds vóór de inwerkingtreding van de regeling in het beroep werkzaam waren, en de indexering van de pensioenen voor het behoud van de waardevastheid.
- 81 In die omstandigheden kunnen de medisch specialisten niet worden geacht te handelen als eindverbruikers, wanneer zij bijdragen aan hun eigen aanvullende pensioenregeling.
- 82 Derhalve moet worden geconcludeerd, dat de medisch specialisten, toen zij binnen de LSV besloten gezamenlijk één beroepspensioenfonds op te richten, handelden als ondernemingen in de zin van de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag.
- 83 Derhalve moet in de tweede plaats worden onderzocht, of de LSV valt aan te merken als ondernemersvereniging in de zin van voornoemde bepalingen.
- 84 Volgens het Fonds zou het ten opzichte van andere beroepsorganisaties, zoals de Nederlandse Orde van Advocaten, die een publiekrechtelijke status bezitten en uit

dien hoofde over regelgevende bevoegdheden beschikken, discriminerend zijn om de LSV aan te merken als ondernemersvereniging.

- 85 In dit verband kan worden volstaan met eraan te herinneren, dat de publiek-rechtelijke status van een beroepsorganisatie niet in de weg staat aan toepassing van artikel 85 van het Verdrag. Deze bepaling is volgens de bewoordingen ervan van toepassing op overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen. Het juridisch kader waarin de beslissing tot het sluiten van een overeenkomst tussen ondernemingen wordt genomen, alsmede de juridische kwalificatie die in de nationale rechtsorde aan dit kader worden gegeven, zijn niet van invloed voor de toepasselijkheid van de communautaire mededingingsregels en inzonderheid van artikel 85 van het Verdrag (arresten van 30 januari 1985, Clair, 123/83, Jurispr. blz. 391, punt 17, en 18 juni 1998, Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 40).
- 86 Anders dan het Fonds stelt, is ook het feit dat de voornaamste taak van de LSV is, het behartigen van de belangen van de medisch specialisten, met name hun inkomen, waartoe ook de aanvullende pensioenen behoren, in het kader van de onderhandelingen met de overheid over de kosten van de gezondheidszorg, niet van dien aard dat deze beroepsorganisatie daardoor buiten de werkingssfeer van artikel 85 van het Verdrag komt te vallen.
- 87 Het is mogelijk, dat een besluit van een orgaan met regelgevende bevoegdheid in een bepaalde sector niet onder artikel 85 van het Verdrag valt, wanneer dit orgaan is samengesteld uit een meerderheid van vertegenwoordigers van de overheid en het dit besluit neemt met inachtneming van een aantal criteria van openbaar belang (arresten van 5 oktober 1995, Centro Servizi Spediporto, C-96/94, Jurispr. blz. I-2883, punten 23-25, en 18 juni 1998, Commissie/Italië, reeds aangehaald, punten 41-44).
- 88 Dit is echter in de onderhavige zaken niet het geval. Op de datum dat de LSV besloot het Fonds op te richten en de overheid om verplichtstelling van de

deelneming daarin te verzoeken, bestond deze organisatie immers uitsluitend uit zelfstandige medisch specialisten wier economische belangen zij behartigde.

- 89 De conclusie moet dan ook zijn, dat de LSV te beschouwen is als een ondernemersvereniging in de zin van de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag.
- 90 Vervolgens moet worden onderzocht, of het besluit van de beoefenaren van een vrij beroep om een pensioenfonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, en de overheid te verzoeken de deelneming in dit fonds voor alle beroepsgenoten verplicht te stellen, tot doel of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
- 91 Bij de toetsing van een concreet geval aan artikel 85, lid 1, van het Verdrag moeten de criteria van deze bepaling volgens vaste rechtspraak worden gedefinieerd met inachtneming van de economische context waarin de ondernemingen opereren, de producten of diensten waarop de beslissingen van de betrokken ondernemingen betrekking hebben, de structuur van de betrokken markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert (arrest van 12 december 1995, Oude Luttikhuis e.a., C-399/93, Jurispr. blz. I-4514, punt 10).
- 92 Er zij aan herinnerd, dat bovengenoemd besluit betekent, dat alle beoefenaren van een vrij beroep hun aanvullend pensioen op dezelfde voorwaarden en bij een en hetzelfde orgaan onderbrengen, behalve het normpensioen, dat vrijelijk kan worden verzekerd bij een toegelaten verzekeringsmaatschappij.

- 93 Vastgesteld moet dus worden, dat een dergelijk besluit, dat de kosten en verstrekkingen van aanvullende pensioenen van de medisch specialisten gedeeltematig harmoniseert, de mededinging beperkt op het punt van een kostenfactor van specialistische medische diensten. Het besluit heeft immers tot gevolg, dat deze artsen elkaar niet beconcurreren om voor dit onderdeel van hun pensioen een goedkopere verzekering te verkrijgen.
- 94 Zoals de advocaat-generaal in de punten 138 tot en met 143 van zijn conclusie opmerkt, zijn de beperkende effecten van een dergelijk besluit op de markt van specialistische medische diensten echter gering.
- 95 Het in geding zijnde besluit heeft immers slechts een beperkend effect op één kostenfactor van de door zelfstandige medisch specialisten aangeboden diensten, namelijk de aanvullende pensioenregeling, die in vergelijking tot andere factoren, zoals de artsenhonoraria en de prijs van medische apparatuur, van geringe betekenis is. De kosten van de aanvullende pensioenregeling zijn slechts van marginale en indirecte invloed op de totale kosten van de door zelfstandige medisch specialisten aangeboden diensten.
- 96 Bovendien stelt het treffen van een door één fonds beheerde aanvullende pensioenregeling de zelfstandige medisch specialisten in staat, de verzekerde risico's te spreiden en schaalvoordelen te behalen op het gebied van de premie- en uitkeringsadministratie en de beleggingen.
- 97 Uit het voorgaande volgt, dat het besluit van de beoefenaren van een vrij beroep om een pensioenfonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet merkbaar beperkt.

- 98 Ten aanzien van het verzoek van een representatieve organisatie van beoefenaren van een vrij beroep aan de overheid om de deelneming in de door haar gecreëerde beroepspensioenregeling verplicht te stellen, zij erop gewezen dat het is gedaan in het kader van een regeling die overeenkomt met het in verscheidene lidstaten bestaand stelsel voor de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid op sociaal gebied. Een dergelijk stelsel beoogt, de opbouw van aanvullende pensioenen van de tweede pijler te bevorderen en bevat een aantal waarborgen waarvan de minister de inachtneming moet verzekeren, zodat het verzoek van de beoefenaren van een vrij beroep geen schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan opleveren.
- 99 Derhalve moet worden geconcludeerd, dat het besluit van een organisatie van beoefenaren van een vrij beroep om een fonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, en de overheid te verzoeken de deelneming in dit fonds voor alle leden van de beroepsgroep verplicht te stellen, niet in strijd is met artikel 85 van het Verdrag.
- 100 Om dezelfde redenen is ook het besluit van de betrokken lidstaat om de deelneming in een dergelijk fonds voor alle leden van de beroepsgroep verplicht te stellen, niet in strijd met de artikelen 5 en 85 van het Verdrag.
- 101 Op de tweede vraag moet derhalve worden geantwoord, dat de artikelen 5 en 85 van het Verdrag niet in de weg staan aan een besluit van de overheid om op verzoek van een representatieve organisatie van beoefenaren van een vrij beroep de deelneming in een beroepspensioenfonds verplicht te stellen.

## De eerste vraag

- 102 Met zijn eerste vraag, die als tweede moet worden besproken, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of een pensioenfonds dat belast is met het beheer van een door een representatieve organisatie van beoefenaren van een vrij beroep getroffen aanvullende pensioenregeling waarin deelneming voor alle beroepsgenoten door de overheid verplicht is gesteld, een onderneming is in de zin van de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag.
- 103 Volgens het Fonds en de regeringen die overeenkomstig artikel 20 van 's Hofs Statuut-EG opmerkingen hebben ingediend, is een dergelijk fonds geen onderneming in de zin van de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag. Zij verwijzen in dit verband naar de diverse kenmerken van het beroepspensioenfonds en de aanvullende pensioenregeling die het beheert.
- 104 In de eerste plaats heeft de verplichte aansluiting van alle beoefenaren van een vrij beroep bij een aanvullende pensioenregeling, althans bij het voornaamste onderdeel van zo'n regeling, een essentiële sociale functie in het Nederlandse pensioenstelsel, wegens het bijzonder lage wettelijke pensioen, dat gekoppeld is aan het wettelijk minimumloon. Wanneer door de leden van een beroepsgroep een aanvullende pensioenregeling wordt getroffen en de aansluiting daarbij door de overheid verplicht wordt gesteld, is deze regeling een onderdeel van het Nederlandse stelsel van sociale bescherming, en moet het met het beheer ervan belaste beroepspensioenfonds worden geacht mee te werken aan het beheer van de openbare dienst der sociale zekerheid.
- 105 In de tweede plaats heeft het beroepspensioenfonds geen winstoogmerk. De beheerskosten van zo'n fonds zijn lager dan die van de levensverzekeringsmaatschappijen en de opbrengsten komen aan de verzekerden ten goede in de vorm van een verhoging van hun pensioenrechten. De beroepsorganisatie die het

initiatief tot de oprichting van het fonds heeft genomen, heeft direct greep op de uitvoering van de pensioenregeling, doordat de bestuursleden van het fonds door haar worden benoemd en ontslagen. Bovendien staat het beheer van het fonds onder toezicht van de overheid, in casu de Verzekeringskamer.

- 106 In de derde plaats functioneert het beroepspensioenfonds op basis van solidariteit. Deze komt tot uiting in de verplichting alle beroepsgenoten zonder voorafgaand medisch onderzoek te accepteren, de voortzetting van de pensioenopbouw met premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, de backserviceregeling voor de aangeslotenen en de waardevastheidsindexatie van de pensioenbedragen. Het solidariteitsbeginsel blijkt voorts uit het feit dat de hoogte van de door het fonds geheven premie los staat van de leeftijd waarop de betrokkene het beroep is gaan uitoefenen en van zijn gezondheidstoestand op de datum van zijn aansluiting. Voor deze solidariteit is de verplichte aansluiting van alle beroepsgenoten bij de aanvullende pensioenregeling onontbeerlijk. Indien de „goede” risico's niet zouden deelnemen, zou dit leiden tot een neerwaartse spiraal, die het financiële evenwicht van het stelsel in gevaar zou brengen.
- 107 Gelet op het voorgaande zijn het Fonds en de regeringen die opmerkingen hebben ingediend, van mening, dat het Fonds een met het beheer van een socialezekerheidsstelsel belast orgaan is, gelijk de organen waarom het ging in het arrest Poucet en Pistre, reeds aangehaald, en anders dan het orgaan dat aan de orde was in het arrest *Fédération française des sociétés d'assurance e.a.*, reeds aangehaald, en dat werd aangemerkt als een onderneming in de zin van de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag.
- 108 Zoals in de context van het communautaire mededingingsrecht in punt 74 van het onderhavige arrest is gememoreerd, heeft het Hof vastgesteld, dat het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.

- 109 Voorts oordeelde het Hof in punt 19 van het arrest Poucet en Pistre, reeds aangehaald, dat organen die belast zijn met het beheer van bepaalde verplichte, op het solidariteitsbeginsel gebaseerde socialezekerheidsstelsels, niet onder dat begrip vielen. Allereerst waren de uitkeringen in het stelsel van ziekte- en moederschapsverzekering waarover het in die zaak moest oordelen, voor alle aangeslotenen gelijk, al waren de bijdragen evenredig aan het inkomen; voorts werd in het stelsel van ouderdomsverzekering de financiering van de ouderdomspensioenen verzekerd door de actieve werknemers, en bovendien waren de wettelijk vastgestelde pensioenrechten niet evenredig aan de aan het stelsel betaalde bijdragen; ten slotte droegen de stelsels met een overschot bij aan de financiering van stelsels met structurele financiële problemen. Voor deze solidariteit was noodzakelijk, dat de verschillende stelsels door één orgaan werden beheerd en dat de aansluiting bij die stelsels verplicht was.
- 110 Daarentegen verklaarde het Hof in het arrest *Fédération française des sociétés d'assurance e.a.*, reeds aangehaald, voor recht, dat een orgaan zonder winstoogmerk, dat is belast met het beheer van een als aanvulling van een verplicht basisstelsel bedoeld stelsel van ouderdomsverzekering, dat bij wet als facultatief stelsel is ingevoerd en werkt volgens het kapitalisatiebeginsel, een onderneming is in de zin van de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag. De facultatieve deelneming, de toepassing van het kapitalisatiebeginsel en het feit dat de uitkeringen uitsluitend afhingen van de hoogte van de door de rechthebbenden betaalde premies en van de opbrengsten van de door het beheersorgaan verrichte beleggingen, betekenden dat dit orgaan een economische activiteit uitoefende en daarbij concurreerde met de levensverzekeringsmaatschappijen. Noch het nastreven van een sociaal doel, noch het ontbreken van winstoogmerk, noch de vereisten van solidariteit, noch de andere regels met name betreffende de door het beheersorgaan bij beleggingen in acht te nemen beperkingen, ontnamen aan de door het beheersorgaan verrichte activiteit haar economisch karakter.
- 111 Op basis van het arrest *Fédération française des sociétés d'assurance e.a.*, reeds aangehaald, verklaarde het Hof in de arresten Albany, Brentjens en Drijvende Bokken, reeds aangehaald, voor recht, dat een pensioenfonds dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, dat is opgericht bij collectieve overeenkomst tussen de representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties

in een bedrijfstak, en waarin deelneming voor alle werknemers in de bedrijfstak door de overheid verplicht is gesteld, een onderneming is in de zin van de artikelen 85 en volgende van het Verdrag.

- 112 Het Hof kwam tot die conclusie op grond van de constatering, dat het bedrijfspensioenfonds waarover het ging in de in het vorige punt aangehaalde arresten zelf de hoogte van de premies en de uitkeringen bepaalde en werkte volgens het kapitalisatiebeginsel, en dat derhalve, anders dan de uitkeringen die werden verstrekt door de organen belast met het beheer van de verplichte stelsels van sociale zekerheid waarop het arrest Poucet en Pistre, reeds aangehaald, betrekking had, de hoogte van de door het fonds verstrekte uitkeringen afhing van de opbrengsten van zijn beleggingen, die evenals die van verzekeringsmaatschappijen onder toezicht stonden van de Verzekeringskamer. Voorts betekende het feit dat het bedrijfspensioenfonds onder bepaalde omstandigheden gehouden of bevoegd was ondernemingen vrij te stellen van de deelnemingsplicht, dat dit fonds een economische activiteit verrichtte en daarbij met de verzekeringsmaatschappijen concurreerde (zie reeds aangehaalde arresten Albany, punten 81-84; Brentjens, punten 81-84, en Drijvende Bokken, punten 71-74).
- 113 Dit geldt eveneens voor het in casu in geding zijnde beroepspensioenfonds.
- 114 Het Fonds bepaalt immers zelf de hoogte van de premies en de uitkeringen en werkt volgens het kapitalisatiebeginsel. Derhalve hangt de hoogte van de door het Fonds verstrekte uitkeringen af van de opbrengsten van zijn beleggingen, die evenals die van een verzekeringsmaatschappij onder toezicht staan van de Verzekeringskamer.
- 115 Uit deze kenmerken, en bovendien uit het feit dat de medisch specialisten hun normpensioen naar keuze bij het Fonds of bij een toegelaten verzekeringsmaatschappij kunnen onderbrengen, en dat het Fonds bepaalde categorieën medisch specialisten voor de overige onderdelen van de pensioenregeling van deelneming

kan vrijstellen, volgt dat het Fonds een economische activiteit verricht en daarbij met de verzekeringsmaatschappijen concurreert.

- 116 Derhalve moet worden geconcludeerd, dat een orgaan als het Fonds een onderneming is in de zin van de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag.
- 117 Het ontbreken van winstoogmerk, alsmede de solidariteitsaspecten waarop het Fonds en de interveniërende regeringen wijzen, zijn niet voldoende om het Fonds zijn hoedanigheid van onderneming in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag te ontnemen (zie reeds aangehaalde arresten Albany, punt 85; Brentjens, punt 85, en Drijvende Bokken, punt 75).
- 118 Weliswaar zou door het nastreven van een sociaal doel, de eerdergenoemde solidariteitsaspecten en de beperkingen of controles inzake de investeringen van het Fonds, de door het Fonds verrichte dienst minder concurrerend kunnen zijn dan de vergelijkbare dienstverrichting van de verzekeringsmaatschappijen, maar dergelijke belemmeringen beletten niet, dat de activiteit van het Fonds als een economische activiteit is te beschouwen. Wel zouden zij het uitsluitend recht van een dergelijk orgaan om een aanvullende pensioenregeling te beheren, kunnen rechtvaardigen (zie reeds aangehaalde arresten Albany, punt 86; Brentjens, punt 86, en Drijvende Bokken, punt 76).
- 119 Op de eerste vraag moet dus worden geantwoord, dat een pensioenfonds als in het hoofdgeding aan de orde is, dat zelf de hoogte van de premies en de uitkeringen bepaalt en dat werkt volgens het kapitalisatiebeginsel, dat belast is met het beheer van een door een representatieve organisatie van beoefenaren van

een vrij beroep getroffen aanvullende pensioenregeling waarin deelneming door de overheid voor alle beroepsgenoten verplicht is gesteld, een onderneming is in de zin van de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag.

### De derde vraag

- 120 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of de artikelen 86 en 90 van het Verdrag eraan in de weg staan, dat de overheid een pensioenfonds het uitsluitend recht verleent de aanvullende pensioenregeling van de beoefenaren van een vrij beroep te beheren.
- 121 Uit het antwoord op de eerste vraag volgt, dat het Fonds wat het normpensioen betreft een onderneming is in de zin van de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag en daarbij met de verzekeringsmaatschappijen concurreert. Voor dat onderdeel van de aanvullende pensioenregeling heeft het Fonds dus geen uitsluitend recht in de zin van artikel 90, lid 1, van het Verdrag.
- 122 Daarentegen betekent het besluit van de overheid om de deelneming in het Fonds verplicht te stellen voor het tweede onderdeel van de pensioenregeling, dat bestaat uit de indexeringsregeling, de backserviceregeling, de voortzetting van de pensioenopbouw in geval van arbeidsongeschiktheid, en het aanvullend nabestaandenpensioen, noodzakelijkerwijs dat het Fonds het uitsluitend recht krijgt de voor de opbouw van deze rechten betaalde premies te innen en te beheren. Een dergelijk fonds moet dan ook worden beschouwd als een onderneming waaraan door de overheid uitsluitende rechten zijn verleend in de zin van artikel 90, lid 1, van het Verdrag.

- 123 Derhalve moet worden onderzocht, of het Fonds een machtspositie heeft op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.
- 124 Het Fonds en de Nederlandse regering stellen in dit verband, dat het Fonds geen machtspositie heeft in de zin van artikel 86 van het Verdrag. De markt van aanvullende pensioenen voor in Nederland gevestigde zelfstandige medisch specialisten is geen afzonderlijke dienstenmarkt ten opzichte van het geheel van aanvullende pensioenen in die lidstaat.
- 125 In dit verband kan worden volstaan met vast te stellen dat, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, de verlening aan het Fonds van het uitsluitend recht van beheer van het tweede onderdeel van de aanvullende beroepspensioenregeling van de in Nederland gevestigde medisch specialisten tot gevolg heeft, dat zij dit deel van hun pensioenregeling niet bij een andere verzekeraar kunnen plaatsen.
- 126 Het Fonds bezit dus een wettelijk monopolie voor de levering van bepaalde diensten op verzekeringsgebied voor een bepaald beroep in een lidstaat en daarmee op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt. Het moet dan ook worden geacht een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag in te nemen (zie arresten van 10 december 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, C-179/90, Jurispr. blz. I-5889, punt 14, en 13 december 1991, *GB-Inno-BM*, C-18/88, Jurispr. blz. I-5941, punt 17).
- 127 Daaraan moet echter worden toegevoegd, dat het enkele feit dat door het verlenen van uitsluitende rechten als bedoeld in artikel 90, lid 1, van het Verdrag

een machtspositie wordt gecreëerd, als zodanig niet onverenigbaar is met artikel 86 van het Verdrag. Een lidstaat handelt slechts in strijd met de in deze twee bepalingen vervatte verboden, wanneer de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van de haar toegekende uitsluitende rechten misbruik van haar machtspositie maakt, of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht (arrest Höfner en Elser, reeds aangehaald, punt 29; arrest van 18 juni 1991, ERT, C-260/89, Jurispr. blz. I-2925, punt 37; arrest *Merci convenzionali porto di Genova*, reeds aangehaald, punten 16 en 17; arresten van 5 oktober 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle*, C-323/93, Jurispr. blz. I-5077, punt 18, en 12 februari 1998, *Raso e.a.*, C-163/96, Jurispr. blz. I-533, punt 27). Blijkens punt 31 van het arrest Höfner en Elser, reeds aangehaald, is van een dergelijk met artikel 90, lid 1, van het Verdrag strijdig misbruik met name sprake, wanneer een lidstaat aan een onderneming een uitsluitend recht verleent om bepaalde activiteiten te verrichten en een situatie in het leven roept waarin deze onderneming kennelijk niet in staat is aan de vraag van de markt naar dergelijke activiteiten te voldoen.

- 128 Noch uit de door de nationale rechter overgelegde gegevens, noch uit de schriftelijke of mondelinge opmerkingen van het Fonds, de regeringen die hebben geïntervenieerd of de Commissie, blijkt evenwel dat het Fonds door de enkele uitoefening van het hem toegekende uitsluitende recht tot misbruik van zijn machtspositie is gebracht, of dat de door het Fonds aangeboden pensioenuitkeringen niet voldoen aan de behoeften van de medisch specialisten.
- 129 In dit verband moet worden opgemerkt, dat Pavlov e.a. niet de wens te kennen hadden gegeven, hun aanvullend pensioen bij een verzekeringsmaatschappij onder te brengen; zij stelden dat zij niet onder het Fonds vielen, maar onder een ander beroepspensioenfonds, waarin deelneming eveneens verplicht was gesteld.
- 130 Mitsdien moet op de derde vraag worden geantwoord, dat de artikelen 86 en 90 van het Verdrag er niet aan in de weg staan, dat de overheid een pensioenfonds het uitsluitend recht verleent om de aanvullende pensioenregeling van de beoefenaren van een vrij beroep te beheren.

## Kosten

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

### HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende op de door het Kantongerecht te Nijmegen bij vonnissen van 8 mei 1998 gestelde vragen, verklaart voor recht:

- 1) De artikelen 5 en 85 EG-Verdrag (thans de artikelen 10 EG en 81 EG) staan niet in de weg aan een besluit van de overheid om op verzoek van een representatieve organisatie van beoefenaren van een vrij beroep de deelneming in een beroepspensioenfonds verplicht te stellen.
- 2) Een pensioenfonds als in de hoofdgedingen aan de orde is, dat zelf de hoogte van de premies en de uitkeringen bepaalt en dat werkt volgens het

kapitalisatiebeginsel, dat belast is met het beheer van een door een representatieve organisatie van beoefenaren van een vrij beroep getroffen aanvullende pensioenregeling waarin deelneming door de overheid voor alle beroepsgenoten verplicht is gesteld, is een onderneming in de zin van de artikelen 85 van het Verdrag, 86 en 90 EG-Verdrag (thans de artikelen 82 EG en 86 EG).

- 3) De artikelen 86 en 90 van het Verdrag staan er niet aan in de weg, dat de overheid een pensioenfonds het uitsluitend recht verleent om de aanvullende pensioenregeling van de beoefenaren van een vrij beroep te beheren.

Rodríguez Iglesias	Moitinho de Almeida	Edward	
Sevón	Schintgen	Kapteyn	Gulmann
	Puissochet	Wathelet	

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 12 september 2000.

De griffier

R. Grass

De president

G. C. Rodríguez Iglesias