

**Interdepartementale Commissie  
Europees Recht (ICER)**

Aan:

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,  
Postbus 90801  
2509 LV DEN HAAG

**Datum**

1 mei 2000

**Doorkiesnummer**

(070) 370 68 99

**Onderwerp**

Advies inzake de communautaire mededingingsaspecten van de verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds

In een drietal Nederlandse prejudiciële zaken heeft het Hof van Justitie van de EG zich uitgesproken over de vraag of de door de Nederlandse overheid verplicht gestelde deelneming in een bedrijfspensioenfonds verenigbaar is met het communautaire mededingingsrecht, en of, in dat licht bezien, een bedrijfspensioenfonds kan worden gekwalificeerd als onderneming. (arresten van 21 september 1999, zaak C-67/96, Albany International BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie; gevoegde zaken C-115/97, C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen; en zaak C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken BV tegen Stichting Pensioenfonds voor de Vervoeren Havenbedrijven).

In deze arresten heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard:

- 1) *Het besluit van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bepaalde bedrijfstak*

*in het kader van een collectieve overeenkomst, om in die bedrijfstak één bedrijfspensioenfonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, en de overheid te verzoeken de deelneming in dit fonds voor alle werknemers in die bedrijfstak verplicht te stellen, valt niet onder artikel 85 EG-Verdrag (thans artikel 81 EG).*

- 2) *De artikelen 3, sub g, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3, lid 1, sub g, EG), 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) en 85 van het Verdrag staan niet in de weg aan een besluit van de overheid om, op verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak, de aansluiting bij een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen.*
- 3) *Een pensioenfonds dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, dat is opgericht bij collectieve overeenkomst tussen de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak en waarin deelneming voor alle werknemers in de bedrijfstak door de overheid verplicht is gesteld, is een onderneming in de zin van de artikelen 85 en volgende van het Verdrag.*
- 4) *De artikelen 86 en 90 EG-Verdrag (thans artikelen 82 EG en 86 EG) staan er niet aan in de weg, dat de overheid een pensioenfonds een uitsluitend recht verleent in een bepaalde bedrijfstak een aanvullende pensioenregeling te beheren.*

In dit advies wordt slechts ingegaan op de betekenis van deze arresten voor pensioenfonds en pensioenregelingen die tot stand komen in overleg tussen sociale partners. Buiten beschouwing blijven hier de eventuele gevolgen van deze arresten voor collectieve arbeidsovereenkomsten. In dit verband verdient opmerking dat bij het Hof van Justitie nog in behandeling is een prejudiciële vraag over de verenigbaarheid met het mededingingsrecht van een onderdeel van een collectieve arbeidsovereenkomst (zaak C-222/98, H. van der Woude tegen Stichting Beatrixoord).

In dit advies worden de essentiële elementen van deze uitspraken belicht en gezien op de gevolgen ervan voor de toepassing van het Europees recht op dergelijke instellingen, alsmede de beleidsruimte die deze uitspraken de Nederlandse overheid laten ten aanzien van bedrijfspensioenfonds.

De ICER stelt vast dat het Hof van Justitie in de onderhavige arresten de vrijheid van de sociale

partners respecteert om afspraken te maken gericht op de verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers zonder daarbij te worden beperkt door het mededingingsrecht. In het verlengde daarvan ligt de vrijheid van de lidstaten om dergelijke afspraken verplicht op te leggen aan niet-georganiseerde werkgevers en werknemers, als onderdeel van hun sociaal beleid.

De ICER heeft op basis van haar analyse de volgende conclusies uit de arresten getrokken.

1. Een overeenkomst die is gesloten op basis van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties en die als directe doelstelling heeft de verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers, moet wegens haar aard en doel worden geacht niet onder artikel 81, lid 1, EG te vallen. Uit de arresten kan niet worden afgeleid of overeenkomsten die onderwerpen regelen die niet of niet rechtstreeks verband houden met de verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden binnen de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG zouden vallen. Het gaat hier om een grijs gebied. In een concreet geval moet daarom worden onderzocht of aard en doel van de in geding zijnde overeenkomst rechtvaardigen dat deze wegens de sociale doelstelling ervan buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG valt.
2. De vaststelling dat bedrijfspensioenfondsen als ondernemingen worden aangemerkt brengt met zich mee dat op hen in beginsel de mededingingsregels van toepassing zijn. Dit betekent onder meer dat de bedrijfspensioenfondsen zich bij het verrichten van hun activiteiten ervan bewust zullen moeten zijn dat zij geen mededingingsbeperkende afspraken mogen maken en zich moeten onthouden van het maken van misbruik van de machtspositie die zij hebben, indien sprake is van verplichtgestelde deelneming.
3. De kwalificatie als onderneming brengt niet met zich mee dat pensioenfondsen ook een bepaalde rechtspersoonlijkheid zouden moeten aannemen. In de rechtspraak van het Hof is iedere eenheid die een economische activiteit uitoefent een onderneming, ongeacht de rechtsvorm.

4. Overheidsingrijpen als verplichtstelling van deelneming in een pensioenregeling valt slechts buiten het mededingingsrecht, indien ook de (bepalingen van) collectieve overeenkomsten waarop zij betrekking hebben niet onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG vallen. Door de verplichting tot deelneming aan een pensioenregeling krijgt het desbetreffende pensioenfonds exclusieve rechten en daarmee een economische machtspositie. Een economische machtspositie is op zichzelf niet in strijd met artikel 82 EG. Daarvoor moet ook sprake zijn van misbruik van die machtspositie. Een overheid handelt echter alleen in strijd met artikel 86, lid 1, juncto artikel 82 EG, als het betrokken pensioenfonds door de enkele uitoefening van de haar toegekende exclusieve rechten misbruik maakt van haar machtspositie, of dat die rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht. Het Hof laat ten aanzien van de beoordeling van de noodzaak tot verplichtstelling van deelneming in een pensioenregeling een aanmerkelijke beoordelingsvrijheid aan de lidstaten.
5. De bevoegdheid van pensioenfonds om zelf te oordelen over de vrijstellingsmogelijkheid levert geen potentieel misbruik van machtspositie op. Wel moet een beslissing terzake kunnen worden getoetst door de rechter, waarbij deze op zijn minst moet nagaan of het fonds geen willekeurig gebruik heeft gemaakt van zijn vrijstellingsbevoegdheid en of het bij zijn beslissing het non-discriminatiebeginsel en de overige wettigheidsvoorwaarden in acht heeft genomen. Gelet op het feit dat tegen besluiten van een pensioenfonds inzake vrijstelling van verplichte deelneming de administratieve rechtsgang openstaat, is de rechtsbescherming tegen dergelijke besluiten voldoende geregeld. Wel is explicitering van deze administratieve rechtsgang in de wet gewenst.
6. De overheid kan zelf beoordelen, met het oog op het waarborgen van een minimumpensioenbescherming, of hij gevolg wil geven aan een verzoek om verplichtstelling. Het Hof laat het over aan de lidstaten te onderzoeken of wellicht ook kan worden volstaan met minder vergaande maatregelen dan verplichtstelling van de deelneming in een bepaalde pensioenregeling, zoals het stellen van minimumeisen aan een pensioenregeling die kan worden ondergebracht bij een verzekeringsmaatschappij naar keuze.

7. Bij de beoordeling van een verzoek om verplichtstelling hoeft de overheid de uit te voeren pensioenregeling niet specifiek op solidariteitsaspecten te toetsen. Dit geldt evenzeer bij een tussentijdse wijziging van de pensioenregeling. Uiteraard zal een regeling wel aan de vereisten van de Pensioen- en Spaarfondsenwet moeten voldoen.
8. De arresten bieden onvoldoende aanknopingspunten voor een beoordeling van de verenigbaarheid van de door bedrijfspensioenfondsen aangeboden facultatieve producten met de mededingingsvoorschriften.

### **Aanbeveling**

Op grond van conclusie 5 adviseert de ICER bij gelegenheid van de herziening van de Wet houdende vaststelling van een regeling betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (Wet Bpf) duidelijkheid te creëren omtrent het feit dat tegen een vrijstellingsbeslissing een administratieve rechtsgang openstaat.

Tot slot beveelt de ICER aan dit advies onder de aandacht van mede-betrokken ministers en bedrijfspensioenfondsen te brengen.

Namens de Interdepartementale Commissie Europees Recht,

Th.J.A.M. de Bruijn,  
eerste voorzitter

G.N. Roes  
tweede voorzitter

*Postadres Secretariaat ICER:  
Kamer 4A63  
Postbus 20061  
2500 EB Den Haag  
Fax: 070-348 51 28*



## **Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER)**

**Onderwerp:** Advies inzake de communautaire mededingingsaspecten van de verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds

**Datum:** 1 mei 2000

### **1. Inleiding**

In een drietal Nederlandse prejudiciële zaken heeft het Hof van Justitie van de EG zich uitgesproken over de vraag of de door de Nederlandse overheid verplicht gestelde deelneming in een bedrijfspensioenfonds verenigbaar is met het communautaire mededingingsrecht, en of, in dat licht bezien, een bedrijfspensioenfonds kan worden gekwalificeerd als onderneming (arresten van 21 september 1999, zaak C-67/96, Albany International BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie; gevoegde zaken C-115/97, C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen; en zaak C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken BV tegen Stichting Pensioenfonds voor de Vervoeren Havenbedrijven).

In deze arresten heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard:

- 1. Het besluit van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bepaalde bedrijfstak in het kader van een collectieve overeenkomst, om in die bedrijfstak één bedrijfspensioenfonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, en de overheid te verzoeken de deelneming in dit fonds voor alle werknemers in die bedrijfstak verplicht te stellen, valt niet onder artikel 85 EG-Verdrag (thans artikel 81 EG).*
- 2. De artikelen 3, sub g, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3, lid 1, sub g, EG), 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) en 85 van het Verdrag staan niet in de weg aan een besluit van de overheid om, op verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak, de aansluiting bij een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen.*
- 3. Een pensioenfonds dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, dat is opgericht bij collectieve overeenkomst tussen de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak en waarin deelneming voor alle werknemers in de bedrijfstak door de overheid verplicht is gesteld, is een onderneming in de zin van de artikelen 85 en volgende van het Verdrag.*
- 4. De artikelen 86 en 90 EG-Verdrag (thans artikelen 82 EG en 86 EG) staan er niet aan in de weg, dat de overheid een pensioenfonds een uitsluitend recht verleent in een bepaalde bedrijfstak een aanvullende pensioenregeling te beheren.*

In dit advies wordt slechts ingegaan op de betekenis van deze arresten voor pensioenfonds en pensioenregelingen die tot stand komen in overleg tussen sociale partners. Buiten beschouwing blijven hier de eventuele gevolgen van deze arresten voor collectieve arbeidsovereenkomsten. In

dit verband verdient opmerking dat bij het Hof van Justitie nog in behandeling is een prejudiciële vraag over de verenigbaarheid met het mededingingsrecht van een onderdeel van een collectieve arbeidsovereenkomst (zaak C-222/98, H. van der Woude tegen Stichting Beatrixoord).

In dit advies worden de essentiële elementen van deze uitspraken belicht en gezien op de gevolgen ervan voor de toepassing van het Europees recht op dergelijke instellingen, alsmede de beleidsruimte die deze uitspraken de Nederlandse overheid laten ten aanzien van bedrijfspensioenfondsen.

Achtereenvolgens komen aan de orde een korte schets van het Nederlandse pensioenstelsel (2), een samenvatting van de overwegingen van het Hof (3), een analyse van de algemene gevolgen van de arresten (4), een beschouwing over enkele concrete vraagstukken (5,6,7 en 8) alsmede conclusies (9) en een aanbeveling (10).

In dit advies wordt, anders dan in de arresten, uitsluitend verwezen naar de nieuwe nummering van het EG-Verdrag. Een beknopte transponeringstabel is als bijlage bijgevoegd.

## **2. Het Nederlandse pensioenstelsel**

Het Nederlandse pensioenstelsel rust op drie pijlers. De eerste bestaat uit een wettelijk basispensioen, dat door de staat wordt verstrekt uit hoofde van de Algemene Ouderdomswet (hierna: „AOW”) en de Algemene Nabestaandenwet. De AOW geeft de gehele bevolking recht op een pensioen, onafhankelijk van het voorheen genoten salaris en berekend op basis van het wettelijk minimumloon. De Anw geeft indien wordt voldaan aan de daarin gestelde voorwaarden recht op een nabestaandenpensioen.

De tweede pijler omvat de aanvullende pensioenen, die - wat werknemers betreft - worden toegezegd door de werkgever en verband houden met de arbeidsverhouding. In de meeste gevallen vormen zij een aanvulling op het wettelijk basispensioen. Deze aanvullende pensioenen worden meestal in het kader van collectieve regelingen ondergebracht bij een pensioenfonds (ondernemings- of bedrijfspensioenfonds) of verzekeraar. In het geval van een bedrijfspensioenfonds (werkzaam voor de gehele bedrijfstak) is op verzoek van sociale partners verplichtstelling voor die bedrijfstak mogelijk, krachtens de wet van 17 maart 1949 houdende vaststelling van een regeling betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (hierna: „Wet Bpf”).

De derde pijler wordt gevormd door de individuele pensioen- of levensverzekeringsovereenkomsten die vrijwillig kunnen worden afgesloten.

Behalve onder de Wet Bpf vallen de bedrijfspensioenfonds waarin deelneming verplicht is gesteld, onder de wet van 15 mei 1952 houdende regelen betreffende pensioen- en spaarvoorzieningen (de nadien herhaaldelijk gewijzigde Pensioen- en spaarfondsenwet; hierna: „PSW”). De PSW heeft tot doel, zoveel mogelijk te waarborgen dat aan werknemers gedane pensioentoezeggingen inderdaad worden nagekomen. Tevens bevat de PSW algemene solidariteitsvereisten (geen medische keuringen, recht op waarde-overdracht, premievrije aanspraken bij ontslag, verevening van pensioenrechten bij echtscheiding en gelijke behandeling van voltijd- en deeltijdwerkers).

## **3. Samenvatting van de arresten**

Het feitencomplex van de arresten is nagenoeg gelijk. Het betreft werkgevers die door de desbetreffende pensioenfonds worden aangeslagen voor de betaling van achterstallige



premies. Tegen deze vorderingen is verweer gevoerd, onder meer met een beroep op het Europees mededingingsrecht. Het Hof heeft de zaken gezamenlijk behandeld en in drie arresten met een gelijklopende inhoud afgedaan. Het arrest Brentjens' bevat daarnaast een beschouwing over de ontvankelijkheid van het verzoek van de verwijzende rechter. Op dit onderdeel wordt hier verder niet ingegaan.

### *3.1. Oprichting bedrijfspensioenfondsen niet in strijd met artikel 81 EG*

Allereerst behandelt het Hof de vraag of het besluit van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bepaalde bedrijfstak in het kader van een collectieve overeenkomst, om in die bedrijfstak één bedrijfspensioenfonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, en de overheid te verzoeken de deelneming in dit fonds voor alle werknemers in die bedrijfstak verplicht te stellen, in strijd is met artikel 81 EG. Gesteld kan immers worden dat het verzoek van de sociale partners om de deelneming in een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen, een met artikel 81, lid 1, EG strijdige overeenkomst tussen ondernemingen in de betrokken bedrijfstak vormt.

Artikel 81, lid 1, EG verbiedt alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen 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. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig.

Het Hof wijst er in de eerste plaats op dat het optreden van de Gemeenschap naast beleid op het gebied van de mededinging ook beleid omvat op sociaal gebied: de bevordering van een harmonische en evenwichtige ontwikkeling van de economische activiteit en van een hoog niveau van werkgelegenheid en sociale bescherming (artikel 2 en 3 EG). Daaronder valt tevens het bevorderen van de sociale dialoog tussen sociale partners (artikel 138 EG). Deze dialoog kan vervolgens tot contractuele betrekkingen leiden, waarvan de tenuitvoerlegging op verzoek van de ondertekenende partijen door een besluit van de Raad kan geschieden (artikel 139 EG).

Hoewel een zekere mededingingsbeperkende werking eigen is aan collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties, zou de verwezenlijking van de met dergelijke overeenkomsten nagestreefde doelstellingen van sociale politiek volgens het Hof ernstig worden belemmerd indien de sociale partners bij hun gezamenlijke inspanning de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren, zich aan artikel 81, lid 1, EG moesten houden. Uit een nuttige en coherente uitlegging van de bepalingen van het Verdrag, gelezen in hun onderling verband, volgt volgens het Hof dat overeenkomsten die, met dergelijke doelstellingen, in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten, wegens hun aard en hun doel moeten worden geacht niet onder artikel 81, lid 1, EG te vallen.

Daarom moet volgens het Hof worden onderzocht of aard en doel van de in geding zijnde overeenkomst rechtvaardigen dat deze buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG valt. *In casu* oordeelt het Hof dat aard en doel van de overeenkomst rechtvaardigen dat deze buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG valt. De overeenkomst, juist zoals de categorie van bovenbedoelde, uit de sociale dialoog voortgekomen overeenkomsten, is gesloten in de vorm van een collectieve overeenkomst en is het resultaat van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties. De overeenkomst heeft voorts tot doel een aanvullende pensioenregeling voor een bepaalde bedrijfstak in het leven te roepen, beheerd door een pensioenfonds waarbij aansluiting verplicht kan worden gesteld. Een dergelijke regeling beoogt

over het geheel genomen, aan alle werknemers in de bedrijfstak een bepaald pensioenniveau te verzekeren, en draagt daarmee rechtstreeks bij aan de verbetering van een van de arbeidsvoorwaarden van die werknemers, namelijk hun beloning.

### *3.2. Verplichtstelling niet in strijd met artikel 3, sub g, 10 en 81 EG*

Vervolgens onderzoekt het Hof de vraag of de artikelen 3, sub g, 10 en 81 EG in de weg staan aan een besluit van de overheid om, op verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak, de deelneming in een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen.

Volgens de betrokken werkgevers zou de Nederlandse overheid, door een wettelijk kader te creëren en het verzoek van de sociale partners tot verplichte deelneming in het bedrijfspensioenfonds te honoreren, de totstandkoming en de werking van met artikel 81, lid 1, EG strijdige overeenkomsten tussen de in de bedrijfstak werkzame ondernemingen bevorderen of versterken en daarmee in strijd handelen met de artikelen 3, sub g, 10 en 81 EG.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof verplicht artikel 81 EG, gelezen in samenhang met artikel 10 EG, de lidstaten geen maatregelen, ook niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, te nemen of te handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Dit doet zich volgens diezelfde rechtspraak voor, wanneer een lidstaat de totstandkoming van met artikel 81 van het Verdrag strijdige mededingingsregelingen oplegt of stimuleert dan wel de werking ervan versterkt of aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen.

Het Hof overweegt evenwel als volgt. Het verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties aan de overheid de aansluiting bij het door hen opgerichte pensioenfonds verplicht te stellen, past in een in verscheidene lidstaten bestaand stelsel voor de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid op sociaal gebied. Aangezien de in geding zijnde overeenkomst zoals blijkt uit het antwoord op de eerste vraag niet onder artikel 81, lid 1, EG valt, zijn de lidstaten vrij die aansluiting verplicht te stellen voor personen die niet door de overeenkomst gebonden zijn. Het besluit van de overheid de deelneming aan een dergelijk pensioenfonds verplicht te stellen, is dus niet te beschouwen als een handeling die de totstandkoming van met artikel 81 EG strijdige mededingingsregelingen oplegt of stimuleert dan wel de werking ervan versterkt.

### *3.3. Pensioenfonds is onderneming in de zin van de artikelen 81, 82 en 90 EG*

De vraag of een pensioenfonds dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, dat is opgericht bij collectieve overeenkomst tussen de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak en waarin deelneming voor alle werknemers in de bedrijfstak door de overheid verplicht is gesteld, een onderneming is in de zin van de artikelen 81 EG en volgende, beantwoordt het Hof bevestigend.

Het begrip onderneming omvat elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.

Het Hof constateert dat het bedrijfspensioenfonds zelf de hoogte van de premies en de uitkeringen bepaalt en dat het werkt volgens het kapitalisatiebeginsel. De hoogte van de door het Pensioenfonds verstrekte uitkeringen hangt af van de opbrengsten van zijn beleggingen, die evenals die van verzekeringsmaatschappijen onder toezicht staan van de Verzekeringskamer.

Voorts is een bedrijfspensioenfonds blijkens artikel 5 Wet Bpf en de artikelen 1 en 5 van de vrijstellingsrichtlijnen gehouden een onderneming vrij te stellen van de deelnemingsplicht,

wanneer zij haar werknemers reeds ten minste zes maanden vóór de indiening van het verzoek naar aanleiding waarvan de deelneming aan het bedrijfspensioenfonds verplicht is gesteld, had verzekerd van een pensioenregeling die hen rechten verleent die ten minste gelijkwaardig zijn aan die welke zij bij deelneming aan het bedrijfspensioenfonds zouden verwerven. Bovendien kan dit fonds ingevolge artikel 1 van de richtlijnen een onderneming vrijstelling verlenen wanneer deze haar werknemers een pensioenregeling verzekert die hen rechten verleent welke ten minste gelijkwaardig zijn aan die van het fonds, mits in geval van uittreding uit het fonds een naar het oordeel van de Verzekeringskamer redelijke compensatie wordt geboden voor eventueel uit die uittreding voor het fonds voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel.

Dit betekent, dat een bedrijfspensioenfonds een economische activiteit verricht en daarbij met verzekeringsmaatschappijen concurreert.

In die omstandigheden zijn volgens het Hof het ontbreken van winstoogmerk, alsmede de solidariteitsaspecten waarop het Pensioenfonds en de regeringen zich hebben beroepen, niet voldoende om het bedrijfspensioenfonds zijn hoedanigheid van onderneming in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag te ontnemen. Weliswaar zou door het nastreven van een sociaal doel, de eerdergenoemde solidariteitsaspecten en de beperkingen of controles op de investeringen van het bedrijfspensioenfonds de door dit fonds verrichte dienst minder concurrerend kunnen zijn dan de vergelijkbare dienstverrichting van de verzekeringsmaatschappijen, maar dergelijke voorwaarden beletten niet, dat de activiteit van het fonds als een economische activiteit is te beschouwen. Wel zouden zij volgens het Hof het uitsluitend recht van een dergelijk orgaan om een aanvullende pensioenregeling te beheren, kunnen rechtvaardigen.

#### *3.4. Verplichtstelling niet in strijd met artikelen 82 en 86 EG*

De laatste vraag die het Hof behandelt, is of de artikelen 82 en 86 EG eraan in de weg staan, dat de overheid een pensioenfonds een uitsluitend recht verleent in een bepaalde bedrijfstak een aanvullende pensioenregeling te beheren.

De Nederlandse regering stelde dat het Besluit verplichte deelneming uitsluitend tot gevolg heeft, dat de werknemers van de betrokken bedrijfstak verplicht worden deel te nemen in het Pensioenfonds. Het besluit verleent het Pensioenfonds geen uitsluitend recht op het gebied van de aanvullende pensioenen. Het Pensioenfonds heeft ook geen machtspositie in de zin van artikel 82 EG.

Allereerst wijst het Hof erop, dat een besluit van de overheid om, zoals in casu, de deelneming in een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen, noodzakelijkerwijs betekent, dat dit fonds het uitsluitend recht krijgt de voor de opbouw van pensioenrechten betaalde premies te innen en te beheren. Een dergelijk fonds moet dan ook worden beschouwd als een onderneming waaraan door de overheid uitsluitende rechten zijn verleend in de zin van artikel 86, lid 1, EG.

Volgens vaste rechtspraak kan een onderneming die op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt een wettelijk monopolie bezit, worden geacht een machtspositie in de zin van artikel 82 EG in te nemen. Een bedrijfspensioenfonds dat een uitsluitend recht heeft een aanvullende pensioenregeling te beheren in een tak van nijverheid in een lidstaat, dat wil zeggen op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, kan dan ook worden geacht een machtspositie in te nemen in de zin van artikel 82 EG.

Daaraan voegt het Hof echter toe, dat het enkele feit dat door het verlenen van uitsluitende rechten als bedoeld in artikel 86, lid 1, EG een machtspositie wordt gecreëerd, als zodanig niet onverenigbaar is met artikel 82 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.

De betrokken werkgevers betogen in dit verband, dat het stelsel van verplichte deelneming in de aanvullende pensioenregeling van het Pensioenfonds in strijd is met de artikelen 82 en 86 van het Verdrag, gelezen in hun onderlinge samenhang. De door het Pensioenfonds aangeboden pensioenen sluiten niet of niet meer aan op de wensen van de ondernemingen. De uitkeringen zijn te laag, zij zijn niet gekoppeld aan de lonen en daardoor stelselmatig ontoereikend. Werkgevers moeten dan ook omzien naar andere regelingen. Het stelsel van verplichte deelneming ontnemt hun echter de mogelijkheid een totaalpakket pensioenverzekeringen onder te brengen bij een verzekeringsmaatschappij. Het onderbrengen van meerdere pensioenregelingen bij verschillende verzekeraars leidt tot hogere administratiekosten en geringere efficiëntie.

Het Hof overweegt dat een lidstaat inbreuk maakt op artikel 86, lid 1, EG wanneer hij een situatie in het leven roept waarin handelen in strijd met artikel 82 EG voor het betrokken bedrijf onontkoombaar is, met name omdat het klaarblijkelijk niet in staat is te voldoen aan de marktvaart naar dergelijke activiteiten.

*In casu* merkt het Hof op, dat het door het Pensioenfonds geboden aanvullende pensioen gebaseerd is op de huidige Nederlandse norm, namelijk dat de werknemer die gedurende de maximumtermijn premie aan de regeling heeft betaald, een pensioen inclusief AOW ontvangt van 70 % van zijn laatstverdiende loon. Sommige ondernemingen in de bedrijfstak zouden hun werknemers wel een verdergaande pensioenregeling willen aanbieden dan die van het Pensioenfonds, maar dat kunnen zij niet, omdat zij het beheer van een dergelijke pensioenregeling niet bij één verzekeraar kunnen onderbrengen. De concurrentiebeperking die daarvan het gevolg is, is een rechtstreeks uitvloeisel van het aan het bedrijfspensioenfonds verleende uitsluitende recht.

#### *3.4.1. Rechtvaardiging voor het uitsluitend recht*

In dit verband onderzoekt het Hof of het uitsluitend recht van het bedrijfspensioenfonds in een bedrijfstak de aanvullende pensioenen te beheren, en de concurrentiebeperking die daarvan het gevolg is, op grond van artikel 86, lid 2, van het Verdrag kunnen worden gerechtvaardigd als een maatregel die noodzakelijk is voor de vervulling van een aan dit fonds opgedragen bijzondere sociale taak van algemeen belang.

#### *3.4.2. Argumenten betrokken werkgevers*

De betrokken werkgevers voeren in dit verband aan, dat de verplichte deelneming in het bedrijfspensioenfonds niet noodzakelijk is om de werknemers een adequaat pensioenniveau te verzekeren. Dit doel kan worden bereikt door de vaststelling, hetzij door de sociale partners op instigatie van de overheid, hetzij rechtstreeks door de overheid, van minimumeisen waaraan de pensioenen moeten voldoen. In collectieve arbeidsovereenkomsten wordt herhaaldelijk bepaald, dat werkgevers een bepaalde minimumpensioenregeling dienen te verzekeren, waarbij zij vrij zijn voor hun onderneming een eigen pensioenfonds op te richten, zich aan te sluiten bij een bedrijfspensioenfonds of zich tot een verzekeringsmaatschappij te wenden.

Volgens de betrokken werkgevers rechtvaardigt ook de betaling van een „doorsneepremie” de verplichte deelneming niet. Noch de Wet Bpf, noch het Besluit verplichte deelneming vereist een systeem waarbij met een dergelijke premie wordt gewerkt. Er zijn bovendien verscheidene

bedrijfspensioenfondsen zonder verplichte deelneming, die uitstekend functioneren op basis van een „doorsneepremie”.

Ten aanzien van de acceptatie van alle werknemers in een bedrijfstak zonder medische keuring, zodat de „slechte” risico's niet kunnen worden geweigerd, merken de betrokken werkgevers op, dat in de praktijk pensioenverzekeringscontracten met verzekeraars inhouden, dat de werkgever verplicht is alle werknemers aan te melden, en de verzekeraar verplicht is alle aangemelde werknemers zonder medische keuring als verzekerde te accepteren.

#### *3.4.3. Pensioenfondsen als instrument van sociaal beleid*

Allereerst wijst het Hof erop, dat ingevolge artikel 86, lid 2, van het Verdrag ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang onder de mededingingsregels vallen, voor zover de toepassing van die regels de vervulling, feitelijk of rechtens, van de hun opgedragen bijzondere taak niet verhindert.

Door onder bepaalde voorwaarden afwijkingen van de algemene verdragsregels toe te staan, beoogt artikel 86, lid 2, van het Verdrag het belang van de lidstaten om bepaalde ondernemingen, met name in de openbare sector, te benutten als instrument van economisch of sociaal beleid, te verzoenen met het belang van de Gemeenschap bij de naleving van de mededingingsregels en het behoud van de eenheid van de gemeenschappelijke markt.

Gelet op het aldus omschreven belang van de lidstaten kan hun volgens het Hof niet worden verboden, dat zij bij hun definitie van de diensten van algemeen economisch belang waarmee zij bepaalde ondernemingen belasten, rekening houden met doelstellingen van hun nationaal beleid, en trachten deze te verwezenlijken door middel van verplichtingen en feitelijke beperkingen die zij aan die ondernemingen opleggen.

Het Hof stelt vast dat de in geding zijnde aanvullende pensioenregelingen een essentiële sociale functie vervullen in het pensioenstelsel in Nederland, zulks wegens de geringe hoogte van het aan het wettelijk minimumloon gekoppelde wettelijk pensioen.

Het belang van de sociale functie van aanvullende pensioenregelingen is overigens ook door de gemeenschapswetgever erkend door de vaststelling van richtlijn 98/49/EG van de Raad van 29 juni 1998 betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PB 1998, L 209, blz. 46).

#### *3.4.4. Financiële evenwicht en economische levensvatbaarheid pensioenfondsen*

Om de voorwaarden voor toepassing van artikel 86, lid 2, van het Verdrag als vervuld te kunnen beschouwen, is het niet noodzakelijk, dat het financiële evenwicht of de economische levensvatbaarheid van de met een dienst van algemeen economisch belang belaste onderneming wordt bedreigd. Het volstaat, dat de onderneming zonder de litigieuze rechten de haar opgedragen bijzondere taak, zoals die door de haar opgelegde verplichtingen en feitelijke beperkingen nader wordt bepaald, niet kan vervullen of dat handhaving van die rechten noodzakelijk is om de betrokkene in staat te stellen, de hem opgedragen taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen.

Indien het pensioenfonds niet langer het uitsluitend recht had de aanvullende pensioenregeling voor alle werknemers van een bedrijfstak te beheren, zouden ondernemingen met een jong en gezond personeelsbestand, dat ongevaarlijk werk verricht, gunstiger verzekeringsvoorwaarden trachten te bedingen bij particuliere verzekeraars. Door het vertrek van de „goede” risico's zou het bedrijfspensioenfonds met de „slechte” risico's blijven zitten, waardoor de kosten van de werknemerspensioenen, met name voor kleine en middelgrote ondernemingen met een

personeelsbestand op leeftijd, dat gevaarlijk werk verricht, zouden stijgen; aan die werknemers zou het Pensioenfonds dan niet meer tegen aanvaardbare kosten een pensioen kunnen bieden. Dit zou volgens het Hof te meer het geval zijn wanneer, zoals in de hoofdgedingen, de door de pensioenfondsen beheerde aanvullende pensioenregelingen worden gekenmerkt door een hoge mate van solidariteit, met name door de ontkoppeling van premieniveau en gedekte risico's, de verplichting alle werknemers zonder medische keuring te accepteren, de voortzetting van de pensioenopbouw met premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, de overname door het Pensioenfonds van de achterstallige premies bij faillissement van de werkgever, en de indexatie van de pensioenen voor het behoud van hun waardevastheid. Dergelijke voorwaarden, waardoor de door de pensioenfondsen verrichte dienst minder concurrerend is dan een vergelijkbare dienst verricht door verzekeringsmaatschappijen, rechtvaardigen mede het uitsluitend recht van deze fondsen de aanvullende pensioenregeling te beheren. Hieruit volgt volgens het Hof, dat indien de pensioenfondsen niet langer dat uitsluitend recht zouden hebben, dit ertoe zou kunnen leiden, dat zij de hen opgedragen taken van algemeen economisch belang niet meer op economisch aanvaardbare voorwaarden kunnen verrichten en dat hun financieel evenwicht in gevaar komt.

#### *3.4.5. Vrijstellingsbevoegdheid terecht in handen van pensioenfondsen*

Het Hof verwerpt voorts de stelling van de betrokken werkgevers dat de dubbele hoedanigheid van het pensioenfonds — beheerder van de pensioenregeling en bevoegde instantie voor het verlenen van vrijstellingen — kan leiden tot een onjuist gebruik van de vrijstellingsbevoegdheid.

In de eerste plaats is een bedrijfspensioenfonds ingevolge artikel 5, lid 1, van de vrijstellingsrichtlijnen verplicht, een onderneming vrij te stellen van de deelnemingsplicht, wanneer zij haar werknemers reeds ten minste zes maanden vóór de indiening van het verzoek naar aanleiding waarvan de deelneming aan het pensioenfonds verplicht is gesteld, had verzekerd van een pensioenregeling die hen rechten verleent die ten minste gelijkwaardig zijn aan die welke zij bij deelneming aan het pensioenfonds zouden verwerven.

Aangezien de aangehaalde bepaling het bedrijfspensioenfonds op het punt van zijn vrijstellingsbevoegdheid bindt, kan niet worden aangenomen, dat zij het fonds zou kunnen aanzetten tot misbruik van die bevoegdheid. Het fonds gaat in een dergelijk geval immers enkel na, of aan de door de bevoegde minister gestelde voorwaarden is voldaan.

In de tweede plaats kan een bedrijfspensioenfonds ingevolge artikel 1 van de vrijstellingsrichtlijnen een onderneming vrijstelling verlenen, wanneer deze haar werknemers verzekert van een pensioenregeling die hen rechten verleent die ten minste gelijkwaardig zijn aan die van het fonds, mits in geval van uittreding uit het fonds een naar het oordeel van de Verzekeringskamer redelijke compensatie wordt geboden voor eventueel uit die uittreding voor het fonds voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel.

De aangehaalde bepaling stelt een bedrijfspensioenfonds aldus in staat, een onderneming van de deelnemingsverplichting vrij te stellen, die haar werknemers een gelijkwaardige pensioenregeling verzekert, indien deze vrijstelling zijn financieel evenwicht niet in gevaar brengt. De uitoefening van deze bevoegdheid brengt een complexe beoordeling mee van gegevens betreffende de betrokken pensioenregelingen en het financiële evenwicht van het fonds, waarvoor een ruime beoordelingsmarge noodzakelijk is.

Gelet op de complexiteit van een dergelijke beoordeling en op de risico's die de verlening van vrijstellingen oplevert voor het financiële evenwicht en dus voor de vervulling van de sociale taak van het bedrijfspensioenfonds, kan een lidstaat van

oordeel zijn, dat de vrijstellingsbevoegdheid niet bij een andere instelling dient te berusten. Het Hof knoopt hieraan wel vast dat de nationale rechter, wanneer hij zoals in casu te oordelen krijgt over een verzet tegen een dwangbevel tot betaling van premies, de weigering van vrijstelling door het fonds moet toetsen, waarbij hij op zijn minst moet nagaan, of het fonds geen willekeurig gebruik heeft gemaakt van zijn vrijstellingsbevoegdheid en of het bij zijn beslissing het non-discriminatiebeginsel en de overige wettigheidsvoorwaarden in acht heeft genomen.

#### *3.4.6. Minimumeisen : geen alternatief*

De betrokken werkgevers voerden nog aan, dat een adequaat pensioenniveau voor de werknemers kan worden verzekerd door de vaststelling van minimumeisen waaraan door de verzekeringsmaatschappijen aangeboden pensioenen moeten voldoen. Het Hof beklemtoont in dit verband dat, gezien de sociale functie van de aanvullende pensioenregelingen en de beoordelingsmarge waarover de lidstaten volgens vaste rechtspraak bij het inrichten van hun stelsels van sociale zekerheid beschikken, het aan elke lidstaat is te onderzoeken of, gezien de bijzonderheden van zijn nationaal pensioenstelsel, hij met de vaststelling van minimumeisen nog in staat is het pensioenniveau te verzekeren dat hij in een bepaalde bedrijfstak door de verplichting tot deelneming in een pensioenfonds wil garanderen.

## 4. Analyse

In deze arresten spreekt het Hof zich voor het eerst uit over een aantal principiële vragen over de reikwijdte van het Europese mededingingsrecht, zowel in het licht van het Europees sociaal beleid in het algemeen, als in het licht van het Nederlandse stelsel van aanvullende pensioenvoorzieningen. Het gaat dan om de vrijheid van de sociale partners om afspraken te maken, zonder daarbij te worden beperkt door het mededingingsrecht. In het verlengde daarvan ligt de vrijheid van de lidstaten om dergelijke afspraken verplicht op te leggen aan niet-georganiseerde werkgevers en werknemers, als onderdeel van hun sociaal beleid.

Uit de arresten kan worden afgeleid dat het Hof van oordeel is dat deze vrijheid van sociale partners en lidstaten in vergaande mate moet worden gerespecteerd.

### 4.1. *Collectieve overeenkomsten*

In de eerste plaats maakt het Hof duidelijk dat de onderhavige collectieve overeenkomsten vanwege hun aard en doel in beginsel moeten worden geacht niet onder artikel 81, lid 1, EG te vallen. Het gaat dan om overeenkomsten die worden gesloten in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners en die doelstellingen van sociale politiek nastreven. Zowel collectieve overeenkomsten die in het kader van de sociale dialoog op Europees niveau tot stand komen, als de collectieve overeenkomsten in een bedrijfstak van een lidstaat vallen wegens hun aard en doel buiten het bereik van de mededingingsregels van het EG-Verdrag.

Gelet op de voorwaarde dat de overeenkomst een doelstelling van sociale politiek moet nastreven, moet worden aangenomen dat niet iedere collectieve overeenkomst of bepaling ervan zonder meer is uitgesloten van de werkingssfeer van de mededingingsregels. Uit de redenering van het Hof kan worden afgeleid dat het in ieder geval moet gaan om de doelstellingen van sociale politiek zoals geformuleerd in het EG-Verdrag. Nu zijn deze vrij breed geformuleerd. Het moet gaan om de verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van de werknemers. Bovendien kan worden gewezen op de verbinding die wordt gelegd in artikel 139 EG, betreffende de sociale dialoog op Europees niveau, met de veelheid aan onderwerpen op sociaal gebied die staan opgesomd in artikel 137 EG. In een concreet geval moet worden onderzocht of aard en doel van de in geding zijnde overeenkomst rechtvaardigen dat deze buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG valt. Deze "van geval tot geval" benadering is een wezenlijk element in de door het Hof van Justitie aangegeven manier waarop moet worden beoordeeld in hoeverre een bepaalde overeenkomst onder artikel 81, lid 1, EG valt.

Uit de redenering van het Hof lijkt voort te vloeien dat een collectieve overeenkomst die onderwerpen zou regelen die niet tot doel hebben de werkgelegenheid of de arbeidsvoorwaarden van de bij de overeenkomst betrokken werknemers te regelen, met nietigheid wordt bedreigd. Helemaal zeker is dat niet. De wijze van formulering laat ruimte voor andere sociale doeleinden. Indien dit echter niet zo zou zijn, moet wel voldaan zijn aan de overige voorwaarden van artikel 81 EG. Te denken valt aan een boycotregeling of verplichte afnameregeling van bepaalde producten of leveranciers in het kader van een politieke actie. Daarnaast valt te denken aan regelingen die slechts indirect verbetering van de werkgelegenheid of arbeidsvoorwaarden van de werknemers in de bedrijfstak tot doel hebben. De vraag in welke mate dergelijke regelingen eveneens zijn uitgezonderd van de mededingingsvoorschriften, was in deze arresten niet aan de orde. Dit blijft dus nog een grijs gebied. De maatstaf die het Hof in het criterium betreffende doel en aard van de overeenkomst heeft neergelegd, laat echter een aanmerkelijke ruimte aan sociale partners.

Tot slot kan worden opgemerkt dat bij het Hof van Justitie nog aanhangig is de vraag of met het



mededingingsrecht verenigbaar is een regeling in een collectieve arbeidsovereenkomst die uitsluitend een tegemoetkoming biedt in de premie voor een particuliere ziektekostenverzekering van een werknemer, wanneer die verzekering wordt afgesloten bij een welbepaalde particuliere verzekeraar, met uitsluiting van andere ziektekostenverzekeraars (zaak C-222/98, H. van der Woude tegen Stichting Beatrixoord).

#### 4.2. *Pensioenfonds is een onderneming*

Het Hof concludeert, in afwijking van de opvatting van de pensioenfondsen in kwestie en van de regeringen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, dat pensioenfondsen als hier bedoeld een onderneming zijn in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag.

Het Hof is tot het oordeel gekomen dat bedrijfspensioenfondsen ondernemingen in de zin van de mededingingsregels zijn op grond van de volgende overwegingen.

Bedrijfspensioenfondsen bepalen zelf de hoogte van de premies en de uitkeringen en werken volgens het kapitalisatiebeginsel. De hoogte van de door de bedrijfspensioenfondsen verstrekte uitkeringen zijn derhalve afhankelijk van de opbrengsten van de beleggingen, die evenals die van verzekeringsmaatschappijen onder toezicht staan van de Verzekeringskamer. Voorts moeten bedrijfspensioenfondsen ondernemingen die tenminste zes maanden voor de indiening van het verzoek tot verplichtstelling van de deelneming in het fonds al een pensioenregeling hadden die tenminste gelijkwaardig is aan de door het fonds geboden regeling, vrijstelling van die verplichte deelneming verlenen en kunnen zij vrijstelling verlenen, als ondernemingen hun werknemers een pensioenregeling bieden die tenminste gelijkwaardig aan de door het fonds geboden regeling en bij uittreding een redelijke compensatie wordt geboden voor het uit de uittreding voor het fonds voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel. Bovendien is inmiddels, als gevolg van de inwerkingtreding van de Vrijstellingsregeling Wet Bpf van 23 april 1998 het aantal gevallen waarin het bedrijfspensioenfonds verplicht is vrijstelling van de verplichte deelneming te verlenen uitgebreid.

Dit betekent volgens het Hof dat bedrijfspensioenfondsen een economische activiteit verrichten en daarbij met verzekeringsmaatschappijen concurreren. Daaraan kan niet afdoen dat bedrijfspensioenfondsen als gevolg van het nastreven van een sociaal doel, solidariteitsaspecten in de geboden regelingen en het onderworpen zijn aan beperkingen of controles op de investeringen minder concurrerend kunnen zijn dan verzekeringsmaatschappijen.

Doorslaggevend voor de bepaling of sprake is van een onderneming is derhalve of een economische activiteit wordt uitgeoefend, ongeacht de feitelijke, juridische en financiële kaders waarin dit gebeurt. Hiermee zet het Hof de in eerdere jurisprudentie ingezette lijn voort (arresten van het Hof van 23 april 1991, Höfner en Elser, zaak C-41/90, Jur. 1991, blz. I-1979 en van 16 november 1995, Fédération française des sociétés d'assurance, zaak C-244/94, Jur. 1995, blz. I-4013).

#### 4.2.7. *Gevolgen voor (de taakuitoefening van) de bedrijfspensioenfondsen*

Met het aanmerken van bedrijfspensioenfondsen als ondernemingen heeft het Hof een antwoord gegeven op de vraag of de activiteiten van bedrijfspensioenfondsen economisch van aard zijn, en of zij daarbij concurreren met verzekeraars. Hiermee is evenwel geen oordeel gegeven over het doel en de inhoud van de activiteiten, alsmede de kaders waarin deze activiteiten plaatsvinden. Deze aspecten zijn volgens het Hof voor de beantwoording of sprake is van economische activiteit niet relevant.

Uit de arresten kunnen dan ook geen algemene vereisten of beperkingen met betrekking tot de taakuitoefening van de bedrijfspensioenfondsen (welke soort regeling mag een bedrijfs

pensioenfondsen aanbieden?) of de inhoud van de aangeboden regelingen (hoe hoog moet het solidariteitsgehalte van een regeling zijn?) worden afgeleid.

Dit laat onverlet dat het gegeven dat bedrijfspensioenfondsen als ondernemingen worden aangemerkt met zich meebrengt dat op hen in beginsel de mededingingsregels van toepassing zijn. Dit betekent onder meer dat de bedrijfspensioenfondsen zich er bij het verrichten van hun activiteiten van bewust zullen moeten zijn dat zij geen mededingingsbeperkende afspraken mogen maken en zich moeten onthouden van het maken van misbruik van de machtspositie die zij kunnen hebben, indien sprake is van verplichtgestelde deelneming.

Deze conclusie brengt niet met zich mee dat pensioenfondsen ook een bepaalde rechtspersoonlijkheid zouden moeten aannemen. In de rechtspraak van het Hof is iedere eenheid die een economische activiteit uitoefent een onderneming, ongeacht de rechtsvorm. In het verleden zijn bijvoorbeeld ook een overheidsinstelling (arbeidsbureau) en een bij wet ingestelde aanvullende pensioeninstelling als onderneming aangemerkt.

Deze conclusie biedt anderzijds geen aanknopingspunten voor een antwoord op de vraag of de vrijstelling van afdracht van vennootschapsbelasting voor bedrijfspensioenfondsen en verzekeraars die zich vrijwel uitsluitend richten op pensioenverzekeringen, bijstelling behoeft. Nu de onderhavige arresten van het Hof dit aspect niet raken, voert het te ver dit in het kader van dit advies nader te onderzoeken.

De constatering dat pensioenfondsen als hier in het geding, ondernemingen zijn die economische activiteiten verrichten en daarbij concurreren met verzekeringsmaatschappijen, doet de vraag rijzen of er vanuit het Europees mededingingsrecht beperkingen worden gesteld aan de mogelijkheid bijkomende pensioenregelingen aan te bieden aan werknemers ter aanvulling van de aanvullende pensioenregeling zelf of ter aanvulling van de wettelijke sociale verzekeringsuitkeringen. Op deze vraag zal hierna afzonderlijk worden ingegaan.

#### *4.3. Gevolgen voor de overheid*

Sociale partners kunnen de overheid verzoeken pensioenregelingen verplicht te stellen voor iedere werkgever en werknemer in de bedrijfstak.

Uit de arresten kan worden afgeleid dat deze vorm van overheidsingrijpen in beginsel buiten het mededingingsrecht valt, indien ook de collectieve overeenkomsten waarop zij betrekking hebben niet onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG vallen. Het Hof laat ten aanzien van de beoordeling van de noodzaak tot verplichtstelling een aanmerkelijke beoordelingsvrijheid aan de lidstaten (zie ook hierna, punt 4.5.).

#### *4.4. Misbruik van machtspositie*

Wat het mogelijke misbruik van machtspositie bij de uitvoering van de in het geding zijnde aanvullende pensioenregelingen betreft, valt op dat het Hof de stellingen van de betrokken werkgevers categorisch verwerpt. Opgemerkt wordt bovendien dat het Hof geen aandacht besteedt aan het bepalen van de relevante markt *in casu*. Het Hof gaat ook verder dan de Advocaat-Generaal in zijn conclusie, die van mening was dat de bevoegdheid tot het verlenen van vrijstellingen niet mocht liggen bij de pensioenfondsen zelf. Het Hof acht het integendeel onvermijdelijk dat deze bevoegdheid wordt uitgeoefend door de pensioenfondsen, gelet onder meer op de complexiteit van de vereiste beoordeling van dergelijke verzoeken om vrijstelling.

Wel eist het Hof dat toezicht door de rechter mogelijk is. In dit verband moet worden opgemerkt dat het Hof *ex cathedra* de verzetprocedure tegen het dwangbevel aanwijst als de rechtsgang waarin dit zou moeten gebeuren en de rechter die zich over een dergelijk verzet moet uitspreken, opdraagt de vrijstellingsbeslissing te toetsen. Of deze aanwijzing past binnen het Nederlandse civiele recht en het stelsel van rechtsbescherming tegen dwangbevelen zal hierna afzonderlijk onderzocht.

#### 4.5. *Evenredigheidstoets*

De stelling van de betrokken werkgevers dat de overheid ook kan volstaan met minder vergaande maatregelen dan verplichtstelling van de deelneming in een bepaalde pensioenregeling, zoals het stellen van minimumeisen aan een pensioenregeling die kan worden ondergebracht bij een verzekeringsmaatschappij naar keuze, wordt door het Hof gepareerd. Het Hof beklemtoont dat het ter beoordeling van de betrokken lidstaat is of, gezien de bijzonderheden van zijn nationaal pensioenstelsel, hij met de vaststelling van minimumeisen nog in staat is het pensioenniveau te verzekeren dat hij in een bepaalde bedrijfstak door de verplichting tot deelneming in een pensioenfonds wil garanderen. Het is de lidstaat die daarbij het laatste woord heeft, gezien de sociale functie van de aanvullende pensioenregelingen en de beoordelingsmarge waarover de lidstaten volgens vaste rechtspraak bij het inrichten van hun stelsels van sociale zekerheid beschikken. Het Hof geeft in wezen aan dat er geen plaats is voor een (communautaire) evenredigheidstoets, en dat het Hof dus ook niet in deze beoordeling zal treden.

### **5. Communautaire voorwaarden bij de beoordeling van een verzoek om verplichtstelling**

Het Hof heeft vastgesteld dat met een verplichtstellingsbesluit van de overheid aan een bedrijfspensioenfonds een uitsluitend recht wordt verleend om de pensioenpremies in een bepaalde bedrijfstak te innen en te beheren, zodat een pensioenfonds waarin de deelneming verplicht is gesteld is te beschouwen als een onderneming met een bijzondere taak van algemeen belang.

Met betrekking tot de vraag of de overheid met de verplichtstelling geen met het Verdrag strijdige (concurrentiebeperkende) maatregel neemt of handhaaft als waarop in artikel 86, lid 2, EG wordt gedoeld, is het Hof tot de conclusie gekomen dat handhaving van de verplichtstellingsregeling noodzakelijk is om bedrijfspensioenfonds in staat te stellen hun bijzondere taak onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen, zodat gezegd kan worden dat toepassing van de mededingingsregels de vervulling van de bijzondere taak zou verhinderen. Daartoe is overwogen dat een bedrijfspensioenfonds zonder de verplichtstelling door vertrek van de ‘goede’ risico’s met de ‘slechte’ risico’s zou kunnen blijven zitten, waardoor de kosten zouden stijgen. Als gevolg daarvan zou het pensioenfonds ten aanzien van ‘achterblijvende’ werknemers niet meer een pensioen tegen aanvaardbare kosten kunnen bieden. Dit geldt temeer wanneer de door het pensioenfonds beheerde regeling gekenmerkt wordt door een hoge mate van solidariteit, waardoor de door het pensioenfonds verrichte dienst minder concurrerend is dan een vergelijkbare dienst verricht door een verzekeringsmaatschappij.

Het Hof noemt in dit verband met name de ontkoppeling van premieniveau en gedekte risico’s (doorsneepremie), de verplichting alle werknemers zonder medische keuring te accepteren, de voortzetting van de pensioenopbouw met premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, de overname door het fonds van achterstallige premie bij faillissement van de werkgever en de indexatie van de pensioenen voor het behoud van hun waardevastheid.

Met name de algemene formulering van het criterium voor het voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 86, lid 2, EG wijst erop dat reeds aan de voorwaarden voor vervulling voor toepassing van artikel 86, lid 2, EG kan worden voldaan zonder dat in een regeling solidariteitsaspecten zijn opgenomen. Het Hof stelt immers dat *het volstaat* dat de onderneming zonder de bijzondere of uitsluitende rechten de bijzondere taak niet kan vervullen of dat handhaving van die rechten noodzakelijk is om de onderneming in staat te stellen de bijzondere taak onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen.

Hieruit kan worden afgeleid dat een sociale doelstelling op zich een rechtvaardiging vormt voor het gebruikmaken van het instrument van verplichtstelling van de deelneming. Naarmate de door pensioenfondsen uitgevoerde regelingen een hoger solidariteitsgehalte hebben, wordt de noodzaak van een verplichtstelling vergroot.

Het Hof doet derhalve geen uitspraak over de vraag of een hoog solidariteitsgehalte van de regelingen vereist is. Uit de arresten wordt ook niet duidelijk of het Hof aan de genoemde aspecten bijzondere waarde hecht of slechts een niet-limitatieve opsomming van solidariteitsaspecten heeft gegeven, aansluitend bij de regelingen in geding.

Samenvattend moet worden gesteld dat uit de arresten van het Hof, naast een algemeen geformuleerd criterium, geen duidelijke vereisten met betrekking tot de door pensioenfondsen uit te voeren regelingen voortvloeien, waaraan, bij de beoordeling of verplichtstelling van deelneming in het fonds gerechtvaardigd is, moet worden getoetst.

Er is derhalve voor de overheid geen noodzaak om bij een verzoek om verplichtstelling de uit te voeren regeling specifiek op solidariteitsaspecten te toetsen. Dit geldt evenzeer bij een tussentijdse wijziging van de pensioenregeling. Uiteraard zal een regeling wel aan de vereisten van de PSW moeten voldoen.

## **6. Facultatieve producten**

De vaststelling door het Hof van het feit dat bedrijfspensioenfondsen met het uitvoeren van de in geding zijnde aanvullende pensioenregelingen een bijzondere taak uitoefenen, waardoor de toepasselijkheid van de mededingingsregels wordt beperkt en het instrument van verplichtstelling kan worden toegepast, doet de vraag rijzen of dit ook opgeld doet voor door pensioenfondsen aangeboden facultatieve producten. Kenmerk hiervan is dat de deelnemers in het fonds zelf kunnen beslissen of zij van deze facultatieve voorzieningen gebruik willen maken. Omdat in de zaken die aan het Hof zijn voorgelegd slechts sprake was van verplichtgestelde regelingen, geven de arresten over deze vraag onvoldoende uitsluitel.

## **7. Beroepspensioenfondsen**

Niet alleen voor werknemers worden ter aanvulling op het wettelijk pensioen aanvullende pensioenregelingen getroffen. Dit gebeurt ook voor personen die hetzij als zelfstandige, hetzij in dienstbetrekking een bepaald beroep uitoefenen. Beroepspensioenregelingen komen tot stand in overleg tussen beroepsgenoten onderling. Dit overleg vindt doorgaand plaats binnen belangenorganisaties waarin beroepsgenoten zich hebben verenigd. Voldoende representatieve organisaties van beroepsgenoten kunnen de overheid verzoeken de deelneming in een onderling overleg tot stand gebrachte pensioenregeling verplicht te stellen voor alle beroepsgenoten. De pensioenregeling kan worden ondergebracht in een

beroepspensioenfonds.

Hoewel in de onderhavige arresten aanknopingspunten zijn te vinden voor een voorlopige beoordeling van deze situatie in het licht van het Europese mededingingsrecht, lijkt het aangewezen thans niet vooruit te lopen op de uitkomst van procedures hierover die nog bij het Hof van Justitie aanhangig zijn (gevoegde zaken C-180/98 tot en met C-184/98, P.W. Pavlov, D. B. van der Schaaf, M.A.P. Kooyman, E.W.G. Weber en R. Slappendel tegen Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten). Naar verwachting valt een uitspraak van het Hof binnen enkele maanden te verwachten.

## **8. Toetsing vrijstellingsbeslissing in verzetprocedure tegen dwangbevel**

In alle drie arresten overweegt het Hof dat de nationale rechter in het kader van de verzetprocedure tegen een dwangbevel tot betaling van premies de weigering van vrijstelling door het bedrijfspensioenfonds moet toetsen. De vraag is welke conclusies aan deze overweging, waaraan geen expliciete vraag ten grondslag ligt, moeten worden verbonden. Een besluit van het bedrijfspensioenfonds over al dan niet toekenning van een vrijstelling, kan als een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) worden aangemerkt; daarmee staat de administratieve rechtsgang open. Een ondubbelzinnige vaststelling van deze rechtsgang heeft niet plaatsgevonden. Tot dusverre heeft in een enkel geval de kantonrechter zich bevoegd geacht te oordelen over een besluit inzake vrijstelling. Op het eerste gezicht lijkt het Hof de verzetprocedure bij uitstek geschikt te achten voor een fundamentele toets van de vraag in hoeverre al dan niet terecht een vrijstelling geweigerd is. Met deze overweging lijkt het Hof de competentieverdeling van de Nederlandse rechterlijke macht te doorkruisen; immers, de verzetprocedure wordt voor de kantonrechter gevoerd terwijl een beroep inzake vrijstelling primair een administratieve rechtsgang kent. Tevens wordt de suggestie gewekt dat de kantonrechter, ook zonder dat daar een beroep op is gedaan, de weigering van vrijstelling in een verzetprocedure moet toetsen.

Allereerst moet worden opgemerkt dat de overweging van het Hof in kwestie in alle drie de arresten identiek is. Dit is bevreemdend omdat niet in alle zaken een beroep is gedaan op de weigering van vrijstelling voor de nationale rechter. In zaak C-219/97 (Drijvende Bokken) was een vrijstelling zelfs helemaal niet aan de orde; Drijvende Bokken betwistte tot de bedrijfstak in kwestie of daarmee gelijkgestelden te behoren en kwam daarmee helemaal niet aan een vrijstelling toe. In de andere zaken is op een verschillende manier omgegaan met de weigering tot vrijstelling. In de zaak C-115/97-C117/97 (Brentjes) heeft de kantonrechter geoordeeld dat de weigering van vrijstelling niet te zijner beoordeling staat. In zaak C-67/96 (Albany) toetste de kantonrechter de weigering van het bedrijfspensioenfonds aan de eisen van redelijkheid en billijkheid en de beginselen van behoorlijk bestuur.

Gelet op deze significante verschillen in de casusposities dient terughoudendheid te worden betracht bij vergaande interpretaties van de overweging in kwestie van het Hof. Belangrijk is bij de interpretatie de context te betrekken waarbinnen het Hof de overweging plaatst. Het punt komt op in het kader van de vraag of een bedrijfspensioenfonds wel een door de overheid toegekend uitsluitend recht zou mogen hebben in een bepaalde bedrijfstak een aanvullende pensioenregeling te mogen beheren. Meer in het bijzonder rijst de vraag in hoeverre de dubbele hoedanigheid van het fonds – beheerder van de regeling en beslissingsbevoegd inzake vrijstellingen – kan leiden tot een onjuist gebruik van de vrijstellingsbevoegdheid. Het Hof merkt terzake op dat vanwege de complexiteit van een dergelijke beoordeling en de risico's die de verlening van vrijstellingen oplevert voor het

financiële evenwicht en dus voor de vervulling van de sociale taak van het fonds, een lidstaat kan besluiten een dergelijke vrijstellingsbevoegdheid bij een fonds onder te brengen.

Aansluitend daarop merkt het Hof op dat de nationale rechter echter de weigering van vrijstelling van een fonds moet toetsen, waarbij hij op zijn minst moet nagaan of het fonds geen willekeurig gebruik heeft gemaakt van zijn vrijstellingsbevoegdheid en of het bij zijn beslissing het non-discriminatiebeginsel en de overige wettelijke voorwaarden in acht heeft genomen.

In deze context lijkt de overweging van het Hof niet meer in te houden dan dat tegenover het toekennen van een vrijstellingsbevoegdheid aan de beheerder van de pensioenregeling een adequate rechtsgang dient te staan, waarin de rechter zich niet slechts beperkt tot een marginale toets van het besluit van het fonds, maar een daadwerkelijke toets aan alle wettelijke voorwaarden alsmede aan rechtsbeginselen uitvoert. Van een intentie van het Hof om de kantonrechter als bevoegde rechter aan te wijzen lijkt geen sprake.

In enkele gevallen heeft de civiele rechter zich bevoegd geacht over vrijstellingsbesluiten te oordelen. Als deelneming in een bedrijfspensioenfonds verplicht is gesteld, is het pensioenfonds bekleed met enig openbaar gezag en derhalve te beschouwen als een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en sub b, van de Algemene wet bestuursrecht. Dit betekent dat tegen besluiten van een pensioenfonds inzake vrijstelling van verplichte deelneming de administratieve rechtsgang openstaat. Daarmee is de rechtsbescherming tegen dergelijke besluiten voldoende geregeld. Thans is een herziening van de Wet Bpf in voorbereiding. De ICER adviseert bij deze gelegenheid duidelijkheid te creëren over het feit dat tegen een vrijstellingsbeslissing een administratiefrechtelijke rechtsgang openstaat. Deze rechtsgang biedt tevens de waarborgen inzake de rechterlijke toetsing die het Hof in zijn overweging heeft aangegeven.

## 9. Conclusies

In de onderhavige arresten respecteert het Hof de vrijheid van de sociale partners om afspraken te maken gericht op de verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers zonder daarbij te worden beperkt door het mededingingsrecht. In het verlengde daarvan ligt de vrijheid van de lidstaten om dergelijke afspraken verplicht op te leggen aan niet-georganiseerde werkgevers en werknemers, als onderdeel van hun sociaal beleid. De analyse levert de volgende conclusies op.

1. Een overeenkomst die is gesloten op basis van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties en die als directe doelstelling heeft de verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers, moet wegens haar aard en doel worden geacht niet onder artikel 81, lid 1, EG te vallen. Uit de arresten kan niet worden afgeleid of overeenkomsten die onderwerpen regelen die niet of niet rechtstreeks verband houden met de verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden binnen de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG zouden vallen. Het gaat hier om een grijs gebied. In een concreet geval moet daarom worden onderzocht of aard en doel van de in geding zijnde overeenkomst rechtvaardigen dat deze wegens de sociale doelstelling ervan buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG valt. (punt 4.1).
2. De vaststelling dat bedrijfspensioenfondsen als ondernemingen worden aangemerkt brengt met zich mee dat op hen in beginsel de mededingingsregels van toepassing zijn. Dit betekent onder meer dat de bedrijfspensioenfondsen zich bij het verrichten van hun activiteiten ervan bewust zullen moeten zijn dat zij geen mededingingsbeperkende afspraken mogen maken en zich moeten onthouden van het maken van misbruik van de machtspositie die zij hebben, indien sprake is van verplichtgestelde deelneming (punt 4.2).
3. De kwalificatie als onderneming brengt niet met zich mee dat pensioenfondsen ook een bepaalde rechtspersoonlijkheid zouden moeten aannemen. In de rechtspraak van het Hof is iedere eenheid die een economische activiteit uitoefent een onderneming, ongeacht de rechtsvorm (punt 4.2.1).
4. Overheidsingrijpen als verplichtstelling van deelneming in een pensioenregeling valt slechts buiten het mededingingsrecht, indien ook de (bepalingen van) collectieve overeenkomsten waarop zij betrekking hebben niet onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG vallen. Door de verplichting tot deelneming aan een pensioenregeling krijgt het desbetreffende pensioenfonds exclusieve rechten en daarmee een economische machtspositie. Een economische machtspositie is op zichzelf niet in strijd met artikel 82 EG. Daarvoor moet ook sprake zijn van misbruik van die machtspositie. Een overheid handelt echter alleen in strijd met artikel 86, lid 1, juncto artikel 82 EG, als het betrokken pensioenfonds door de enkele uitoefening van de haar toegekende exclusieve rechten misbruik maakt van haar machtspositie, of dat die rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht. Het Hof laat ten aanzien van de beoordeling van de noodzaak tot verplichtstelling van deelneming in een

pensioenregeling een aanmerkelijke beoordelingsvrijheid aan de lidstaten. (punt 4.3).

5. De bevoegdheid van pensioenfondsen om zelf te oordelen over de vrijstellingsmogelijkheid levert geen potentieel misbruik van machtspositie op (punt 4.4). Wel moet een beslissing terzake kunnen worden getoetst door de rechter, waarbij deze op zijn minst moet nagaan of het fonds geen willekeurig gebruik heeft gemaakt van zijn vrijstellingsbevoegdheid en of het bij zijn beslissing het non-discriminatiebeginsel en de overige wettigheidsvoorwaarden in acht heeft genomen. Gelet op het feit dat tegen besluiten van een pensioenfonds inzake vrijstelling van verplichte deelneming de administratieve rechtsgang openstaat, is de rechtsbescherming tegen dergelijke besluiten voldoende geregeld. Wel is explicitering van deze administratieve rechtsgang in de wet - gewenst (punt 8).
6. De overheid kan zelf beoordelen, met het oog op het waarborgen van een minimumpensioenbescherming, of hij gevolg wil geven aan een verzoek om verplichtstelling. Het Hof laat het over aan de lidstaten te onderzoeken of wellicht ook kan worden volstaan met minder vergaande maatregelen dan verplichtstelling van de deelneming in een bepaalde pensioenregeling, zoals het stellen van minimumeisen aan een pensioenregeling die kan worden ondergebracht bij een verzekeringsmaatschappij naar keuze (punt 4.5).
7. Bij de beoordeling van een verzoek om verplichtstelling hoeft de overheid de uit te voeren pensioenregeling niet specifiek op solidariteitsaspecten te toetsen. Dit geldt evenzeer bij een tussentijdse wijziging van de pensioenregeling. Uiteraard zal een regeling wel aan de vereisten van de PSW moeten voldoen (punt 5).
8. De arresten bieden onvoldoende aanknopingspunten voor een beoordeling van de verenigbaarheid van de door bedrijfspensioenfondsen aangeboden facultatieve producten met de mededingingsvoorschriften met (punt 6).

## **10. Aanbeveling**

Op grond van conclusie 5 adviseert de ICER bij gelegenheid van de herziening van de Wet Bpf duidelijkheid te creëren omtrent het feit dat tegen een vrijstellingsbeslissing een administratieve rechtsgang openstaat.

---

(vdS, 18-04-2000)



## Bijlage 1

### Samenstelling van de werkgroep

mr M.W. Bronsgeest, Ministerie van VWS

drs. J.D. Flikweert, Ministerie van Financiën

mr F. Grondman, Ministerie van Financiën

mr N. Hoogstrate, ministerie van SZW

mr M. Maas, Ministerie van Economische Zaken

mr M.A. Rabarison-van der Laan, Ministerie van Financiën

drs. G.W.J.M. Schellekens, ministerie van SZW

mr N.Th. van Schelven, Ministerie van Justitie

mr I. van der Steen, Ministerie van Buitenlandse Zaken, tevens redacteur

mr F.A. Vreedenburgh, Ministerie van Economische Zaken

## Bijlage 2

### beknopte transponeringstabel

tot 1 mei 1999

Artikel 85 EG-Verdrag  
Artikel 86 EG-Verdrag  
Artikel 90 EG-Verdrag

sinds 1 mei 1999

artikel 81 EG  
artikel 82 EG  
artikel 86 EG