

BEDRIJFSPENSIOENFONDSEN EN HET MEDEDINGINGSRECHT

Mr. W.P.M. Thijssen¹

Reactie op "Verplichtstelling deelneming bedrijfspensioenfondsen strijdig met Europees mededingingsrecht" van mw. mr. L.P. de Hon.

In Pensioen & Praktijk van juni 1992 doet mw. mr. L.P. de Hon verslag van de zaak Gramsbergen. Gramsbergen wenste zijn werknemers niet deel te laten nemen aan de pensioenregeling van de Stichting Bedrijfspensioenfondsen voor het Bitumineuze dakbedekkingsbedrijf. Dit bedrijfspensioenfonds is verplichtgesteld en gezien de aard van de door de werknemers van Gramsbergen verrichte werkzaamheden vielen zij onder de werkingssfeer van het bedrijfspensioenfonds. Het bedrijfspensioenfonds vaardigde een dwangbevel uit tegen Gramsbergen. Het dwangbevel hield in dat Gramsbergen de aan het bedrijfspensioenfonds verschuldigde premie moest voldoen. De bevoegdheid om een dwangbevel uit te vaardigen ontleent een bedrijfspensioenfonds aan art. 18 van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds³. In deze reactie wil ik nader ingaan op één facet van de gevoerde procedure: de vraag of het stelsel van verplichte deelneming aan een bedrijfspensioenfonds op enigerlei wijze strijdig is met het Europese mededingingsrecht.

1. De zaak Gramsbergen

Het verweer van Gramsbergen was er op gericht om aan de verplichting tot

het afdragen van de aan het bedrijfspensioenfonds verschuldigde pensioenpremie te ontkomen. Hij stelde dat het bedrijfspensioenfonds in strijd met art. 85 van het EG-Verdrag handelde door van hem afdracht van de voor zijn werknemers verschuldigde pensioenpremie te verlangen.

Art. 85 van het EG-Verdrag verbiedt het vormen van kartels om de vrije concurrentie binnen de EG te handhaven. De wettelijke verplichting tot deelneming aan een bedrijfspensioenfonds zou de concurrentie binnen de door de EG-landen gevormde, gemeenschappelijke markt verstoren. Gramsbergen doelt op een verstoring van de concurrentieverhoudingen binnen de verzekeringsmarkt. Het bedrijfspensioenfonds zou van Gramsbergen niet kunnen verlangen de voor zijn werknemers aan het bedrijfspensioenfonds verschuldigde premie af te dragen nu Gramsbergen een -volgens hem- betere pensioenregeling tegen lagere kosten elders kon verzekeren.

2. Het mededingingsrecht in het EG-Verdrag

Het mededingingsrecht ligt voor de Lid-Staten van de EG verankerd in het EG-Verdrag. In verband met het stelsel van verplichte deelneming aan een bedrijfspensioenfonds zijn naar mijn mening twee artikelen van het EG-Verdrag van belang, namelijk art. 3 en art. 85.

Art. 3, onder f, van het EG-Verdrag gebiedt de Lid-Staten (wettelijke) regelingen te treffen voor het handhaven van de vrije concurrentie binnen de gemeenschappelijke markt. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG blijkt dat wettelijke regelingen die op grond van art. 85 van het EG-Verdrag verboden kartelafspraken bekrachtigen, nietig zijn. Zelfstandige wettelijke regelingen kunnen een situatie in het leven roepen die strijdig is met het mededingingsrecht van de EG. Indien die regelingen geen vóór de invoering van de wettelijke regeling bestaande kartels bekrachtigen, zijn ze niet strijdig met het mededingingsrecht⁴. Een saillant voorbeeld van het verschil kan een en

ander verduidelijken. Zowel in Nederland als Duitsland geldt een wettelijk verbod voor assurantiebemiddelaars om ontvangen provisie aan cliënten door te betalen. Het Nederlandse verbod heeft consumentenbescherming als achtergrond: een potentiële verzekeringnemer moet de "beste" assurantieadviseur inschakelen, en niet degene die hem (een deel van) de te ontvangen provisie doorbetaald. In Duitsland heeft het daar in de wet verankerde verbod op retourprovisie een andere achtergrond. De Duitse wetgever beoogde ongewenste concurrentie tegen te gaan. Het Duitse verbod is in de wet opgenomen om bestaande afspraken in het assurantiebemiddelingsbedrijf die beoogden te felle concurrentie te voorkomen, een wettelijke grondslag te geven.

Zowel het Nederlandse als het Duitse verbod op retourprovisie liggen momenteel ter toetsing bij het Hof van Justitie van de EG⁵. Deskundigen verwachten dat het Duitse verbod toetsing aan art. 3 van het EG-Verdrag niet zal overleven. Het Nederlandse verbod zou de toets der kritiek wél kunnen doorstaan⁶.

Het eigenlijke mededingingsrecht is in het EG-Verdrag - voor zover hier van belang - opgenomen in art. 85. Overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en door ondernemingen onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn verboden indien ze de vrije concurrentie beperken. Het EG-recht biedt een drietal procedurele handvatten om zekerheid te verkrijgen over het al dan niet geoorloofd zijn van bepaalde overeenkomsten, besluiten of gedragingen.

Het *eerste* handvat is de mogelijkheid om aan de Europese Commissie een zogenaamde "negatieve verklaring" te vragen⁷. Een negatieve verklaring van de Europese Commissie houdt in dat de Commissie van mening is dat een bepaalde overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van een ondernemersvereniging of meerdere ondernemersverenigingen of bepaalde onderling afgestemde feitelijke gedragingen niet verboden zijn op grond van art. 85 van het EG-Verdrag. De Commissie kan op verzoek van een of meerdere onder-

nemingen of ondernemersverenigingen ten aanzien van het voornemen een bepaalde overeenkomst aan te gaan of een bepaald besluit te nemen een negatieve verklaring afgeven. In dat geval kan er van worden uitgegaan dat die overeenkomst of dat besluit niet verboden is op grond van art. 85 van het EG-Verdrag.

Het **tweede** handvat is de mogelijkheid voor belanghebbenden om aan de Europese Commissie te verzoeken een bepaalde overeenkomst tussen ondernemingen of een bepaald besluit van een of meerdere ondernemersverenigingen in een bedrijfstak te verbieden. Een dergelijk verbod kan worden gegeven wanneer de overeenkomst of het besluit tot gevolg heeft dat de vrije concurrentie wordt beperkt⁸.

Het **derde** handvat is de mogelijkheid een groepsvrijstelling te vragen. Ondernemingen of een of meerdere ondernemersverenigingen in een bedrijfstak kunnen besluiten tot samenwerking, bijvoorbeeld om gezamenlijk onderzoek te doen voor het ontwikkelen van nieuwe producten. Dergelijke samenwerkingsverbanden kunnen strijdig zijn met art. 85 van het EG-Verdrag. Toch kunnen ze nuttig zijn, bijvoorbeeld met het oog op de technische vooruitgang. In dat geval kan de Europese Commissie vrijstelling verlenen van het in art. 85 van het EG-Verdrag opgenomen verbod. Een dergelijke vrijstelling wordt een groepsvrijstelling genoemd⁹.

3. De uitspraak van de kantonrechter in de zaak Gramsbergen

De werknemers van Gramsbergen vielen onder de werkingsfeer van het Bedrijfspensioenfonds voor het Bitumineuze Dakbedekkingsbedrijf. Gramsbergen meende elders een vanuit kwalitatief oogpunt minstens even goede pensioenregeling te kunnen verzekeren tegen lagere kosten dan de door het bedrijfspensioenfonds in rekening gebrachte doorsneepremie. Om aan de verplichting tot deelneming te ontkomen verweerde Gramsbergen zich in de verzetsprocedure tegen het door het bedrijfspensioenfonds gegeven dwangbe-

vel onder meer met het argument dat **het bedrijfspensioenfonds** de vrije concurrentie hinderde. De vrije concurrentie zou worden belemmerd omdat Gramsbergen verplicht was zijn werknemers bij het bedrijfspensioenfonds ter verzekering aan te bieden. Het bedrijfspensioenfonds zou in strijd met art. 85 van het EG-Verdrag handelen door Gramsbergen aan de verplichting tot afdracht van de doorsneepremie te houden. Deze verplichting belet Gramsbergen om voor de uitvoering van de binnen zijn onderneming geldende pensioenregeling de door hem gewenste (goedkoopste) pensioenuitvoerder te kiezen. Daardoor wordt, zo stelde hij, de vrije concurrentie binnen de gemeenschappelijke EG-markt door het bedrijfspensioenfonds belemmerd. Het stelsel van verplichtstelling van bedrijfspensioenfonds belemmert aldus, zoals ik hiervoor al stelde, de vrije concurrentie **binnen de verzekeringsbedrijfstak**.

De kantonrechter kon korte metten maken met het door Gramsbergen gestelde: een bedrijfspensioenfonds is geen "onderneming" in de zin van art. 85 EG-Verdrag. Een bedrijfspensioenfonds kan dan ook geen op grond van dat artikel verboden handelingen verrichten¹⁰.

4. Verplichtstelling van bedrijfspensioenfonds getoetst aan het Europese mededingingsrecht

Door zich tegen het door het Bedrijfspensioenfonds voor het Bitumineuze Dakbedekkingsbedrijf uitgevaardigde dwangbevel zelf op grond van het Europees mededingingsrecht te verzetten heeft Gramsbergen op het verkeerde paard gewed. Hij had ook andere wegen kunnen bewandelen om te trachten aan de verplichting tot afdracht van de doorsneepremie te ontkomen. De mogelijkheden wil ik kort nagaan.

4.1. Toetsing van het verzoek om verplichtstelling

Een verzoek om verplichtstelling van een bedrijfspensioenfonds moet worden ingediend door een representatieve vertegenwoordiging van werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijf-

stak. Aan een verzoek om verplichtstelling ligt logischerwijze een besluit van een ondernemersorganisatie of meerdere ondernemersorganisaties ten grondslag, namelijk het besluit om aan indiening van een verzoek tot verplichtstelling mee te werken. Dit besluit is enerzijds gericht op het treffen van een verplichte uniforme pensioenregeling voor de hele bedrijfstak. Anderzijds wordt met het besluit beoogd te komen tot verplichte uniforme uitvoering van die pensioenregeling. Het treffen van een uniforme pensioenregeling voor een bedrijfstak is een kwestie van arbeidsvoorwaardenoverleg. Het arbeidsvoorwaardenoverleg wordt niet doorkruist door het Europese mededingingsrecht¹¹. Verplichte uniforme **uitvoering** van een pensioenregeling is een kwestie die naar mijn mening wél door het mededingingsrecht wordt beheerst¹². De verplichting de verplichte uniforme pensioenregeling door één bepaalde pensioenuitvoerder te doen uitvoeren beperkt de vrije concurrentie. Niet de concurrentie binnen de verzekeringsbedrijfstak, maar de concurrentie binnen de bedrijfstak waarin tot verplichting van een bedrijfspensioenfonds is of wordt overgegaan. Het besluit van een of meerdere ondernemingsverenigingen in een bedrijfstak kan, voor zover het strekt om tot verplichte uniforme **uitvoering** van een pensioenregeling te komen, worden getoetst aan art. 85 van het EG-Verdrag. Er zijn twee procedures denkbaar.

De **eerste** is dat de ondernemersverenigingen die het besluit hebben genomen om aan het verzoek tot verplichtstelling mee te werken een negatieve verklaring vragen aan de Europese Commissie. Zij lopen echter het risico dat die verklaring niet wordt gegeven. Wanneer het zover zou komen, zou een groepsvrijstelling moeten worden gevraagd en verkregen om alsnog op legale wijze aan het verzoek tot verplichtstelling te kunnen meewerken. Deze beperking geldt voor zover dat verzoek inhoudt een bepaalde wijze van **uitvoering** van een pensioenregeling verplicht te stellen.

Meer voor de hand ligt de **tweede** procedure. De tweede procedure zou kun-

nen worden gevoerd door een werkgever die niet wenst te worden verplicht zijn pensioenregeling door een bepaalde instantie te doen uitvoeren. Deze werkgever zou aan de Europese Commissie kunnen verzoeken het besluit van de ondernemersverenigingen om mee te werken aan het verzoek om verplichtstelling nietig te verklaren. Dan kunnen die ondernemersverenigingen niet op legale wijze meewerken aan de verplichtstellingsaanvraag, tenzij een groepsvrijstelling wordt verkregen. Déze weg had Gramsbergen in principe openstaan in een poging om te ontkomen aan de verplichting om de voor de bedrijfstak voor het bitumineuze dakbedekkingsbedrijf verplichtgestelde pensioenregeling door het Bedrijfspensioenfonds voor het Bitumineuze Dakbedekkingsbedrijf te moeten laten uitvoeren. Het is afwachten of de Europese Commissie een besluit van ondernemersverenigingen om aan verplichtstelling van een bedrijfspensioenfonds mee te werken nietig zal verklaren. De weg via de Europese Commissie zou naar mijn mening echter een reële kans van slagen hebben gehad.

4.2. Toetsing van de verplichtstellingsbeschikking

Een andere procedure die zou kunnen worden gevoerd is een procedure waarin de rechter wordt verzocht om vast te stellen dat de verplichtstellingsbeschikking van het bedrijfspensioenfonds nietig is. Een verplichtstellingsbeschikking is een wet in materiële zin. Een verplichtstellingsbeschikking is wetgeving die tot stand komt op instigatie van vertegenwoordigers van werknemers en werkgevers in een bedrijfstak. Voor zover een verplichtstellingsbeschikking dwingt tot uniforme uitvoering van een pensioenregeling is sprake van een beperking van de vrije concurrentie in een bedrijfstak. Het gaat dan om de concurrentie binnen de bedrijfstak waarin de pensioenregeling moet worden verplichtgesteld.

Op grond van deze overwegingen acht ik het verdedigbaar dat een verplichtstellingsbeschikking toetsing aan het bepaalde in art. 3, onder f van het EG-

Verdrag niet overleeft¹³. Het is deze derde mogelijke procedure die Gramsbergen had kunnen voeren om met kans op succes aan de verplichting tot afdracht van pensioenpremie aan het bedrijfspensioenfonds te ontkomen.

5. Gemiste kansen in de zaak Gramsbergen

Zoals ik hiervoor al stelde is in de door Gramsbergen gevoerde verzetsprocedure op het verkeerde paard gewed. Ten gevolge daarvan kon de procedure niet slagen. De ongelukkige keuzen die Gramsbergen maakte hielden in dat:

- hij zijn verweer baseerde op art. 85 van het EG-Verdrag in plaats van art. 3 van dat Verdrag;
- hij op onjuiste gronden heeft getracht vrijstelling van de verplichting tot deelneming aan de pensioenregeling van het bedrijfspensioenfonds te verkrijgen;
- hij op onjuiste gronden de nietigheid van de verplichtstellingsbeschikking heeft ingeroepen;
- hij er, naar moet worden aangenomen, van uit gegaan is dat de concurrentie in de verzekeringsbedrijfstak werd beperkt, in plaats van zich te beroepen op beperking van de vrije concurrentie in de eigen bedrijfstak, te weten de bedrijfstak voor het bitumineuze dakbedekkingsbedrijf.

6. De sociale dimensie van bedrijfspensioenfonds

De kantonrechter wijdt in zijn vonnis in de zaak Gramsbergen een overweging aan het feit dat het functioneren van een bedrijfspensioenfonds is gebaseerd op solidariteit. Werkgevers betalen immers een doorsneepremie aan het bedrijfspensioenfonds. De premie is niet afhankelijk van de leeftijd of de gezondheidstoestand van de individuele deelnemers. Wanneer Gramsbergen niet zou kunnen worden verplicht de voor zijn werknemers verschuldigde pensioenpremie af te dragen, zou de solidariteit die als basis dient voor het functioneren van het Bedrijfspensioenfonds

voor het Bitumineuze Dakbedekkingsbedrijf worden doorbroken¹⁴ Ik betwijfel of dit werkelijk het geval is. Enerzijds lijkt de solidariteit inderdaad gebroken wanneer Gramsbergen een andere uitvoerder voor zijn pensioenregeling mag kiezen dan het bedrijfspensioenfonds, omdat die ander goedkoper is.

Anderzijds moet worden bedacht dat vergelijking van de aan het bedrijfspensioenfonds verschuldigde doorsneepremie en de aan een verzekeringsmaatschappij of een ondernemingspensioenfonds verschuldigde actuariële premie een momentopname is. Naarmate de werknemers van Gramsbergen ouder worden, zouden de rollen wel eens kunnen worden omgedraaid. Stel dat Gramsbergen niet verplicht zou zijn zijn werknemers te laten deelnemen aan de pensioenregeling van het verplichtgestelde bedrijfspensioenfonds. Op enig moment zou de door Gramsbergen aan het Bedrijfspensioenfonds verschuldigde doorsneepremie lager kunnen zijn dan de aan een verzekeringsmaatschappij of een ondernemingspensioenfonds verschuldigde actuariële premie. In dat geval is het bedrijfspensioenfonds niet verplicht om Gramsbergen in de gelegenheid te stellen zich vrijwillig aan te sluiten bij het bedrijfspensioenfonds. Dan zijn de rollen omgekeerd! Een recht op uittreden hoeft naar mijn mening de solidariteit waarop een bedrijfspensioenfonds is gebaseerd dan ook niet fundamenteel te doorbreken. Als voorwaarde geldt dan wel dat het om een collectief recht op uittreden moet gaan: het recht voor een groep bedrijfsgenoten die te zamen een onderneming vormen om de binnen de bedrijfstak geldende pensioenregeling niet door het bedrijfspensioenfonds te doen uitvoeren. Daar tegenover moet staan dat een bedrijfspensioenfonds niet de plicht moet hebben om iedere groep bedrijfsgenoten die binnen één onderneming werkzaam is, maar niet tot deelneming verplicht is, te accepteren. Wanneer van deze uitgangspunten wordt uit gegaan, is een bedrijfspensioenfonds voldoende beschermd tegen degene die zich vrijwillig bij het bedrijfspensioenfonds

wenst aan te sluiten, wanneer hem dat goed uitkomt! Een individueel recht op uittreden kan naar mijn mening niet aan het mededingingsrecht worden ontleend. Een individueel recht op uittreden zou de solidariteit waarop een bedrijfspensioenfonds is gebaseerd overigens wél kunnen doorbreken.

7. Tot besluit

Mw. De Hon constateert in haar artikel in *Pensioen & Praktijk* van juni 1992 dat de Kantonrechter Leeuwarden juist heeft geoordeeld in de zaak Gramsbergen. Het Bedrijfspensioenfonds voor het Bitumineuze Dakbedekkingsbedrijf handelde niet in strijd met art. 85 van het EG-Verdrag door van Gramsbergen opdracht te verlangen van de voor zijn werknemers verschuldigde pensioenpremie. Ik sluit mij bij deze constatering aan. Er staan echter andere wegen open om aan de verplichte deelneming aan de pensioenregeling van een bedrijfspensioenfonds te ontkomen. Die mogelijkheden heb ik in deze reatie beschreven. Voorts heb ik in het algemeen aangegeven welke procedures zouden kunnen worden gevoerd om meer duidelijkheid te verkrijgen over de status van de Nederlandse bedrijfspensioenfonds onder het Europese mededingingsrecht¹⁵.

Noten

1. Mr. W.P.M. Thijssen is Hoofd Juridische Zaken van Delta Lloyd Pensioenen, onderdeel van Delta Lloyd Levensverzekering N.V.
2. L.P. de Hon, *Verplichtstelling deelneming bedrijfspensioenfonds strijdig met Europees mededingingsrecht?*, *Pensioen en Praktijk* juni 1992, blz. 34-36. Vgl. E. Lutjens, *Mededinging in pensioenen* in de NRC van 17 juni 1992.
3. Wet van 17 maart 1949, Stbl. J 121.
4. Zie *Jur.* 1985, blz. 305. Vgl. het op 23 december 1981 door EG-commissaris Andriessen gegeven antwoord op een schriftelijke vraag aan de Commissie, Pb. 1982, C30/14-15.
5. Prejudiciële vragen gesteld in tussenvonnis Rb. Arnhem 13 juni 1991 (OHRA Schadeverzekeringen N.V.) en Staatsanwaltschaft beim Landgericht Berlin/W.M. Meng, beide niet gepubliceerd.
6. Aldus O.W. Brouwer, *Verzekeringsconsulent wilde commissie delen*, *Stcrt.* 1992, nr. 45 (4 maart 1992) en I.C.M. Heuninckx, *Europese rechter toetst verbod van retourprovisie*, *Reflector* 1992, nr. 5, blz. 15-16.
7. Art. 2 EG-Verordening 17 van 6 februari 1962 inzake de toepassing van de artt. 85 en 86 EG-Verdrag.
8. *Idem*, art. 3.
9. Art. 85, lid 3 EG-Verdrag.
10. *Ktr. Leeuwarden* 14 april 1992, rolNr. 559/91 (niet gepubliceerd).
11. In dezelfde zin E. Lutjens in zijn oratie *Pensioenrecht*, Kluwer, Deventer, 1992, blz. 40 (nr. 76).
12. Anders: E. Lutjens, a.w., blz. 39 (nr. 74). Lutjens maakt het onderscheid tussen de inhoud en de uitvoering van de verplichtgestelde pensioenregeling niet.
13. Lutjens, a.w., blz. 40 (nr. 75) stelt dat een door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid genomen besluit om tot verplichtstelling van een bedrijfspensioenfonds over te gaan niet aan art. 85 EG-Verdrag kan worden getoetst. Dit lijkt mij juist, omdat overheidsbesluiten niet aan art. 85 EG-Verdrag kunnen worden getoetst. Lutjens gaat echter niet in op de door mij behandelde mogelijkheid van toetsing aan art. 3 van het genoemde verdrag.
14. Lutjens, a.w., blz. 41 (nr. 77) rechtvaardigt de aantasting van de keuzevrijheid ten aanzien van de inhoud en de uitvoering van een pensioenregeling vanuit een analogie met de wettelijke sociale zekerheid (wettelijke regelingen in verband met ziekte, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid). Verplichte uniforme wettelijke sociale zekerheid wordt niet strijdig geacht met het mededingingsrecht. Ik voer tegen zijn redenering aan dat de overheid het treffen van wettelijke regelingen voor ziekte, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid wél, maar het treffen van een wettelijke, verplichte pensioenregeling in de Pensioennota uiteindelijk niet tot haar taakgebied gerekend heeft, zie TK 22 167, nr. 2, blz. 27-28.
15. Overige literatuur: L.P. de Hon, *Verplichte bedrijfspensioenfonds verenigbaar met Europees mededingingsrecht*, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 1992, blz. 73-74 en mijn in dit najaar onder de titel "Het werkteerrein van bedrijfspensioenfonden" te verschijnen onderdeel van publicatie nr. 4 van de Vereniging voor Pensioenrecht.