

# VRIJSTELLING VAN VERPLICHTE DEELNEMING AAN HET BEROEPSPENSIOENFONDS VOOR FYSIOTHERAPEUTEN BEVOCHTEN - HET STANDPUNT VAN DE EUROPESE COMMISSIE

Mr W.P.M. Thijssen\*

**In Pensioen & Praktijk van maart 1993 heb ik het arrest van de Hoge Raad (HR) van 22 oktober 1993, NJ 1994, 94 in de zaak Van Schijndel/Beroepspensioenfonds voor fysiotherapeuten behandeld. Het betrof een tussenarrest van de HR. De HR heeft prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EG (het Hof) gesteld en iedere verdere beslissing in de zaak aangehouden totdat het Hof de gestelde vragen zal hebben beantwoord<sup>1</sup>. Inmiddels heeft de Europese Commissie haar standpunt aan het Hof kenbaar gemaakt<sup>2</sup>. In dit artikel behandel ik het standpunt van de Europese Commissie. Daarnaast plaats ik enkele kanttekeningen.**

## 1. Het verloop van de procedure

Deelneming aan het Beroepspensioenfonds voor fysiotherapeuten is wettelijk verplicht. De verplichting geldt behoudens uitzonderingen zowel voor zelfstandig werkzame fysiotherapeuten als voor fysiotherapeuten in loondienst.

De lange weg tot aan cassatie is in het berechte geval inmiddels doorlopen. Bij de Kantonrechter en de Rechtbank beperkte de rechtsstrijd zich tot de in het pensioenreglement van het Pensioenfonds verwoorde collectiviteitseis. In cassatie werd daarnaast een beroep gedaan op het Europese mededingingsrecht.

In het tussenarrest verzocht de HR aan het Hof om een aantal prejudiciële vragen te beantwoorden. De HR heeft de behandeling van de zaak aangehouden totdat het Hof de gestelde vragen zal hebben beantwoord.

Nadat de prejudiciële vragen zijn beantwoord, zal de HR de aan hem voorgelegde rechtsvragen beantwoorden en de zaak terugverwijzen voor verdere af-

doening of eventueel de zaak zelf afdoen.

## 2. De procesrechtelijke kant van de zaak

Het Nederlandse burgerlijke procesrecht schrijft voor dat de rechter verplicht is om uit zichzelf de rechtsgronden die aan een vordering ten grondslag worden gelegd aan te vullen wanneer dat nodig is om tot een uitspraak te komen.

Aan het Nederlandse burgerlijke procesrecht ligt ook de gedachte ten grondslag dat de rechter aan zijn oordeel uitsluitend feiten ten grondslag mag leggen die partijen in de procedure hebben aangevoerd en die door de rechter op grond van het door hem toe te passen bewijsrecht als vaststaand kunnen worden beschouwd.

Voorts is van belang dat het Nederlandse burgerlijke procesrecht voor de cassatieprocedure voorschrijft dat in cassatie slechts nieuwe stellingen mogen worden aangevoerd die van zuiver juridische aard zijn en die geen nieuw onderzoek van feitelijke aard vergen.

In de procedure is voor het eerst in cassatie een beroep gedaan op het Europese mededingingsrecht.

Het Hof pleegt de autonomie van het nationale procesrecht van de Lid-Staten te erkennen. In dat geval zou de procedure wat het beroep op het Europese mededingingsrecht betreft op louter processuele gronden kunnen stranden<sup>3</sup>.

Ik hecht er waarde aan om deze procesrechtelijke kant van de procedure te noemen, om te voorkomen dat de indruk ontstaat dat het stelsel van verplichtstelling de toets van het Europese mededingingsrecht kan doorstaan wanneer het Beroepspensioenfonds de pro-

cedure uiteindelijk zou winnen. Ik ben namelijk van mening dat wanneer het Beroepspensioenfonds de procedure zou winnen (mede) omdat de HR op grond van art. 419 Rv niet aan toepassing van het Europese recht toekomt, het laatste woord over de mogelijke gevolgen van het Europese recht voor het stelsel van verplichtstelling van beroepspensioenfondsen (en ook van bedrijfs-pensioenfondsen) zeker niet is gezegd.

## 3. De inhoudelijke kant van de zaak

Wat de inhoudelijke kant van de zaak betreft is een aantal bepalingen uit het EG-Verdrag van belang. Het betreft de artt. 3 en 5, 85 en 86, en 90 van het EG-Verdrag. Ik schets de inhoud van deze artikelen globaal. Uit het bepaalde in art. 3, aanhef en onder g van het EG-Verdrag volgt dat Lid-Staten moeten voorzien in wetgeving die de mededinging binnen de interne markt van de EG niet beperkt. Art. 5 van het EG-Verdrag legt de Lid-Staten de verplichting op om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van het EG-Verdrag te garanderen. Bovendien moeten de Lid-Staten zich onthouden van het nemen van maatregelen die strijdig zijn met de doelstelling van het EG-Verdrag. Art. 85 van het EG-Verdrag verbiedt ondernemingen en ondernemersverenigingen om overeenkomsten te sluiten die tot gevolg kunnen hebben dat, of om hun gedrag onderling op zodanige wijze af te stemmen dat de mededinging binnen de interne markt wordt of kan worden beperkt. Overeenkomsten tussen ondernemingen die de mededinging (kunnen) beperken zijn van rechtswege nietig. Art. 86 van het EG-Verdrag verbiedt een onderneming die op de markt een machtspositie inneemt om daarvan zodanig gebruik te maken dat de mededinging binnen de interne markt ongunstig wordt beïnvloed. Art. 90 van het

EG-Verdrag bepaalt tenslotte dat ondernemingen die diensten verrichten waarmee algemene belangen zijn gemoeid onder het Europese mededingingsrecht vallen, voor zover dat de uitoefening van hun taak niet belemmert.

De HR stelde een drietal vragen aan het Hof. De eerste vraag is of een op grond van de Nederlandse wetgeving wettelijk verplicht gesteld beroepspensioenfonds voor de toepassing van het Europese mededingingsrecht als een "onderneming" moet worden beschouwd. De tweede vraag is of de verplichtstellingsbeschikking van het Beroepspensioenfonds voor fysiotherapeuten als een door Lid-Staat genomen maatregel moet worden beschouwd die het effect van het Europese mededingingsrecht ongedaan maakt. De derde vraag is of het stelsel van verplichtstelling van beroepspensioenfonds op andere gronden in strijd is met het Europese mededingingsrecht, aangenomen dat de tweede vraag ontkennend zou moeten worden beantwoord.

De EC "neigt" tot de opvatting dat een wettelijk verplicht gesteld beroepspensioenfonds voor de toepassing van het Europese mededingingsrecht als een "onderneming" moet worden beschouwd. Een beroepspensioenfonds zou immers ten behoeve van de deelnemers economische activiteiten kunnen verrichten die meebrengen dat het beroepspensioenfonds als onderneming moet worden aangemerkt. De conclusie dat een wettelijk verplicht gesteld beroepspensioenfonds economische activiteiten verricht, zou kunnen worden gerechtvaardigd door de volgende door de EC genoemde omstandigheden:

– de hoogte van door het beroepspensioenfonds in rekening gebrachte bedragen en de omvang van de pensioenen worden niet wettelijk vastgesteld

– het beroepspensioenfonds brengt een vergoeding voor de kosten van het beheer van de pensioenregeling in rekening die is gesteld op een percentage van de aan het beroepspensioenfonds verschuldigde bedragen

– het beroepspensioenfonds verricht beleggingsactiviteiten.

Uit deze feiten leidt de EC af dat het wel eens zo zou kunnen zijn dat het arrest van het Hof in de zaak Poucet niet analoog kan worden toegepast op wettelijk verplicht gestelde beroepspensioenfonds. In het arrest Poucet besliste het Hof dat een instelling die een sociale zekerheidsregeling uitvoert die inhoudelijk wettelijk is vastgesteld niet als een "onderneming" voor de toepassing van het Europese mededingingsrecht kan worden aangemerkt.

Ten aanzien van de toepassing van art. 85, lid 1 van het EG-Verdrag concludeert de EC voorzichtig dat het stelsel van verplichtstelling mogelijk tot beperking van de concurrentie leidt. Die beperking is gelegen in het feit dat levensverzekeraars worden uitgesloten van de markt voor het aanbieden van pensioenverzekeringen aan fysiotherapeuten die verplicht zijn om deel te nemen aan de pensioenregeling van het Beroepspensioenfonds. De EC trekt hieruit echter niet de conclusie dat de verplichtstellingsbeschikking van het Beroepspensioenfonds voor fysiotherapeuten strijdig is met het bepaalde in art. 3, onder g; art. 5, lid 2 en art. 85 van het EG-Verdrag.

In verband met het bepaalde in de artt. 3, aanhef en onder g en 5 van het EG-Verdrag stelt de EC dat het verplichtstellen van een beroepspensioenfonds niet wordt getroffen door het aldaar bepaalde. Deze conclusie van de EC lijkt mij voorbarig, zeker wanneer zou moeten worden aangenomen dat een beroeps-

pensioenfonds mogelijk als "onderneming" in de zin van art. 85 van het EG-Verdrag zou moeten worden beschouwd en concurrentiebeperking ten gevolge van de verplichtstelling denkbaar is.

De redactie van Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken leidt uit het advies van de EC af dat de verplichte deelneming niet wordt getroffen door het verbod, neergelegd in de artt. 3, onder g, 5, tweede lid, en 85 van het EG-Verdrag. Deze conclusie gaat mij te ver. Er reesteren namelijk nog vragen van mededingingsrechtelijke aard, die in de procedure niet aan de orde zijn gesteld en waarop de EC geen antwoord heeft gegeven. Ik denk daarbij met name aan de vraag of de afspraken die binnen de beroepsgroep van fysiotherapeuten zijn gemaakt of de "onderling afgestemde feitelijke gedragingen" binnen die beroepsgroep die tot de verplichtstellingsaanvraag hebben geleid strijdig zijn met het bepaalde in art. 85 van het EG-Verdrag<sup>4</sup>. Het laatste woord moet, eventueel in andere zaken, door het Hof worden gesproken.

1 NJ 1994, blz. 361, r.k.

2 Schriftelijke opmerkingen van de Europese Commissie in de gevoegde zaken C-430 & 431/93; 16 maart 1994, JUR(94)01670/CT/BJD/cg.

3 EC, O. 47, blz. 26. Het advies van de EC past naar mijn mening in de lijn van het arrest van het Hof van 27 oktober 1993, Jur. 1993, blz. I 5497-5508 inzake Steenhorst-Neerings en het arrest van het Hof van 28 september 1994, JAR 1994, 235 in de zaak Coloroll waarin eveneens de autonomie van het nationale procesrecht door het Hof werd erkend.

4 W.P.M. Thijssen, Het werkterrein van beroepspensioenfonds, in publikatie nummer 4 van de Vereniging voor Pensioenrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1993, blz. 35-42.