EXPERTISECENTRUM PENSIOENRECHT

VU VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM | Faculteit der Rechtsgeleerdheid

Prof. dr. Erik Lutjens
Vrije Universiteit Amsterdam
Faculteit der Rechtsgeleerheid
Expertisecentrum Pensioenrecht
De Boelelaan 1077 Initium
1081 HV AMSTERDAM
+31 20 598 62 68 // +31 652418408

ANALYSE

verplichtstelling na pensioenakkoord houdbaar

Prof. dr. Erik Lutjens

VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM | Faculteit der Rechtsgeleerdheid

ANALYSE: verplichtstelling na pensioenakkoord houdbaar

VAN Prof. Dr. Erik Lutjens – E: E e.lutjens@vu.nl – T: 0652418408

AAN Ministerie van SZW, Directie Arbeidsverhoudingen, Afdeling Pensioenbeleid, t.a.v. de heer Mark Jansema

DATUM 7 januari 2020

VU VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM | Faculteit der Rechtsgeleerdheid

Inhoudsopgave (verwezen is naar pagina's)

Samenvatting, conclusies 4

Par. 1 Inleiding – onderwerp analyse 8

Par. 2 Het kader van het VWEU 9

Par. 3 Rechtspraak en literatuur 13

3.A. De Albany rechtspraak 13

Stap (1): de dienst van algemeen economisch belang 13

Stap (2): verhindering van taak – het belang van solidariteit 18

3.B. Rechtspraak overig 24

3.C. Conclusie rechtspraak 27

Par. 4 Noodzakelijkheid 28

4.A. Conclusie noodzakelijkheid 33

4. B. Vrije dienstverrichting 34

Par. 5 Solidariteit 35

5.A. De rechtspraak 35

5.B. Huidige pensioenregelingen 35

5.C. Contracten volgens Pensioenakkoord 2019 37

5.D. Schema 38

Par. 6 Analyse: verplichtstelling houdbaar? 41

6.A. Rechtspraak 41

6.B. Standpunten 42

6.C. Beoordeling houdbaarheid verplichtstelling 44

Stap (1): dienst van algemeen economisch belang 44

Stap (2): vervullen tegen economisch aanvaardbare kosten 46

Stap (3): noodzakelijk (evenredig) 51

Par. 7 Samenvatting/conclusie 53

Register Rechtspraak 58

Samenvatting/conclusies

Deze analyse is een lang betoog geworden. De kern waarin de conclusie is besloten, vat ik als volgt samen (de tekst komt overeen met de tekst van par. 7).

Vereisten VWEU

I. Voor de mededingsrechtelijke houdbaarbaarheid van de verplichtstelling is volgens art. 106 VWEU nodig dat:

(1) het bedrijfstakpensioenfonds een taak van algemeen economisch belang (DAEB) verricht;

(2) bij toepassing van het mededingingsrecht het fonds die taak niet kan vervullen;

(3) de verplichtstelling voor het vervullen van die taak noodzakelijk (evenredig) is.

Invulling in rechtspraak

II. Uit de rechtspraak (waaronder Albany) volgt ten aanzien van deze criteria voor de verplichtstelling het volgende:

(1) *Sociaal doel:* met de verplichtstelling geeft de overheid invulling aan het beleid ten aanzien van het pensioenstelsel als geheel en de doelstelling om alle werknemers in een bedrijfstak toegang te geven tot een aanvullend pensioen; gezien de lage AOW heeft het bedrijfstakpensioenfonds een sociale taak en daarmee vervult het fonds een DAEB;

(2) *Niet tegen aanvaardbare kosten kunnen vervullen:* aan dit criterium is voldaan indien het bedrijfstakpensioenfonds zonder de verplichtstelling rendabele en onrendabele diensten of goede en slechte risico's niet kan compenseren, de rendabele diensten en goede risico's naar aanbieders op de vrije markt (kunnen) vertrekken waardoor het fonds zijn taak voor met name kleine en middelgrote ondernemingen niet meer tegen economisch aanvaardbare kosten kan vervullen;

(3) *Noodzakelijk:* de verplichtstelling is in beginsel noodzakelijk (evenredig) indien aan criterium (2) is voldaan.

Solidariteit

III. Criterium (2) veronderstelt een mate van solidariteit die de verplichtstelling noodzakelijk maakt.

IV. In de rechtspraak is een aantal punten genoemd die uiting geven aan solidariteit die de verplichtstelling rechtvaardigt en daarbij met name de * de ontkoppeling van premie en risico, * de acceptatieplicht van alle risico's en * de toekenning van uitkeringsrechten zonder premiebetaling. De acceptatieplicht is hierbij niet een losstaand element, maar relevant in relatie tot de (andere) solidariteits-elementen.

V. De doorsneepremie is in de rechtspraak wel benoemd, maar niet als enig element en ook niet als noodzakelijk element om voldoende solidariteit te genereren. Andere auteurs en instanties zijn het hier wel over eens.

Solidariteit bij ontkoppeling premie en risico

VI. Dit impliceert dat bij ontkoppeling van premie en risico wegens andere aspecten van solidariteit voldaan kan zijn aan het criterium dat zonder verplichtstelling de bedrijfstakbrede pensioenregeling voor alle werknemers niet tegen aanvaardbare kosten kan worden uitgevoerd.

VII. Van de solidariteitselementen die dan mogelijk en toereikend zijn voor rechtvaardiging van de verplichtstelling heeft de rechtspraak geen opsomming gegeven. De rechtspraak is telkens toegesneden op het concrete geval en geeft geen voorbeeld van een premieovereenkomst met actuarieel faire inkoop.

VIII. Niettemin geeft het criterium van niet meer tegen aanvaardbare kosten kunnen uitvoeren van de pensioenregeling voor alle werknemers van alle werkgevers in de bedrijfstak wel een handvat.

Relevantie bedrijfstakbrede acceptatieplicht

IX. De toetsing of aan dit criterium is voldaan moet plaatsvinden met inachtneming van de taak van het verplichtgestelde bedrijfstak, dat is het uitvoeren van een pensioenregeling met acceptatieplicht voor alle werknemers en hun werkgevers in de gehele bedrijfstak. Dat op zich is al onvergelijkbaar met de acceptatieplicht die een andere aanbieder binnen het contract met een enkele werkgever kan hebben.

Toepassing op contracten volgens Pensioenakkoord

X. Het *Nieuwe pensioencontract* kent binnen dat gegeven van de bedrijfstakbrede acceptatieplicht drie relevante elementen van solidariteit:

1) solidariteit binnen generaties

2) solidariteit tussen generaties

3) uitkeringsrechten zonder premiebetaling.

De *Verbeterde premieregeling* kent de elementen:

1) solidariteit binnen generaties

2) solidariteit tussen generaties, maar alleen indien een solidariteitspremie en solidariteitsvermogen gevormd gaat worden, mede afhankelijk van de wijze waarop deze premie en vermogen besteed gaan worden;

3) uitkeringsrechten zonder premiebetaling (dit is een aanname).

Onderbouwing van niet tegen aanvaardbare kosten aanbieden

XI. Het vergt mede een actuariële en economische onderbouwing of zonder verplichtstelling deze elementen niet meer tegen aanvaardbare kosten voor alle werknemers aangeboden kan worden.

Nieuwe pensioencontract - Belang solidariteit tussen generaties

XII. Gelet op het belang van solidariteit tussen generaties en de voorlopige aanname dat dit alleen bij een verplichtstelling is te realiseren (geen vrije toe- en uittreding), is het aannemelijk dat dit element mede gezien de welvaartswinst die hiermee voor alle deelnemers is te behalen, voldoende is voor rechtvaardiging van de verplichtstelling.

Verbeterde premieregeling – Nadere onderbouwing

XIII. Indien, mogelijk bij de Verbeterde premieregeling, de enige vorm van solidariteit die binnen generaties is, zal de rechtvaardiging van de verplichtstelling gevonden moeten worden in de bedrijfstakbrede acceptatieplicht en onderbouwd moeten kunnen worden dat zonder deze verplichtstelling het fonds bij (mogelijke) uittreding van werkgevers (met goede risico's) de

pensioenregeling voor andere werkgevers, met name de kleine en middelgrote ondernemingen, niet meer tegen aanvaardbare kosten kan uitvoeren. In dat geval kan er voldoende rechtvaardiging voor de verplichtstelling zijn, gegeven het doel van een aanvullende pensioenregeling voor alle werknemers in de bedrijfstak.

Noodzakelijk

XIV. Indien vastgesteld is dat de pensioenregeling zonder de verplichtstelling niet tegen aanvaardbare kosten voor alle werknemers is uit te voeren, kan aangenomen worden dat hiermee vaststaat dat de verplichtstelling voor het beoogde doel ook noodzakelijk is. Een periodieke toets op de noodzakelijkheid, kan de houdbaarheid van de verplichtstelling echter versterken.

000000000

1. Inleiding – onderwerp analyse

1.1. Het principeakkoord juni 2019 over vernieuwing van het pensioenstelsel (hierna: 'het Pensioenakkoord 2019')[1] en het hierbij horende advies van de SER over de toekomst van het pensioenstelsel[2] geven de opmaat voor uitwerking van twee vormen van het pensioencontract met minder herverdeling en met afschaffing van de doorsneemethodiek.[3]

1.2. Een belangrijk aandachtspunt bij vormgeving van het nieuwe pensioenstelsel is dat de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds Europeesrechtelijk houdbaar moet blijven.[4]

1.3. Er zijn bij de werkzaamheden ter uitwerking van de pensioencontracten die in het Pensioenakkoord 2019 zijn benoemd vragen gerezen of de verplichtstelling gezien de afschaffing van de doorsneemethodiek inderdaad houdbaar blijft.

1.4. Deze analyse bespreekt de vraag of en onder welke voorwaarden de verplichtstelling bij invulling van de vormen van het pensioencontract houdbaar zou kunnen blijven.

1.5. Concreet is de volgende vraag geanalyseerd:

> *welke mate van solidariteit is naar verwachting toereikend om de huidige verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds na implementatie van het Pensioenakkoord juni 2019 te blijven rechtvaardigen en wat is in dat verband de betekenis van het noodzakelijkheidsvereiste voor het behoud van de verplichtstelling.*

1.6. Voor de analyse van de vraag richt ik mij op de uitzonderingen die op het VWEU mogelijk zijn op grond van art. 106 VWEU voor een dienst van algemeen economisch belang. Ter uitwerking bespreek ik vooral de rechtspraak inzake het mededingingsrecht, omdat deze specifiek in art. 106 lid 2 VWEU zijn genoemd. Bij die bespreking zal hiernaast ingegaan worden op de betekenis van de vrije dienstverrichting (art. 56 VWEU).

1.7. Dat gezegd hebben zijn de volgende elementen ter uitwerking van de vraag achtereenvolgens behandeld:

---

[1] Zie brief van de minister van 5 juni 2019, *Kamerstukken II* 2019/20, 32043, 457.
[2] SER-Advies 19/05, juni 2019, '*Naar een nieuw pensioenstelsel'*.
[3] SER-Advies 19/05, p. 16-17.
[4] Aldus de brief van de minister van 5 juni 2019, *Kamerstukken II* 2019-20, 32043, 457. Dat is geen nieuw gezichtspunt. Zo is onder meer in het regeerakkoord 2017 '*Vertrouwen in de toekomst'* in het onderdeel over toekomst van het pensioenstelsel opgemerkt: 'de huidige verplichte deelname aan bedrijfstak- en beroepspensioenfondsen blijft gehandhaafd', *Kamerstukken II* 2017/18, 34700, 34, bijlage.

- par. 2: neerzetten van het wettelijk kader uit het VWEU;
- par. 3: duiding en analyse van de rechtvaardiging voor de verplichtstelling zoals blijkt uit rechtspraak van het Hof van Justitie EG/EU (hierna: HvJ). De rechtspraak is in de tekst met alleen de naam van het arrest aangegeven; de volledige duiding met datum en vindplaats is in de bijlage 'register rechtspraak' vermeld;
- par. 4: duiding en analyse van betekenis van het zogenoemde noodzakelijkheidsvereiste;
- par. 5: duiding mede in een vergelijkend overzicht van de solidariteitselementen die genoemd zijn in de rechtspraak, die thans in de pensioenregelingen uitgevoerd door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds aanwezig zijn en die (niet meer) aanwezig zijn bij implementatie van de contractsvormen genoemd in het Pensioenakkoord 2019;
- par. 6: analyse of gelet op voorgaande de verplichtstelling houdbaar is na implementatie van het Pensioenakkoord 2019;
- par. 7: samenvatting/conclusie.

2. Het kader van het VWEU

2.1. De vraag naar houdbaarheid van de verplichtstelling situeert zich vooralin het Europeesrechtelijke mededingingsrecht en wel de art. 101, 102 en 106 VWEU[5].

> De Nederlandse Mededingingswet is niet afzonderlijk van belang, enerzijds niet omdat die wet niet in strijd mag zijn met het dwingende EU-recht, anderzijds omdat de verplichtstelling als ingekaderd in de Wet Bpf 2000 een lex-specialis is ten opzichte van de Mededingingswet, maar niet in strijd mag zijn met het mededingingsrecht uit het VWEU.

2.2. De voor deze analyse relevante essentie van de artikelen van het VWEU zijn voor een goed begrip hieronder geciteerd.

> **Artikel 101 lid 1**
>
> Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn 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

[5] De betekenis van de vrije dienstverrichting genoemd in art. 56 VWEU komt aan het sluit van par. 4 aan de orde.

mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in: (enz)

Artikel 102

Onverenigbaar met de interne markt en verboden, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan.

Artikel 106 lid 1 en 2

1. De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109.

2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.

2.3. De relevantie van deze artikelen voor de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds is de volgende.

- Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU vallen de afspraken tussen sociale partners over verplichtstelling van een pensioenregeling en deelneming in een pensioenfonds voor werknemers uit de aard niet onder het mededingingsrecht[6] en staat (thans) art. 101 VWEU niet in de weg aan het besluit van de minister tot verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds.[7]

- Niettemin kent de minister met het besluit tot verplichtstelling aan het bedrijfstakpensioenfonds een uitsluitend recht toe als bedoeld in art. 106 lid 1 VWEU (het betreffende

[6] Onder meer Albany, rov, 60 jo 64, Van der Woude, rov. 27 en AG2R, rov. 29. Zie ook FNV KIEM rov. 23: 'Zo heeft het Hof geoordeeld dat overeenkomsten die in het kader van collectieve onderhandelingen ter verwezenlijking van dergelijke doelstellingen tussen sociale partners worden gesloten, wegens hun aard en doel moeten worden geacht niet onder artikel 101, lid 1, VWEU te vallen (zie arresten Albany, EU:C:1999:430, punt 60; Brentjens, EU:C:1999:434, punt 57; Drijvende Bokken, EU:C:1999:437, punt 47; Pavlov e.a., C-180/98–C-184/98, EU:C:2000:428, punt 67; Van der Woude, EU:C:2000:475, punt 22, alsook AG2R Prévoyance, C-437/09, EU:C:2011:112, punt 29).
[7] Albany, rov. 65-70.

bedrijfstakpensioenfonds krijgt een monopolie[8], waar niet aan afdoet dat er – door het fonds zelf – over vrijstelling kan worden beslist).

- Hierbij geldt als uitgangspunt dat het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds een onderneming is in de zin van art. 101 en art. 106 VWEU, omdat het fonds een economische activiteit verricht en daarbij met verzekeraars concurreert door de beleggingen en door het beslissen over vrijstellingen.[9]

- Dit betekent dat (toch) beoordeeld moet worden of het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds in overeenstemming handelt met art. 101 VWEU want op de onderneming die een uitsluitend recht is toegekend valt onder (onder meer) het mededingingsrecht. Het toekennen van een monopolie beperkt op zichzelf de mededinging op de pensioenmarkt. Bovendien krijgt het bedrijfstakpensioenfonds alleen door de verplichtstelling een machtspositie op een relevant deel van de pensioenmarkt.

- Er kan echter niet worden geoordeeld dat de enkele verplichtstelling een situatie tot stand brengt dat het bedrijfstakpensioenfonds misbruik van die machtpositie maakt of daartoe wordt gebracht, zodat er geen strijd met art. 102 VWEU ontstaat.[10]

- Ingevolge art. 106 lid 2 VWEU is evenwel het mededingingsrecht en in het bijzonder art. 101 VWEU niet van toepassing op de in dit lid bedoelde ondernemingen in de daar geregelde omstandigheden. Dit is wat wel de DAEB uitzondering wordt genoemd, vernoemd naar de duiding van diensten van algemeen economisch belang in art. 106 lid 2. Deze DAEB uitzondering is in par. 3 nader besproken.

2.4. De verplichtstelling van deelneming in een beroepspensioenregeling is van andere aard dan de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Hiervoor geldt daarom een andere beoordeling van de houdbaarheid.

- Ten eerste betreft de afspraak over een beroepspensioenregeling en de verplichtstelling van deelneming daarin niet (of niet alleen) een afspraak tussen sociale partners voor werknemers. Het is een afspraak voor beroepsgenoten die in hoofdzaak geen werknemer zijn, maar

[8] Albany, rov. 90, luidende: 'Allereerst moet erop worden gewezen, 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 90, lid 1 van het Verdrag.' (thans betreft het art. 106 lid 1 VWEU).
[9] Albany, rov. 80-85.
[10] Albany, rov. 93. Zie ook de uitgebreide beschouwingen van de AG voorafgaande aan dit arrest in de punten 387-416.

ondernemer. Bij de afspraak voor deze categorie werkenden treden werknemersorganisaties daarom niet op als sociale partner bij collectieve onderhandelingen, maar als ondernemersvereniging. Dat brengt mee dat deze afspraak niet uit de aard buiten het mededingingsrecht valt.[11]

- De afspraak beperkt de vrijheid van mededinging voor de beroepsgenoten-ondernemers. Nochtans kan het zijn dat de afspraak over de beroepspensioenregeling en de verplichtstelling daarvan de mededinging niet merkbaar beperkt, waardoor er geen strijd is met het mededingingsrecht.[12]

- Ten tweede is het besluit tot verplichtstelling van de beroepspensioenregeling genomen in het kader van de regelgevende bevoegdheid op sociaal gebied en 'kan' derhalve geen schending van (thans art. 101 VWEU) opleveren.[13]

- Ten derde betreft de verplichtstelling van een beroepspensioenregeling onder de huidige Wvb niet de verplichtstelling van een fonds; er is anders gezegd niet sprake van een onderneming waar uitsluitende rechten aan worden toegekend. Dat is hooguit indirect het geval door de in de Wvb vastgelegde binding aan een uitvoeringsovereenkomst, maar deze situatie wordt niet beheerst door art. 106 VWEU.

- Dit betekent dat voor houdbaarheid van de verplichtstelling van een beroepspensioenregeling een ander toetsingskader geldt dan voor verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds. De aspecten die voor de DAEB uitzondering bij bedrijfstakpensioenfondsen van belang zijn, zijn bij de beroepspensioenregeling niet van belang, terwijl de afspraak en de verplichtstelling van de beroepspensioenregeling aan art. 101 VWEU moet worden getoetst anders dan de afspraak en verplichtstelling inzake een bedrijfstakpensioenfonds voor werknemers, want dat valt wegens de aard buiten het mededingingsrecht.[14]

[11] Zie Pavlov, rov. 68 en 70, zie ook FNV KIEM, rov. 25-30 en Rb. Den Haag 30 januari 2019, PJ 2019/8, rov. 5.15-519 (Zelfstandigen Bouw/Bpf Schilders).
[12] Pavlov, rov. 95 en 97.
[13] Pavlov, rov. 98 en 99. Hierbij is in aanmerking te nemen dat art. 101 VWEU geen betrekking heeft op bestuursrechtelijke besluiten van de overheid.
[14] Hierbij is op te merken dat de Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling geldende in het Pavlov-geding in art. 2 lid 2 onder a bepaalde dat de beroepspensioenregeling, waarvan verplichtstelling kon worden gevraagd, de oprichting van een beroepspensioenfonds kon inhouden die als uitvoerder van de beroepspensioenregeling zou optreden. Dat was in Pavlov aan de orde: er was de oprichting van het beroepspensioenfonds fysiotherapeuten.Onder deze toen geldende wetgeving kreeg het beroepspensioenfonds dus wel een uitsluitend recht ingeval van verplichtstelling van de pensioenregeling. Het HvJ toetste evenwel slechts of voor het beroepspensioenfonds door deze verplichtstelling een situatie was gecreëerd waarin het tot het maken van misbruik van de machtspositie werd gebracht, waarop het Hof een ontkennend antwoord gaf. Het Hof toetste niet ook aan (thans) art. 101 VWEU, kennelijk omdat in het geding niet was aangevoerd dat de concurrentie ten opzichte van verzekeraars was beperkt want er was slechts aangevoerd dat de fysiotherapeuten in een ander verplicht fonds wilden deelnemen, zie rov. 129.

3. Rechtspraak en literatuur

3.A. De Albany rechtspraak

3.1. Het HvJ EG heeft op 21 september 1999 uitspraak gedaan over de mededingingsrechtelijke houdbaarheid van de verplichtstelling van deelneming in bedrijfspensioenfondsen onder het regime van de Wet Bpf uit 1949. Het betreft de zaken Albany/Bpf Textielindustrie, Brentjens'/Bpf Handel in Bouwmaterialen en Drijvende Bokken/Bpf Vervoer- en Havenbedrijven. De uitspraken in deze zaken zijn vrijwel gelijk voor het voor deze analyse relevante deel. In deze analyse zijn overwegingen uit Albany aangehaald.

3.2. Het HvJ stelt in de betreffende arresten eerst vast dat het bedrijfstakpensioen een 'uitsluitend recht' heeft als bedoeld in (thans) art. 106 lid 1 VWEU om daarna te onderzoeken of de concurrentiebeperking op de pensioenmarkt die daarvan het gevolg is kan worden gerechtvaardigd 'als een maatregel die noodzakelijk is voor de vervulling van een aan dit fonds opgedragen bijzondere sociale taak van algemeen belang'. Dat betreft dus de toetsing aan de DAEB uitzondering.[15]

3.3. In lijn met de tekst van art. 106 lid 2 VWEU zijn twee stappen te zetten in die toetsing:

(1) heeft de onderneming – het bedrijfstakpensioenfonds – een toevertrouwde bijzondere taak betreffende het beheer van een dienst van algemeen economisch belang;

(2) verhindert toepassing van het mededingingsrecht in feite of in rechte de vervulling van die taak.

Stap (1): de dienst van algemeen economisch belang

3.4. Ten aanzien van dit aspect heeft het HvJ geoordeeld dat (thans) art. 106 lid 2 VWEU uitdrukking geeft aan het belang van lidstaten om bepaalde ondernemingen te benutten als instrument van economisch of sociaal beleid en daartoe afwijking van de mededingingsregel (onder voorwaarden)

[15] Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat het toekennen van een bijzondere taak aan een onderneming als bedoeld in art. 106 VWEU iets anders is dan de situatie dat een overheidslichaam ter uitvoering van de pensioenregeling voor haar werknemers een verzekeringsovereenkomst aangaat met een bepaalde verzekeringsonderneming. Dit was de situatie in Commissie/Duitsland en dan zijn op die keuze van de verzekeraar de regels over aanbesteding van toepassing, aldus het Hof. Deze situatie doet zich onder het huidige recht bij het Nederlands aanvullend pensioen niet voor.

toestaat. Daaraan verbindt het HvJ de conclusie dat de uitzondering die art. 106 lid 2 geeft niet noodzakelijk strikt uitgelegd hoeft te worden met de gevolgtrekking dat[16]:

> ‘Gelet op het aldus omschreven belang van de lidstaten kan hun 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’.

Anders gezegd: doelstellingen van nationaal beleid kunnen richting geven aan formulering van hetgeen als dienst van algemeen economisch belang wordt aangemerkt en bij die formulering komt de lidstaat ruimte toe om daar invulling aan te geven. Dit volgt ook uit Protocol Nr. 26 bij het VWEU[17] waarin wordt gesproken over:

> ‘de essentiële rol en de ruime discretionaire bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers;’

en is verklaard (art. 2 van Protocol Nr. 26):

> ‘De bepalingen van de Verdragen doen op generlei wijze afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren.’

3.5. De Europese Commissie heeft de vrijheid van lidstaten bij het bepalen van diensten van algemeen economisch belang onderschreven in haar Mededeling ‘Een interne markt voor het Europa van de 21ste eeuw’[18]:

---

[16] Albany, rov. 104. Zie ook Commissie/Nederland, rov. 37-40: ‘‘In de tweede plaats moet er ten gronde aan worden herinnerd dat de lidstaten het recht hebben om, met inachtneming van het recht van de Unie, de omvang en de organisatie van hun DAEB’s te omschrijven, waarbij zij rekening kunnen houden met doelstellingen van hun nationale beleid (zie in die zin arrest van 21 december 2011, ENEL, C-242/10, EU:C:2011:861, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).’ Dat staat naast de uitleg dat op zichzelf uitzonderingen op het Verdrag volgens de rechtspraak ‘strikt’ moeten worden uitgelegd, aldus BRT, rov. 19. Dat is op te vatten als: de uitzondering mag niet verder gaan dan voor een onderneming die een dienst van algemeen economisch belang vervult. De invulling van dat begrip hoeft echter niet al te strikt.

[17] PB C 83 van 30.3.2010, blz. 1–388.

[18] Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's - Begeleidend document bij de Mededeling "*Een interne markt voor het Europa van de 21ste eeuw*" - Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement, COM/2007/0725 def.

> ‘De bevoegde autoriteiten van de lidstaten kunnen zelf vaststellen wat zij onder diensten van algemeen economisch belang verstaan en beschikken over een ruime discretionaire bevoegdheid met betrekking tot de organisatie, regelgeving en financiering van deze diensten, overeenkomstig het Gemeenschapsrecht en binnen de grenzen van kennelijke fouten.’

De Commissie gaf daarbij de volgende algemene omschrijving van een dienst van algemeen economisch belang:

> ‘dat DAEB's economische activiteiten zijn die het algemeen belang dienen en die de markt, zonder het overheidsoptreden, anders niet (of niet onder dezelfde voorwaarden inzake objectieve kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling of algemene toegang) had verricht.’

Voorts heeft de Commissie aangegeven dat aanvullende sociale zekerheidsregelingen, zoals die betreffende pensionering, als sociale dienst van algemeen belang zijn aan te merken.[19]

3.6. De (discretionaire) bevoegdheid om te duiden of een activiteit een dienst van algemeen economisch belang representeert is – uiteraard - niet zonder grenzen. Onderkend moet worden dat het HvJ heeft geoordeeld dat op zichzelf uitzonderingen op het Verdrag ‘strikt’ moeten worden uitgelegd, aldus BRT, rov. 19. Dat is op te vatten als: de uitzondering mag niet verder gaan dan voor een onderneming die een dienst van algemeen economisch belang vervult. Of er sprake is van zo’n dienst wordt wel getoetst waarbij een relevant gezichtspunt is of het beoogde doel reeds zonder het exclusieve recht door marktpartijen wordt ingevuld.[20]

3.7. Toegesneden op de verplichtstelling overweegt het HvJ in Albany over het algemeen belang aspect van de verplichtstelling[21]:

> ‘De in geding zijnde aanvullende pensioenregeling nu vervult een essentiële sociale functie in het pensioenstelsel in Nederland, zulks wegens de geringe hoogte van het aan het wettelijk minimumloon gekoppelde wettelijk pensioen.’

Dit volgt ook uit de overweging van het Hof in Albany in het kader van beantwoording van de vraag of het bedrijfstakpensioenfonds een onderneming is, aldus[22]:

---

[19] Zie Werkdocument SWS (2013) 53, final/2, *Gids voor toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang*, alsmede de **M**ededeling van de Commissie - *Uitvoering van het communautaire Lissabon-programma - Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie*, COM/2006/0177 def. .
[20] Zie ook A.D.L. Knook, Recente ontwikkelingen over Diensten van Algemeen Economisch Belang, TAAN 2018/44.
[21] Albany, rov. 105.

> ‘heeft de verplichte aansluiting van alle werknemers in een bepaalde bedrijfstak bij een aanvullende pensioenregeling een belangrijke sociale functie in het Nederlandse pensioenstelsel, wegens het bijzonder lage wettelijke pensioen, dat aan het wettelijk minimumloon gekoppeld is. Wanneer bij collectieve overeenkomst een aanvullende pensioenregeling in een bij wet geregeld kader wordt ingesteld en de aansluiting bij die regeling door de overheid verplicht wordt gesteld, is deze regeling een onderdeel van het Nederlandse stelsel van sociale bescherming en moet het met het beheer ervan belaste bedrijfspensioenfonds worden geacht mee te werken aan het beheer van de openbare dienst der sociale zekerheid.’

3.8. Met de overweging over het pensioenstelsel in Nederland haakt het HvJ aan bij de conclusie van de AG die het volgende had aangegeven:

> ‘422 De eerste vraag is, of de pensioenfondsen zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Daarover kan mijns inziens weinig twijfel bestaan.
>
> 423 In Nederland geeft het wettelijk pensioenstelsel enkel recht op een aan het minimumloon gekoppeld basispensioen. Aanvullende pensioenregelingen dragen er derhalve toe bij dat een groot deel van de bevolking verzekerd is van een hoger pensioen dan dat minimum. Daarmee hebben de pensioenfondsen een sociaal doel. Zij handelen niet in de eerste plaats in hun eigen particulier belang of dat van hun leden.’[23]

3.9. Het HvJ benoemt in rov. 106 van Albany de erkenning van ‘het belang van de sociale functie van aanvullende pensioenregelingen’ in Richtlijn 98/49 inzake de bescherming van rechten op aanvullend pensioen.

3.10. Hier kan aan worden toegevoegd dat dit belang nog volledig actueel is vanuit Europese context beoordeeld. Zo is in richtlijn 2016/2341/EU inzake instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen (IPBV’s) gewezen op de passende actie die is geboden om aanvullende pensioenregelingen te verbeteren met de opmerking (in overweging 8):

> ‘Dit is belangrijk omdat sociale zekerheidsstelsels onder toenemende druk komen te staan, wat inhoudt dat steeds meer op bedrijfspensioenen wordt vertrouwd als aanvulling op andere pensioenvoorzieningen’.

---

[22] Albany, rov. 73.
[23] Met de laatste woorden grijpt de AG terug op het arrest BRT, waar het HvJ in rov. 23 heeft uitgesproken dat een onderneming geen dienst van algemeen economisch belang kan beheren indien zij enkel maar particuliere belangen beheert.

3.11. Hiernaast is in die richtlijn 2016/2341/EU erkend dat het nationale sociale en arbeidsrecht van toepassing blijft op in een lidstaat gevestigde instelling voor bedrijfspensioenvoorzieningen (waaronder in Nederland begrepen de bedrijfstakpensioenfondsen) en expliciet daaronder begrepen (volgens overweging 35 en art. 11 lid 1):

> 'verplichte deelneming'

3.12. Hiermee is zowel onderstreept dat het bevorderen van deelneming in pensioenregelingen een doelstelling van nationaal sociaal beleid kan zijn, als dat verplichte deelneming in een instelling voor bedrijfspensioenvoorziening daarbij een instrument kan zijn (onverminderd dat aan de overige voorwaarden van art. 106 lid 2 VWEU moet zijn voldaan, daar doet richtlijn 2016/2341/EU uiteraard geen afbreuk aan).

3.13. Het sociale belang van de verplichtstelling als onderdeel van het pensioenstelsel en beleidsinstrument van de overheid is onder meer ook in de memorie van toelichting op de huidige Wet Bpf 2000 benadrukt door te wijzen op de 'belangrijke bijdrage' aan het verkleinen van de witte en grijze vlekken.[24] Eerder is ook gewezen op de 'sociale beleidsdoelen' die met de aan de inherente bedrijfstakbrede 'groepssolidariteit' kunnen worden bereikt.[25]

3.14. Deze doelen van de verplichte bedrijfstakbrede deelneming in een pensioenregeling wordt zonder de verplichte deelneming niet door marktpartijen tot stand gebracht (er is zonder verplichtstelling immers contractsvrijheid[26]), zodat hiermee ook aan het onder punt 3.6 genoemde toetselement is voldaan.

3.15. **Conclusie:** tegen deze achtergrond staat het naar mijn oordeel buiten twijfel dat aangenomen kan worden dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen een dienst van algemeen economisch belang beheren.[27]

3.16. Hierbij zij nog opgemerkt dat het Hof zijn oordeel over de essentiële sociale functie van het aanvullend pensioen mede baseerde op de volgende vaststelling (Albany, rov. 36):

---

[24] *Kamerstukken II* 1988/00, 27073, 3, p. 1. Zie ook reeds de brief van de staatssecretaris van 17 september 1996 inzake '*Flexibilisering en verplichtstelling in de pensioensector'*, *Kamerstukken II* 1996/97, 25014, 1.
[25] Brief van de staatssecretaris van 17 september 1996 inzake *'Flexibilisering en verplichtstelling in de pensioensector'*, *Kamerstukken II* 1996/97, 25014, 1.
[26] Voor de volledigheid zij opgemerkt dit, de contractsvrijheid, ook aanwezig is ingeval een (bedrijfstak-)pensioenregeling bij cao is vastgelegd, omdat ten eerste een cao een vorm van vrijwillig tussen sociale partners aangegaan contract is en ten tweede niet georganiseerde werkgevers (en hun werknemers) niet bindt.
[27] Overigens zij opgemerkt dat volgens BRT de vraag of een onderneming een dienst van algemeen economisch belang beheert, uiteindelijk aan de nationale rechter is, zie BRT, rov. 22.

> 'In casu moet worden opgemerkt, 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.'

Dit roept de vraag op hoe relevant deze hiermee geformuleerde norm of ambitie is en welke betekenis de eventuele verlaging van de pensioenambitie tot gevolg zou kunnen hebben. Dit behandel ik nader in par. 6.

Stap (2): verhindering van taak – het belang van solidariteit

3.17. Hierover kan voorop worden gesteld dat de beoordeling of toepassing van het mededingingsrecht, in de situatie dat het bedrijfstakpensioenfonds niet verplichtgesteld zou zijn, verhindert dat het bedrijfstakpensioenfonds de opgedragen taak verricht, een gedetailleerd onderzoek vergt naar alle economische, financiële en sociale factoren die de verplichtstelling kenmerken. Dat onderzoek dient door de nationale rechter bij geschillen te gebeuren.[28] Hierbij zal de rechter wel moeten blijven binnen de kaders die het HvJ heeft geformuleerd. Daarover het volgende.

3.18. Ter toetsing van dit element heeft het HvJ het relevante criterium geformuleerd in Commissie/Nederland[29] (betreffende toekenning van een uitsluitend recht aan een onderneming voor de levering van elektriciteit), herhaald in Albany met de volgende woorden:

> 'Om de voorwaarden voor toepassing van artikel 90, lid 2, van het Verdrag als vervuld te kunnen beschouwen, is het bovendien 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 (arrest Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 52), 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 (arresten van 19 mei 1993, Corbeau, C-320/91, Jurispr. blz. I-2533, punten 14-16, en Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 53).'

[28] Zie punt 435 conclusie AG in Albany.
[29] Commissie/Nederland, rov. 52.'

3.19. Dit is blijkens de verwijzingen geen nieuw ontwikkeld gezichtspunt. Het was als gezegd al geformuleerd in Commissie/Nederland en daarvoor al in Corbeau (betreffende toekenning van een exclusief recht aan een posterijbedrijf) in welk arrest het HvJ oordeelde dat moet worden onderzocht[30]:

> 'in hoeverre een beperking van de mededinging […] noodzakelijk is om de houder van het alleenrecht in staat te stellen, zijn taak van algemeen belang te vervullen en zulks met name onder economisch aanvaardbare omstandigheden'.[31]

In Corbeau overwoog het Hof nader dat voor toepassing van genoemd criterium[32]:

> 'moet worden uitgegaan van de premisse, dat de verplichtingen van degene die met die taak is belast, zijn diensten te verzekeren zonder daarbij het economisch evenwicht te verliezen, de mogelijkheid van compensatie tussen rendabele en minder rendabele sectoren van bedrijvigheid onderstelt en dus een beperking van de mededinging door particuliere ondernemers in de economisch rendabele sectoren rechtvaardigt'.

Bij een vrije markt zouden particuliere ondernemers zich immers alleen op de rendabele sectoren kunnen gaan richten.[33] Dit criterium van compensatie van rendabele en niet rendabele diensten is het standaard criterium in de rechtspraak van het HvJ. [34] [35]

[30] Corbeau, rov. 16.
[31] Zie verder onder meer ook Viasat: 'In dat verband komt uit de rechtspraak van het Hof naar voren dat het niet noodzakelijk is dat het financiële evenwicht of het economische voortbestaan van de met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang belaste onderneming wordt bedreigd. Voldoende is dat de onderneming de haar opgedragen bijzondere taak zonder de omstreden rechten niet kan vervullen of dat handhaving van die rechten noodzakelijk is om de houder ervan in staat te stellen de hem opgedragen taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen (zie arrest van 15 november 2007, International Mail Spain, C-162/06, EU:C:2007:681, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).'
[32] Corbeau, rov. 17.
[33] Dit ontwikkelde criterium is standaardrechtspraak waarbij het Hof telkens terug verwijst naar onder meer Commissie/Nederland en Albany, zie bijvoorbeeld nog M6, rov. 138: Ook zij eraan herinnerd dat het, om de voorwaarden voor toepassing van artikel 86, lid 2, EG als vervuld te kunnen beschouwen, niet noodzakelijk is dat het financiële evenwicht of de economische levensvatbaarheid van de met een DAEB 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 de handhaving van die rechten noodzakelijk is om de betrokkene in staat te stellen de hem opgedragen taak van algemeen economisch belang in economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen (arresten Hof Commissie/Nederland, punt 136 supra, punten 52 en 53; Albany, punt 136 supra, punt 107, en TNT Traco, punt 136 supra, punt 54, en arrest van 15 november 2007, International Mail Spain, C-162/06, Jurispr. blz. I-9911, punt 35; zie in die zin eveneens arrest Hof van 19 mei 1993, Corbeau, C-320/91, Jurispr. blz. I-2533, punten 14-16).'
[34] Zie onder meer Ambulanz Glöckner**,** rov. 57: Nagegaan moet dus worden, of de beperking van de mededinging noodzakelijk is om de houder van een uitsluitend recht in staat te stellen, zijn taak van algemeen belang te vervullen onder economisch aanvaardbare omstandigheden. Daartoe moet volgens de rechtspraak van het Hof worden uitgegaan van de premisse, dat de verplichting van degene die met die taak is belast, zijn diensten te verzekeren zonder daarbij het economisch evenwicht te verliezen, de mogelijkheid van compensatie tussen rendabele en minder rendabele sectoren van bedrijvigheid onderstelt en dus een beperking van de mededinging door particuliere ondernemers in de economisch rendabele sectoren rechtvaardigt (arrest Corbeau, reeds aangehaald, punten 16 en 17).'
[35] In TNT Traco oordeelde het HvJ, zie rov. 55, dat ook mogelijk is dat niet onder het exclusieve recht vallende ondernemingen een bijdrage moeten betalen aan de onderneming met het exclusieve recht om haar in staat te stellen de dienst onder economisch aanvaardbare voorwaarden te vervullen. Dit is op het terrein van de verplichtstelling niet aan de orde.

3.20. In Commissie/Nederland was het doel van de maatregel, het exclusieve recht, door Nederland omschreven als[36]:

> 'zorg te dragen voor het betrouwbaar en doelmatig functioneren van de landelijke openbare elektriciteitsvoorziening tegen zo laag mogelijke kosten en op maatschappelijk verantwoorde wijze",

en zou de realisering hiervan bij afschaffing van het exclusieve recht 'ernstig aan het wankelen worden gebracht'. Dit had de Commissie niet bestreden, zodat het Hof aannam dat het exclusieve recht de betrokken onderneming in staat stelde haar opgedragen taak te vervullen.

3.21. In de rov. 108 in combinatie met 109 en 110 van Albany geeft het HvJ zijn oordeel wanneer/waarom het bedrijfstakpensioenfonds zonder verplichtstelling de hem opgedragen bijzondere taak niet meer onder economisch aanvaardbare omstandigheden kan vervullen:

> 108. 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.
>
> 109. Dit zou te meer het geval zijn wanneer, zoals in het hoofdgeding, de uitsluitend door het Pensioenfonds beheerde aanvullende pensioenregeling wordt 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.
>
> 110. Dergelijke voorwaarden, waardoor de door het Pensioenfonds verrichte dienst minder concurrerend is dan een vergelijkbare dienst verricht door verzekeringsmaatschappijen, rechtvaardigen mede het uitsluitend recht van dit fonds de aanvullende pensioenregeling te beheren.

[36] Commissie/Nederland, rov. 45.

3.22. Het centrale punt ligt in rov. 108: zonder verplichtstelling kunnen ‘goede’ risico’s – omschreven als: jonge en gezonde werknemers, althans hun werkgevers voeg ik toe - zich van het bedrijfstakpensioenfonds afwenden, waardoor voor de slechte risico’s de ‘kosten’ niet meer aanvaardbaar zijn. Indien dat het geval is kan de taak om voor alle werknemers in de bedrijfstak een bereikbare pensioenregeling uit te voeren niet meer onder economisch aanvaardbare voorwaarden worden vervuld. Deze overweging lijkt rechtstreeks overgenomen uit de argumentatie van de fondsen in het geding.[37] De overweging sluit ook aan bij de overweging uit Corbeau over rendabele en niet rendabele sectoren.

3.23. Wanneer zich het geval voordoet dat het fonds de taak niet meer onder economisch aanvaardbare voorwaarden kan vervullen preciseert het HvJ niet heel duidelijk, maar in de rov. 109 en 110 ligt wel een concretisering wanneer van het in rov. 108 gestelde sprake is: de pensioenregeling kenmerkt zich door een ‘hoge mate van solidariteit’, waar het pensioenproduct van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds minder concurrerend is dan van een verzekeraar. Daarbij noemt het HvJ de volgende elementen van solidariteit:

a) ontkoppeling premie en risico’s

b) acceptatieplicht zonder keuring van alle werknemers

c) voortzetting pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid met premievrijstelling

d) overname achterstallige pensioenpremies bij faillissement van de werkgever

e) indexatie.

Over deze elementen nog het volgende.

3.24. Op de eerste plaats is de verhouding tussen de rov. 108 enerzijds en 109 en 110 anderzijds uit te leggen. Is voldoende dat goede risico’s kunnen vertrekken en de kosten voor slechte risico’s niet meer aanvaardbaar zijn? Of moet de in rov. 109 bedoelde hoge mate van solidariteit aanwezig zijn? De opbouw van het arrest en de lijn uit eerdere arresten duidt er op dat het niet meer tegen aanvaardbare kosten een pensioen kunnen bieden door een mogelijk vertrek van bepaalde groepen werknemers voldoende is. Dat is het criterium. Dat zou ook kunnen blijken uit het gebruik van het woord ‘te meer’ in rov. 109. Het HvJ wil met dat woord kennelijk niet uitsluiten dat ook op andere wijze aan het criterium kan worden voldaan, maar indien de omschreven hoge mate van

[37] Zie punt 427 van de conclusie van de AG.

solidariteit aanwezig is, is daar in ieder geval aan voldaan. Deze uitleg vindt steun in de Engelse tekst van het arrest waar in rov. 109 wordt gezegd over de situatie beschreven in rov. 108:

> Such a situation would arise particularly in a case where … (waarna de hoge mate van solidariteit wordt genoemd).

Zie ook de Franse tekst die spreekt over 'd'autant plus' Bij die hoge mate van solidariteit is dus 'vooral' (particularly) of des te meer ('d'autant plus) voldaan aan het criterium. Het is echter niet exclusief bedoeld. Ook bij andere omstandigheden kan aan het criterium van rov. 108 zijn voldaan. Evenwel is aannemelijk dat het beschreven effect van het vertrek van goede risico's – niet meer tegen aanvaardbare kosten kunnen uitvoeren omdat het fonds met slechte risico's achter blijft - alleen voorstelbaar is ingeval er overdrachten tussen goede en slechte risico's plaatsvinden, derhalve een (hoge) mate van solidariteit aanwezig is. Maar dat is niet noodzakelijk de solidariteit beschreven in rov. 109.

3.25. Op de tweede plaats is de vraag wat de relevantie is van de opsomming van elementen van solidariteit. De elementen a) t/m e) zijn door het HvJ genoemd omdat deze elementen in het geding aanwezig waren. Daarmee is niet gezegd dat andere elementen niet hetzelfde effect op het economisch aanvaardbaar functioneren kunnen hebben, noch dat alle elementen aanwezig moeten zijn. De elementen zijn veel eer te beschouwen als illustratie of invulling in dit geding van het niet meer op economisch aanvaardbare gronden de pensioenregelingen kunnen uitvoeren.

3.26. Op de derde plaats kan over de aspecten van solidariteit nog het volgende worden toegelicht:

ad a: *ontkoppeling premie en risico:* bij deze overweging noemt het HvJ niet het begrip 'doorsneepremie', maar uit zowel rov. 100 van Albany als de conclusie van de AG is wel duidelijk dat het om dit begrip ging. Het hanteren van een doorsneepremie is op zich echter geen noodzakelijk element bij dit punt a, maar wel het ontkoppelen van premie en gedekte risico's. Daarbij is op te merken dat de fondsen in de procedure zich hebben beroepen op doorsneepremie en doorsneepensioen als rechtvaardiging voor de verplichtstelling[38], hetgeen onderstreept dat het Hof dit ook voor ogen had bij het noemen van dit punt a.

ad b: *acceptatieplicht zonder keuring:* de acceptatieplicht zonder keuring is op zich niet kenmerkend voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen maar de bedrijfstakbrede acceptatieplicht is dat wel. Zonder verplichtstelling is er contractsvrijheid bij uitvoerders om

[38] Zie punt 428 van de conclusie van de AG.

een pensioenregeling wel of niet in uitvoering te nemen. Dat kan tot gevolg hebben dat de beleidsdoelstelling van het bereiken van een hoge participatiegraad binnen aanvullende pensioenregelingen niet bereikt wordt (omdat een werkgever wegens te hoge uitvoeringskosten afziet van het treffen van een pensioenregeling), of voor bepaalde groepen de uitvoering slechts tegen economisch niet aanvaardbare kosten mogelijk is;

ad c: *premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid:* de bedrijfstakbrede acceptatieplicht is voor de economische opzet van het bedrijfstakpensioenfonds met name ook aanwezig wanneer de pensioenregeling risico-elementen kent. Bijvoorbeeld de hier genoemde premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, denk ook aan nabestaandenpensioen bij overlijden, aspecten die mogelijk voor oudere en ongezonde werknemers tot hogere kosten leiden. Dit zal wel aantoonbaar het geval moeten zijn.

ad d: *overname pensioenpremie bij faillissement werkgever:* de overname van premiebetaling is niet specifiek kenmerkend voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen, maar wel een element van solidariteit dat bij verzekeraars ontbreekt, althans binnen de voorwaarden van art. 29 Pensioenwet geeft de verzekeraar geen dekking meer indien de premie niet is betaald;

ad e: *indexering:* wat betreft de indexering is de aanname hierbij kennelijk dat het collectieve vermogen voor indexeringsruimte zorgt.

3.27. Hier is nog aan toegevoegd in relatie tot het oogmerk van de verplichtstelling om de witte en grijze vlek tegen te gaan dat in FFAD het HvJ oordeelde dat de toekenning van een exclusief recht voor afvalrecycling noodzakelijk kon worden geacht om aldus de aanvoer van een grote hoeveelheid afval te waarborgen en daarmee de rentabiliteit van het afvalverwerkingscentrum te verzekeren. Dit was in de omstandigheid dat andere marktpartijen niet in staat waren grote hoeveelheden afval te recyclen en het exclusieve recht voor beperkte duur was, namelijk voor de periode van afschrijving van de investering in de onderneming met het exclusieve recht. Hoewel de verplichtstelling past in het doel om een grote deelname te realiseren, is niet aan te nemen dat andere marktpartijen een bedrijfstakregeling op zich niet kunnen aanbieden. De rechtvaardiging voor de verplichtstelling zal daarom van andere argumenten moeten komen, met name dus het argument dat er geen bedrijfstakbrede acceptatieplicht is voor andere marktpartijen.

3.28. **Conclusie:** het criterium is of het bedrijfstakpensioenfonds zonder de verplichtstelling de dienst van uitvoering van de pensioenregeling voor de bedrijfstak niet meer op economisch aanvaardbare

grondslagen kan uitvoeren. Dat is het geval indien er een verplichting is ook economisch niet rendabele diensten te verrichten, de slechte risico's dus te aanvaarden. Een (hoge) mate van overdrachten of compensatie tussen sectoren en van kosten, te vertalen op pensioenterrein als solidariteit, is dan noodzakelijk vereist. Het is een premisse volgens Corbeau. Volgens Steyger is solidariteit een 'typische eigenschap' bij een dienst van algemeen economisch belang:

> 'Een typische eigenschap van de regulering van diensten van algemeen economisch belang is dat de financiering van deze diensten een element van solidariteit in zich moet dragen, waardoor degenen die een reële prijs zouden moeten betalen maar dat in hun specifieke omstandigheden niet zouden kunnen, toch van de dienst gebruik kunnen maken.'[39]

Wanneer daarvan in voldoende mate sprake is, is door het HvJ in Albany ingevuld toegesneden op de elementen die in dat geding aanwezig waren. Daarmee is niet gezegd dat niet op andere wijze aan het criterium van economisch verantwoorde grondslagen kan worden voldaan.

3.B. Rechtspraak overig

3.29. Er is beperkte andere rechtspraak die invulling geeft aan de voorwaarden van art. 106 lid 2 VWEU. Deze zijn hieronder besproken.

3.30. *AG2R:* dit betreft een Franse zaak waarin de verplichte aansluiting voor werkgevers bij een bepaald verzekeringsorgaan voor ziektekosten voor werknemers aan de orde was. Het Hof overwoog als volgt over de situatie zonder verplichtstelling en dus de mogelijkheid van uittreding van goede risico's:

> 77 In die omstandigheden zou het groeiende aandeel van de „slechte risico's" die AG2R zou moeten dekken, leiden tot een verhoging van de kosten voor de voorzieningen, zodat dit orgaan niet langer in staat zou zijn een even goede dekking aan te bieden tegen een aanvaardbare prijs.
>
> 78 Dit zou des te meer gelden in het geval van een stelsel zoals aan de orde in het hoofdgeding, dat wordt gekenmerkt door een hoge graad van solidariteit als gevolg van met name het forfaitaire karakter van de bijdragen en de verplichting om alle risico's te aanvaarden.
>
> 79 Dergelijke feitelijke beperkingen, waardoor de door het betrokken orgaan verrichte dienst minder concurrerend is dan een vergelijkbare dienst verricht door verzekeringsmaatschappijen die niet aan

[39] E. Steyger, *De publeke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn*, SEW 2007/177 Deel II.

> beperkingen onderworpen zijn, rechtvaardigen immers mede het uitsluitende recht van dit orgaan om een dergelijk stelsel te beheren, zonder dat vrijstellingen van aansluiting mogelijk zijn.

Hierbij zij opgemerkt dat de hoge graad van solidariteit bestond uit het volgende:

> 47. Wat de tenuitvoerlegging van het solidariteitsbeginsel betreft, blijkt uit een algemene beoordeling van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde stelsel in de eerste plaats, dat het wordt gefinancierd door forfaitaire bijdragen waarvan het tarief dus niet evenredig is aan het verzekerde risico.
>
> 48. Volgens artikel 5, tweede alinea, van aanvullende overeenkomst nr. 83 wordt de bijdrage immers uniform vastgesteld op 40 EUR, welk bedrag wordt gedeeld tussen de werkgever en de werknemer.
>
> 49. In dat stelsel wordt dus geen rekening gehouden met elementen zoals de leeftijd, de gezondheidstoestand of de bijzondere risico's verbonden aan de functie van de verzekerde werknemer.
>
> 50. Bijgevolg zijn de aard van de door AG2R verstrekte prestaties en de verleende dekkingsomvang niet evenredig aan het bedrag van de betaalde bijdragen.
>
> 51. In de tweede plaats worden de prestaties in bepaalde gevallen verstrekt zonder dat de verschuldigde bijdragen zijn betaald. Dit blijkt om te beginnen uit artikel 3, tweede alinea, van aanvullende overeenkomst nr. 83, waarin is bepaald dat het stelsel met terugwerkende kracht wordt toegepast wanneer de werknemer de voor de aansluiting bij het stelsel vereiste minimumanciënniteit van één maand heeft bereikt. Voorts blijft de dekking van de zorgkosten overeenkomstig artikel 4 bis van die aanvullende overeenkomst in beginsel gedurende een bepaalde periode na de verbreking van de arbeidsovereenkomst van de verzekerde gelden. Ten slotte bepaalt artikel 1 van aanhangsel nr. 1 van 6 september 2006 bij aanvullende overeenkomst nr. 83 dat de dekking na het overlijden van de verzekerde behouden blijft voor de met hem meeverzekerde personen gedurende minstens twaalf maanden na het overlijden.

Er is een aantal elementen genoemd, maar blijkens rov. 77 is met name het forfaitaire karakter van premies relevant geacht, alsmede volgens rov. 78 de acceptatieplicht. Ook de AG benoemd met name het ontbreken van het rechtstreekse verband tussen prestaties en premies als relevant element.[40]

3.31. **Conclusie:** AG2R rechtvaardigt de conclusie dat het ontbreken van een directe band tussen premie en uitkeringsrecht bij een acceptatieplicht in ieder geval een voldoende mate van solidariteit genereert om te voldoen aan de voorwaarden van art. 106 lid 2 VWEU.

[40] Conclusie AG voor AG2R punt 71.

3.32. *Kattner:* dit is een Duitse zaak waarin sprake was van verplichte aansluiting van werkgevers bij een verzekeringsorgaan voor beroepsziekten. Anders dan in Albany oordeelde het HvJ in dit arrest dat het verzekeringsorgaan geen onderneming is. Derhalve vond geen toetsing plaats aan art. 101 of art. 106 VWEU. Wel toetste het HvJ of er strijd was met de vrije dienstverrichting. Door het toekennen van een exclusief recht aan een orgaan is dat in beginsel het geval, maar dit kan worden gerechtvaardigd door overwegingen van algemeen belang. Het HvJ oordeelde dat hiervan sprake was, omdat het verplichte stelsel noodzakelijk was om het financiële evenwicht van het verzekeringsorgaan te waarborgen, omdat prestaties werden verricht die niet in rechtstreeks verband met de betaalde premies staan.[41] Het HvJ ging vervolgens in op de vraag of de verplichtstelling niet verder ging dan nodig om het doel van de regeling te bereiken. Daarover oordeelde het HvJ op de eerste plaats dat de regeling een minimumdekking kent en werkgevers op de vrije markt aanvullingen kunnen verzekeren, zodat om deze reden de maatregel evenredig werd geacht.[42] Daar voegde het HvJ aan toe:

> 90 Door het geleidelijke vertrek van deze „goede" risico's zouden de Berufsgenossenschaften zoals MMB ondernemingen met een personeelsbestand op leeftijd, dat gevaarlijk werk verricht, zouden stijgen. De Genossenschaften zouden aan die ondernemingen dan niet meer tegen aanvaardbare kosten prestaties kunnen bieden. Dit zou zeker het geval zijn wanneer, zoals in het hoofdgeding, het betrokken wettelijk verzekeringsstelsel, doordat het het solidariteitsbeginsel ten uitvoer legt, met name wordt gekenmerkt door het ontbreken van een strikt proportionele band tussen de bijdragen en de verzekerde risico's (zie naar analogie voormeld arrest Albany, punten 108 en 109).
>
> 91 Het staat aan de verwijzende rechter om, met inachtneming van alle omstandigheden van het voor hem aanhangige geding en de in de punten 89 en 90 van het onderhavige arrest gegeven aanwijzingen, na te gaan of het in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijk verzekeringsstelsel noodzakelijk is om het door dit stelsel beoogde financiële evenwicht van de sociale zekerheid te bereiken.

3.33. **Conclusie:** overwegingen uit de Albany rechtspraak komen terug betreffende het financiële evenwicht in relatie tot mogelijk vertrek van goede risico's. In Albany was evenwel juist geoordeeld dat niet de eis kan worden gesteld dat het financiële evenwicht wordt bedreigd. Het is de vraag of het HvJ wat anders voor ogen heeft gehad met de verwijzing naar het financiële evenwicht in rov. 91 van Kattner, want in rov. 90 spreekt het HvJ over het niet meer tegen aanvaardbare kosten prestaties kunnen aanbieden, de Albany formulering. Het is een plausibele aanname dat het HvJ

[41] Kattner, rov. 87 en 88.
[42] Kattner, rov. 89.

dit in rov. 91 heeft opgeschreven als het financiële evenwicht. In Kattner formuleert het Hof ook een element van 'noodzakelijk' zijn. Op de relevantie daarvan gaat par. 4 in.

3.C. Conclusie rechtspraak

3.34. Uit de besproken rechtspraak kan het volgende worden geconcludeerd:

(a) een verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds geeft dat fonds een exclusief recht in de zin van art. 106 lid 1 VWEU;

(b) binnen de doelen van sociaal beleid en gegeven de plaats van het aanvullend pensioen in het pensioenstelsel, is verplichtstelling aan te merken als toekenning van een taak waarmee het fonds een Dienst van algemeen economisch belang beheert;

(c) het mededingingsrecht is hierop niet van toepassing voor zover toepassing de vervulling van die taak in feite of in recht verhindert;

(d) daar is aan voldaan als algemeen criterium wanneer het fonds zonder verplichtstelling de taak niet meer – voor alle onder de verplichtstelling vallende deelnemers – tegen economisch aanvaardbare voorwaarden – tegen aanvaardbare kosten – kan verrichten. Het Hof noemt de relevantie van dit punt met name voor kleine en middelgrote ondernemingen;

(e) dat veronderstelt dat het fonds de (kosten van) goede risico's (rendabele diensten) compenseert met (kosten van) slechte risico's (onrendabele diensten), terwijl in een vrije markt ondernemingen zich alleen en vooral op goede risico's zouden (kunnen) richten en dan meer concurrerend kunnen werken;

(f) dat zal met name het geval zijn wanneer het product van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds minder concurrerend is dan dat van een verzekeraar;

(g) dat zal te meer het geval zijn indien de pensioenregeling die het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds uitvoert zich kenmerkt door een hoge graad van solidariteit;

(h) die hoge graad van solidariteit is in ieder geval aanwezig indien er geen noodzakelijk verband is tussen premies en prestaties/rechten in combinatie met een acceptatieplicht, maar dat wijst niet per definitie op de volledige doorsneemethodiek zoals thans bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen met een uitkeringsregeling aanwezig is.

4. Noodzakelijkheid

4.1. Met de vraag of de maatregel 'noodzakelijk' is raakt het HvJ in Kattner een element naast de vraag of toepassing van het mededingingsrecht het beheer van in dat geval de verzekeringsdienst nog tegen economisch aanvaardbare voorwaarden mogelijk maakt. Hier analyseer ik of noodzakelijkheid (ook) voor toepassing van art. 106 VWEU een aspect is en welke dan de betekenis hiervan is. Deze toets op noodzakelijkheid is eigenlijk de stap (3), te zetten na de in punt 3.3 genoemde stappen (1) en (2).

4.2. Het noodzakelijkheidsvereiste is bekend uit de beoordeling van een rechtvaardigingsgrond voor vormen van onderscheid (ongelijke behandeling). Daar is de noodzakelijk ingevuld met de begrippen subsidiariteit (er is geen ander middel) en evenredigheid (het middel is proportioneel). De toets daar op hoeft niet al te strikt te zijn.[43] In het arrest 7 juli 2012, *NJ* 2012/547 (Van der Poll/KLM) oordeelde de Hoge Raad met verwijzing naar rechtspraak van het HvJ dat de rechter ten aanzien van de begrippen een 'ruime beoordelingsmarge' heeft en aan de begrippen reeds voldaan kan zijn indien een maatregel 'niet onredelijk lijkt', waarbij geldt dat de rechter een maatregel in de eigen 'regelingscontext' moet plaatsen en daarbij zowel voor- als nadeel voor personen als voor de 'samenleving in het algemeen' moet wegen.

4.3. In verband met specifiek art. 106 VWEU is de eis van evenredigheid te baseren op het woordgebruik 'voorzover' in de tekst. Het voor zover betekent 'in die mate dat' of 'alleen als'. In die mate geeft uitdrukking aan evenredigheid. De Engelse tekst van art. 106 VWEU ondersteunt dit waar immers sprake is van:

> 'in so far as'.

4.4. De rechtspraak van het HvJ geeft hier ook uitdrukking aan. In Federutility (betreffende beperking aardgasprijzen) overwoog het HvJ:

> 33 Uit de bewoordingen van artikel 106 VWEU volgt dat de openbaredienstverplichtingen die krachtens artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/55 aan de ondernemingen kunnen worden opgelegd, het evenredigheidsbeginsel moeten eerbiedigen en dat deze verplichtingen na 1 juli 2007 dan ook enkel aan de vrije totstandkoming van de prijs voor de levering van aardgas mogen afdoen, voor zover dit noodzakelijk is ter verwezenlijking van de door deze verplichtingen beoogde doelstellingen van

[43] Vgl. P.C. Van Nunes, Gelijke behandeling in arbeid, Boom 2018, onder meer blz. 111.

algemeen economisch belang, en dus slechts gedurende een noodzakelijkerwijs beperkte periode mogen gelden.[44]

4.5. Reeds in Corbeau had het HvJ geformuleerd dat onderzocht moet worden of toekenning van een exclusief recht 'noodzakelijk' is om de onderneming in staat te stellen zijn taak te vervullen. Het Hof heeft toen uitgesproken dat het aan de nationale rechter is om te onderzoeken of de dienst hier aan voldoet. Ook in Commissie/Nederland had het HvJ de noodzakelijkheid van een maatregel al benoemd door te spreken over het onderzoek[45]:

> 'van de vraag of het Koninkrijk der Nederlanden, door aan SEP exclusieve invoerrechten te verlenen, inderdaad verder is gegaan dan noodzakelijk is om deze onderneming in staat te stellen, onder economisch aanvaardbare omstandigheden de haar toevertrouwde taken van algemeen economisch belang te vervullen.'

Het Hof heeft in dit geding echter om louter proces technische redenen hierover geen inhoudelijk oordeel kunnen geven.[46] [47]

4.6. Ook in Albany oordeelde het Hof in rov. 98 dat moet worden onderzocht of de verplichtstelling kan:

> 'worden gerechtvaardigd als een maatregel die *noodzakelijk* is voor de vervulling van een aan dit fonds opgedragen bijzondere sociale taak van algemeen belang' (cursivering toegevoegd).

De noodzakelijkheid onderzocht het Hof in Albany niet afzonderlijk. Er waren door Albany wel argumenten aangedragen die volgens haar meebrachten dat de verplichtstelling niet noodzakelijk was. Zij voerde drie punten aan. Ten eerste dat een adequaat pensioenniveau zonder verplichtstelling verzekerd kan worden doordat de overheid minimumeisen stelt aan de inhoud van

[44] Zie onder meer ook Ordem, rov. 106: 'Hoe dan ook kunnen de ondernemingen die binnen de werkingssfeer van artikel 106, lid 2, VWEU vallen, zich ter rechtvaardiging van een met artikel 101, VWEU strijdige maatregel enkel op deze verdragsbepaling beroepen voor zover de beperkingen van de mededinging, of zelfs een uitsluiting van elke mededinging, noodzakelijk zijn om de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak te verzekeren.' En voorts ook Anode, rov. 36.
[45] Commissie/Nederland, rov. 64.
[46] Dat had te maken met het karakter van de procedure, een door de Commissie aangebrachte inbreukprocedure. Dan is het aan de Commissie het gestelde handelen in het strijd het Verdrag aan te tonen, maar aangezien de Commissie onvoldoende argumentatie had aangedragen om het Hof in staat te stellen het bedoelde onderzoek uit te voeren, kon het Hof dat onderzoek niet uitvoeren, aldus rov. 64 van het arrest.
[47] De eis van noodzakelijk of evenredigheid kan als standaardrechtspraak worden aangemerkt. Zie ook nog Enel over de maatregel tot toekenning van een exclusief recht voor energiediensten, rov. 55: 'mag zij niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is, teneinde aan het evenredigheidscriterium te voldoen.' In de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's - Begeleidend document bij de Mededeling "*Een interne markt voor het Europa van de 21ste eeuw*" - Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement COM/2007/0725 def merkt zij op: 'Diensten van algemeen belang moeten behoeftegericht zijn en zo dicht mogelijk bij burgers en bedrijven worden verstrekt. De subsidiariteits- en evenredigheidsbeginselen moeten door het optreden van de EU in acht worden genomen.'

pensioenregelingen. Ten tweede dat er verschillende niet verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen functioneren. Ten derde dat ook verzekeringscontracten met pensioenverzekeraars een acceptatieplicht kennen. Het Hof ging niet nadrukkelijk op deze argumenten in, maar oordeelde in reactie hierop dat zonder het uitsluitend recht het pensioenfonds niet meer op economisch aanvaardbare voorwaarden de opgelegde taak zou kunnen uitoefenen vanwege de argumenten aangehaald in par. 3 van deze analyse. De AG had in zijn conclusie voor het arrest geoordeeld dat er te veel feitelijke punten nog te onduidelijk waren voor het Hof om een uitspraak te doen. Zo was het voor de AG onder meer een vraag waarom sommige bedrijfspensioenfondsen zonder verplichte deelneming in staat zijn te functioneren. Blijkbaar kon volgens de AG daarom een vraag worden gesteld bij de noodzakelijkheid van de verplichtstelling, maar mogelijk wilde de AG ook betogen dat de markt mogelijk ook zonder verplichtstelling de met de verplichtstelling beoogde dienst kon uitvoeren, zoals in punt 3.6 van deze analyse bedoeld. Volgens de AG was het een taak voor de nationale rechter hier duidelijkheid over te geven. Het Hof kwam als aangegeven tot een ander oordeel en gaf wel een inhoudelijke beoordeling. Hieruit kan worden begrepen dat het Hof de noodzakelijkheid besloten achtte in de overwegingen inzake het zonder verplichtstelling niet meer tegen economisch aanvaardbare kosten de dienst kunnen uitvoeren. Indien zonder verplichtstelling dat niet mogelijk is, is - zo kan worden aangenomen - de verplichtstelling als noodzakelijk aan te merken. Of aan dit vereiste van het noodzakelijk zijn is voldaan, vergt uiteindelijk een feitelijke beoordeling door de nationale rechter.

4.7. In andere uitspraken heeft het HvJ de eis van noodzakelijkheid/evenredigheid nader omlijnd. In Anode (een exclusief recht ook betreffende aardgasprijzen) verwees het HvJ naar het ‘evenredigheidsbeginsel’, rov. 36 en 53. Daarbij benadrukte het Hof dat de beoordeling of aan ‘deze evenredigheidseis’ is voldaan aan de nationale rechter is, maar het Hof wel aanwijzingen voor die beoordeling dient te verstrekken. Dat heeft het Hof als volgt gedaan in Anode[48]:

- rov. 55: in de eerste plaats vereist de naleving van het evenredigheidsbeginsel dat de betrokken maatregel geschikt is om de erdoor nagestreefde doelstelling van algemeen economisch belang te verwezenlijken (arrest van 21 december 2011, Enel Produzione, C-242/10, EU:C:2011:861, punt 55);

- rov. 60: in de tweede plaats heeft het Hof geoordeeld dat de duur van een overheidsprijsinterventie dient te worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is ter verwezenlijking van het erdoor nagestreefde doel (arrest van 20 april 2010, Federutility e.a., C-265/08, EU:C:2010:205, punten 33 en 35);

[48] Zie ook rov. 35-50 Federutility

- rov. 64: In de derde plaats mag de toegepaste interventiemethode niet verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is ter verwezenlijking van de beoogde doelstelling van algemeen economisch belang (arrest van 20 april 2010, Federutility e.a., C-265/08, EU:C:2010:205, punt 36);

- rov. 67: In de vierde plaats dient het noodzakelijkheidsvereiste ook te worden getoetst aan de persoonlijke werkingssfeer van de maatregel, te weten de begunstigden ervan (arrest van 20 april 2010, Federutility e.a., C-265/08, EU:C:2010:205, punt 39).

4.8. Over deze punten kan het volgende nader worden opgemerkt:

- hoe concreter de doelstelling van algemeen economisch beleid is geformuleerd, hoe preciezer de rechter kan nagaan of de maatregel hiervoor geschikt is (zie Anode, rov. 56). Het is aan de nationale rechter het doel van de maatregel vast te stellen (Federutility, rov. 37 en 38);

- indien de maatregel geen beperking in tijd kent, heeft deze een permanent karakter. Dat sluit niet uit dat de maatregel evenredig kan zijn, zulks ter beoordeling van de nationale rechter (Anode, rov. 63), maar een periodieke herbeoordeling zal dan makkelijker in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel aangemerkt kunnen worden. Zie ook de overwegingen uit Butano:

  56 In dit verband dient de verwijzende rechter te onderzoeken of – en in welke mate – de bevoegde autoriteiten krachtens het toepasselijke nationale recht verplicht zijn om op gezette tijden en met korte tussenpozen de noodzaak en de vorm van hun interventie opnieuw te beoordelen, rekening houdend met de ontwikkeling van de markt in kwestie (arrest van 20 april 2010, Federutility e.a., C-265/08, EU:C:2010:205, punt 35).

  57 Wat dit betreft blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de drieëndertigste aanvullende bepaling van wet 34/1998, zoals gewijzigd bij koninklijk wetgevend besluit 8/2014, bepaalt dat de minister van Industrie, Energie en Toerisme de maximumprijzen voor de verkoop van lpg vaststelt „zolang de voorwaarden voor toegang tot de markt en concurrentie op deze markt niet voldoende worden geacht”. Bovendien blijkt uit die bepaling dat de verplichting tot thuislevering wordt herzien indien „de ontwikkeling van de markt en de zakelijke structuur van de sector dit vereisen en in elk geval om de vijf jaar”.

- wat betreft de persoonlijke werkingssfeer dient de maatregel, meer bepaald de begunstigden ervan (Federutility, rov. 39), waarbij evenredigheid niet verhindert dat de maatregel ook geldt buiten de kring van de te beschermen afnemers (Federutility, rov. 40). In Butana merkte het HvJ hierover op:

64. In dit verband dient de verwijzende rechter te onderzoeken of het mogelijk en wenselijk is dat maatregelen worden vastgesteld die meer gericht zijn op kwetsbare consumenten. In zoverre komt relevantie toe aan de argumenten van verzoeksters in de hoofdgedingen en van de Spaanse regering die betrekking hebben op de haalbaarheid van de vaststelling van alternatieve maatregelen en op de mogelijke economische gevolgen van dergelijke maatregelen.

4.9. Hieruit blijkt dat de eis van evenredigheid door het HvJ ingevuld wordt op grond van de volgende criteria[49]:

1) *geschiktheid:* de maatregel moet 1a) geschikt zijn om het beoogde doel van algemeen economisch belang te bereiken en mag 2b) niet verder gaan dan daar voor is vereist;[50]

2) *duur:* de maatregel mag niet langer duren dan noodzakelijk, waarbij een periodieke herbeoordeling een relevant aspect kan zijn om daar voldoende rekening mee te houden, zij het dat dit criterium een maatregel met een permanent karakter niet categorisch uitsluit;

3) *doeltreffendheid:* de maatregel moet zich richten op degenen waarvoor de maatregel is bedoeld.

4.10. Hierbij zij in reflectie op de besproken arresten opgemerkt dat in beide gedingen de prijsbeperkingen maatregelen waren binnen een zich ontwikkelende interne gasmarkt en gemotiveerd waren ter bescherming van een bepaalde groep zwakkere consumenten. Dit leggend naast de verplichtstelling kan worden opgemerkt dat:

- de verplichtstelling kan niet zo duidelijk geplaatst worden in de ontwikkeling van een interne markt voor pensioenuitvoering. Weliswaar is Richtlijn 2016/2341/EU (IBPV) daar op zichzelf mede op gericht, maar deze richtlijn respecteert tegelijk het nationale sociaal en arbeidsrecht, waaronder stelsels van verplichte deelneming;

- de verplichtstelling is niet gericht is op een bepaalde zwakke groep werknemers, maar op alle werknemers (en mogelijk tevens andere werkzame personen) in een bepaalde bedrijfstak.

Dit brengt mee dat de evenredigheid binnen dat kader (anders) beoordeeld dient te worden. Zoals eerder geconstateerd is in Albany de noodzakelijkheid of evenredigheid niet afzonderlijk

[49] Zie ook de bespreking door de AG voor Anode.
[50] Zie ter illustratie Ordem: de uitschakeling van mededinging van PE cursussen voor boekhouders kon volgens het HvJ 'in geen geval' noodzakelijk worden geacht om de kwaliteit van nascholing te verzekeren.

onderzocht, waaruit afgeleid kan worden dat wanneer zonder verplichtstelling de dienst ter zake de pensioenregeling niet op economisch aanvaardbare voorwaarden kan worden vervuld, de verplichtstelling ook noodzakelijk kan worden geacht. Dit laat onverlet dat ook dan de evenredigheid een periodieke herbeoordeling van de noodzakelijkheid kan meebrengen en in ieder geval zou dat het instrument van verplichtstelling krachtiger maken in verhouding tot de evenredigheidsbeoordeling.

4.11. Het is verder nog van belang dat de bewijslast van de noodzakelijkheid (in termen van subsidiariteit) niet heel strikt is. In Commissie/Nederland had het HvJ al overwogen:

> Weliswaar moet de Lid-Staat die zich op artikel 90, lid 2, beroept, aantonen dat de in deze bepaling gestelde voorwaarden zijn vervuld, maar deze bewijslast kan niet zo zwaar zijn dat deze Lid-Staat, wanneer hij uitvoerig uiteenzet waarom bij afschaffing van de bestreden maatregelen de vervulling, onder economisch aanvaardbare omstandigheden, van de door hem aan een onderneming toevertrouwde taken van algemeen economisch belang in zijn ogen in gevaar zou komen, vervolgens ook nog positief moet aantonen, dat met geen enkele andere voorstelbare, per definitie hypothetische, maatregel de vervulling van die taken onder dezelfde omstandigheden kan worden verzekerd.

4.12. Een voldoende uiteenzetting – die natuurlijk wel objectief verifieerbaar moet zijn – waarom de maatregel – verplichtstelling – noodzakelijk is voor vervulling van de taak, is dus voldoende te achten. Het is een toepassing van noodzakelijkheid op niet al te strikte wijze die aansluit bij de in punt 4.2 van deze analyse genoemde rechtspraak over rechtvaardiging voor onderscheid. Daarbij is als eerder opgemerkt het aan de nationale rechter om vast te stellen of aan de evenredigheidseis is voldaan.[51]

4.A. Conclusie noodzakelijkheid

4.13. De inbreuk op het mededingingsrecht door het toekennen van een exclusief recht aan een onderneming die een DAEB-taak vervult, moet getoetst worden aan de noodzakelijkheid (evenredigheid). Dat betreft een beoordeling van de geschiktheid, de duur en de doeltreffendheid betreffende de werkingssfeer. Of hiervan sprake is, is aan de nationale rechter die dit dient te beoordelen in het kader van het doel van de maatregel, in casu de verplichtstelling. De normen om dit te beoordelen zijn niet al te strikt, met name ook niet wat betreft de alternatieven. Indien (en zolang) het bedrijfstakpensioenfonds de pensioenregeling zonder verplichtstelling niet op

[51] Federutility, rov. 37 en 38 en Anode, rov. 54: 'Ook al staat het aan de verwijzende rechter om in het kader van het hoofdgeding te beoordelen of deze evenredigheidseis vervuld is,' Zie verder ook Enel, rov. 80: 'Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om na te gaan of dat het geval is.'

economisch aanvaardbare grondslagen kan uitvoeren, is aannemelijk te achten dat de verplichtstelling (zolang) aan de eis van noodzakelijkheid voldoet.

4. B. Vrije dienstverrichting

4.14. Deze analyse gaat tot nu over het mededingingsrecht. De vrije dienstverrichting wordt echter ook wel genoemd als zelfstandige norm waarmee de verplichtstelling in overeenstemming moet zijn. Door toekenning van een exclusief recht aan een bedrijfstakpensioenfonds, wordt op zich inbreuk gemaakt op de vrijheid van dienstverrichting. Daarom is de vraag relevant of de verplichtstelling gelet op deze norm wel houdbaar zal zijn.

4.15. De verplichtstelling wordt gerespecteerd door Richtlijn 2016/2341/EU (IBPV) als onderdeel van het nationale sociale en arbeidsrecht. Onverminderd dat recht is grensoverschrijdende dienstverrichting door IBPV's immers toegestaan (art. 11 lid 1 Richtlijn 2016/2341).

4.16. Dat betekent niet dat geen toetsing aan het VWEU inzake vrije dienstverrichting (art. 56) meer hoeft plaats te vinden. Een richtlijn mag immers niet onverenigbaar zijn met het Verdrag. Volgens de norm van art. 106 lid 1 VWEU mag ten aanzien van een onderneming aan welke een uitsluitend recht is verleend ook geen maatregel worden genomen welke in strijd is met het VWEU. Een inbreuk op de vrije dienstverrichting kan evenwel worden gerechtvaardigd door overwegingen van algemeen belang. Uit Kattner blijkt dat het HvJ in dat arrest overeenkomstige criteria aanlegde om te beoordelen of de inbreuk op de vrije dienstverrichting toegestaan is, als bij beantwoording van de vraag of een DAEB inbreuk maakt op de mededingingsregels (zowel het tegen economisch aanvaardbare kosten kunnen uitvoeren van de dienst, als de evenredigheid komen terug in Kattner). Dat overeenkomstige criteria gelden blijkt ook uit andere rechtspraak van het Hof, bijvoorbeeld Analir, waarin het Hof overwoog (rov. 25):

> 'dat de vrijheid van dienstverrichting, als fundamenteel verdragsbeginsel, slechts kan worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang en die van toepassing zijn op alle personen of ondernemingen die een activiteit uitoefenen op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst. Bovendien moet de betrokken nationale regeling, wil zij gerechtvaardigd zijn, geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en mag zij niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is.'

4.17. De argumentatie is welhaast 1:1 onderling uitwisselbaar met de argumentatie voor de DAEB uitzondering in art. 106 lid 2 VWEU. Daarom kan worden aangenomen dat wanneer een exclusief

recht niet strijdig is met het mededingingsrecht, er ook geen strijd met de vrije dienstverrichting is. Dat volgt ook hieruit dat de toekenning van een exclusief recht per definitie ook de vrije dienstverrichting beperkt.[52] [53]

5. Solidariteit

5.1. Deze paragraaf analyseert de betekenis van solidariteit in het kader van de verplichtstelling, op grond van de rechtspraak, de nu aanwezige elementen bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en bij invulling van de pensioencontracten volgens de lijnen van het Pensioenakkoord 2019. De concrete invulling van het Pensioenakkoord 2019 is nog niet in detail bekend, zodat ingegaan wordt op hetgeen nu bekend is op basis van met name het SER-advies. Of bij de contracten volgens het Pensioenakkoord voldaan kan zijn aan de eisen uit de rechtspraak van het HvJ, wordt in par. 6 geanalyseerd. Daar wordt ook het element van noodzakelijkheid/evenredigheid betrokken.

5.A. De rechtspraak

5.2. De elementen die in de rechtspraak zijn genoemd, zijn in par. 3 besproken. Daar wordt verder naar terugverwezen.

5.B. Huidige pensioenregelingen

5.3. De kenmerkende solidariteit in de huidige verplichtstelling draait met name om:

1) bedrijfstakbrede acceptatie van alle werkzame personen (die onder de werkingssfeer vallen) en

2) de doorsneemethodiek, dat wil zeggen de doorsneepremie (zoals bij de Wet Bpf 2000 in art. 8 van die wet geïntroduceerd[54]) in combinatie met uniforme tijdsevenredige pensioenopbouw van aanspraken in een uitkeringsregeling (mede gelet op art. 17 Pensioenwet).

[52] Zoals ook is geoordeeld door de Hoge Raad in onder meer het arrest Van Schijndel. Voor de volledigheid zij opgemerkt dat in de zaak Van Schijndel voor het HvJ EG de vraag voorlag of de Hoge Raad in strijd met nationale procesregels de verplichtstelling van deelneming in de pensioenregeling voor fysiotherapeuten aan de vrije dienstverrichting moest toetsen, welk vraag het HvJ ontkennend beantwoordde. De Hoge Raad heeft in de arresten Van Schijndel, Drijvende Bokken en Brentjens het stellen van prejudiciële vragen over vrije dienstverrichting niet nodig geacht omdat 'niet valt te betwijfelen' dat mede sprake is van een beperking van de vrije dienstverrichting. Het HvJ is in Brentjens evenmin op de vrije dienstverrichting ingegaan ondanks de klacht hierover van Brentjens', zulks omdat hierover (dus) geen vragen waren gesteld, zie rov. 30 van Brentjens'.
[53] Voor de duidelijkheid wordt er op gewezen dat de 'Dienstenrichtlijn' hier niet van belang is omdat 'bedrijfspensioenen' van de werkingssfeer van deze richtlijn zijn uitgesloten; art. 2 lid 1 onder b van Richtlijn 2006/123/EG betreffende diensten op de interne markt.
[54] De wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds uit 1949 kende de eis van een doorsneepremie niet. Zie hierover Asser/Lutjens, 7-XI, *Pensioen*, 2019, nr. 307. Dat neemt niet weg dat het HvJ in Albany kennelijk wel het oog had op de doorsneepremie, zoals in punt 3.26 hiervoor genoemd.

De doorsneepremie is wel, maar de doorsneemethodiek is geen wettelijk voorschrift bij een verplichtstelling, net zo min als de gelding van een uitkeringsregeling. Zo kent het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds StiPP voor de basisregeling een premieregeling, met een doorsneepremie (conform art. 8 Wet Bpf 2000) die wordt toegevoegd aan een persoonlijk pensioenkapitaal dat op de pensioendatum kan worden omgezet in een vastgestelde of variabele uitkering.[55] De StiPP Plusregeling kent een doorsneepremie waarbij sprake is van een leeftijdsafhankelijke verwerving van aanspraken. Daarmee kent StiPP een methode van degressieve opbouw bij een premieregeling, waar ook het Pensioenakkoord 2019 op is gericht.

Binnen de doorsneemethodiek zijn als vaak aanwezige (dit hangt af van de regeling; het zijn niet in alle gevallen wettelijk vereiste verplichte onderdelen) elementen van ontkoppeling van premie en aanspraken (dus solidariteit) te herkennen:

- de dekking van nabestaandenpensioen uit collectieve financiering,
- de premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid,
- de indexering uit collectieve middelen,
- de dekking van aanspraken zonder premiebetaling (‘geen premie, wel pensioen’), derhalve ook de financiering uit collectieve middelen bij betalingsonmacht van de werkgever[56],
- een levenslange uitkering voor ouderdomspensioen (risicodeling binnen generaties)[57],
- delen beleggings-, rente- en inflatierisico (risicodeling tussen generaties, de intergenerationele solidariteit, IGR)[58].

[55] Zie StiPP Reglement Basisregeling 2019.
[56] Dit is wel een op grond van de Pensioenwet in beginsel verplicht element.
[57] Dit is een op grond van art. 15 Pensioenwet verplicht element.
[58] Dit volgt mede uit het verbod van ringfencing van art. 123 Pensioenwet.

5.C. Contracten volgens Pensioenakkoord 2019

5.4. Bij de nieuwe contracten is het uitgangspunt telkens dat de doorsneesystematiek is afgeschaft. Er komt een actuarieel faire inkoop van pensioenaanspraken. De kenmerken van het nieuwe pensioencontract zijn beschreven in het SER-Advies 19/05. Daarnaast bespreekt de SER een collectieve variant van de verbeterde premieregeling. Hieronder zijn deze besproken.

5.5. *Het nieuwe contract*

Dit is volgens de SER een contract met uitgebreide risicodeling. De kernmerken zijn de volgende (SER advies par. 3.4 en brief van de minister van 5 juni 2019):

- er worden direct voorwaardelijke aanspraken ingekocht[59];
- resultaten worden collectief gedeeld tussen alle deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden, dus zowel deling in de opbouw- als in de uitkeringsfase (zo merkt de brief van de minister op); met resultaten is bedoeld de ontwikkelingen van beleggingen, rente en levensverwachting; de deling van risico's kan in de vorm van een open of gesloten spreiding; bij een gesloten spreiding is een spreiding over een periode van tien jaar mogelijk; in het laatste geval is er ook risicodeling met toekomstige deelnemers.

  Om nieuwe deelnemers te beschermen en het persoonlijke karakter van het pensioenvermogen te borgen zal de mate van risicodeling met toekomstige deelnemers volgens de brief van de minister worden begrensd, aldus dat de dekkingsgraad niet lager mag zijn dan 90% en niet langer dan vijf jaar onder de 100%. Bovendien zal volgens deze brief moeten worden voorkomen dat met pensioenvermogen tussen generaties kan worden geschoven, waardoor zal worden geborgd dat opgebouwde aanspraken alleen kunnen variëren met 'objectief waarneembare resultaten op financiële markten (zoals gerealiseerde rendementen) en ontwikkeling in de levensverwachting';
- met leeftijdsverschillen zal rekening gehouden kunnen worden bijvoorbeeld doordat risico's voor verschillende leeftijdsgroepen anders worden toebedeeld of doordat in het collectieve beleggingsbeleid diverse op leeftijd gebaseerde pools worden gehanteerd;

[59] Dat is ook onder de huidige Pensioenwet een mogelijkheid, zie ook *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 32-33 en E. Lutjens, *Het pensioencontract*, TPV 2019/33.

- het contract heeft een verzekeringskarakter, waardoor overlijdensrisico (nabestaandenpensioen) en voortgezette pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid zijn afgedekt; het nabestaandenpensioen is op kapitaaldekking of risicodekking, waarbij standaardisering gewenst is. De brief van de minister merkt op: 'solidariteitskenmerken, zoals kansensolidariteit, solidariteit tussen actieven en niet-actieven, gendersolidariteit en – bij bedrijfstakpensioenfondsen – solidariteit op bedrijfstakniveau blijven in de nieuwe premieregeling ongewijzigd.'

5.6. *Variant verbeterde premieregeling*

Dit is volgens de SER een contract met beperkte risicodeling. De kenmerken zijn de volgende (SER advies par. 3.3 en brief minister van 5 juni 2019):

- het is een premieovereenkomst conform het model van de verbeterde premieregeling;
- maar met collectieve risicodeling tussen gepensioneerden in de uitkeringsfase, waartoe vanaf tien jaar voorafgaand aan de pensioendatum het persoonlijk pensioenvermogen geleidelijk wordt omgezet in een volledig collectief pensioenvermogen;
- volgens de brief van de minister is voor het behoud van de verplichtstelling relevant of 'een begrensde solidariteitspremie' kan worden toegevoegd en of het 'macro-langlevenrisico' gerichter kan worden gedeeld. Bij de begrensde solidariteitspremie is kennelijk (mede) bedoeld de toevoeging van een solidariteitsvermogen, waaruit volgens diverse methoden en op verschillende momenten toedelingen kunnen plaatsvinden. Met name zou het solidariteitsvermogen ingezet kunnen worden om:
  - microlangleven tussen deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden te delen;
  - macrolangleven te delen tussen generaties;
  - het toedelen van een deel van het vermogen voor intergenerationele risicodeling;
  - beleggingstegenvallers te compenseren.

5.D. Schema

5.7. In vergelijkend schema zijn de volgende aspecten van solidariteit aanwezig bij de diverse besproken invullingen, dan wel kunnen deze aanwezig zijn. Sommige elementen zijn ten aanzien

van de toekomstige contracten nog niet bekend, zodat dit veronderstellenderwijs is ingevuld. De cijfers en het onderwerp in kolommen 1 en 2 duiden op de criteria volgens de stappen die ik op grond van de rechtspraak heb geïdentificeerd.

		Albany rechtspraak	**Huidige verplicht-stelling**	**Nieuw pensioen-contract**	**Verbeterde premie-regeling**	**Geen verplicht-stelling**
1	*Taak/doel verplichtstelling*					
	Witte/grijze vlek Aanvulling lage AOW	ja ja	ja ja	ja ja	ja ja	neen/nvt neen/nvt
2	*Elementen solidariteit*					
	Acceptatieplicht bedrijfstak	ja	ja	ja	ja	neen
	Goed en slechte risico's	ja	ja	ja	neen, beperkt bij solidariteits-vermogen	neen, alleen binnen een contract
	Ontkoppeling premie en risico	ja	ja	ja, maar beperkt(er)	neen, beperkt bij solidariteits-vermogen	neen, niet noodzakelijk
	Doorsneepremie	ja	ja	ja	ja	neen, niet noodzakelijk

	Pensioenopbouw bij aog	ja	ja	ja	ja	Ja
	Dekking nabestaanden-pensioen	ja	ja	ja	ja	Ja
	Overnemen achterstallige premies bij non-betaling	ja	ja	ja	Ja (ala aanname)	neen
	Indexatie	ja	ja	ja	neen	neen
	Risicodeling binnen generaties Levensver-wachting Arbeidsonge-schiktheid Overlijden	 ja ja ja	 ja ja ja	 ja ja ja	 ja ja ja	 ja ja ja
	Risicodeling tussen generaties (IGR) Beleggingen Rente	 niet genoemd niet genoemd	 ja ja	 ja ja	 neen, beperkt bij solidariteits-vermogen neen, beperkt bij solidariteits-	 neen neen

	Levensverwachting	niet genoemd	ja	ja	vermogen neen, beperkt bij solidariteitsvermogen	neen
	Collectieve overschotten	niet genoemd	ja	ja	neen, beperkt bij solidariteitsvermogen	neen
	Collectieve tekorten	Niet genoemd	ja	ja, met begrenzingen	neen, beperkt bij solidariteitsvermogen	neen
3	*Noodzakelijk*	ja	ja	ja	te onderzoeken	nvt

6. Analyse: verplichtstelling houdbaar?

6.1. Wat kan gelet op al het voorgaande worden geoordeeld over de houdbaarheid van de verplichtstelling. Eerst geef ik onder 6.A. nog een keer een korte duiding van de criteria die uit de rechtspraak blijken, daarna geef ik onder 6.B. een inventarisatie van een aantal standpunten van instanties en uit literatuur over de houdbaarheid van de verplichtstelling, tot slot geef ik onder 6.C. een eigen visie hierop.

6.A. Rechtspraak

6.2. Uit de rechtspraak blijkt dat drie stappen van toetsing gezet moeten worden:

- stap (1): vervult het bedrijfstakpensioenfonds een dienst van algemeen economisch belang;
- stap (2): kan het bedrijfstakpensioenfonds die dienst zonder de verplichtstelling niet tegen economisch aanvaardbare voorwaarden (kosten) vervullen;

- stap (3): is de verplichtstelling noodzakelijk (evenredig) ter bereiken van het doel daarvan.

De betekenis hiervan gelet op de invulling die in de rechtspraak aan deze stappen is gegeven, is onder 6.C. besproken.

6.B. Standpunten

6.3. *De Raad van State* heeft op 3 juli 2017 voorlichting gegeven over de houdbaarheid van de verplichtstelling gelet op het Europese mededingingsrecht bij afschaffing van de doorsneemethodiek.[60] De Raad duidt aan dat de verplichtstelling het bedrijfstakpensioenfonds een sociale taak geeft, die een inbreuk op het mededingingsrecht kan rechtvaardigen, mits de inbreuk niet verder gaat dan noodzakelijk voor het bereiken van de sociale doelstelling. De Raad merkt op dat ook zonder de doorsneemethodiek het stelsel nog een 'reeks' van solidariteitselementen (kan) bevat(ten), waaronder: 'kansensolidariteit, solidariteit tussen actieven en niet-actieven, gendersolidariteit en bij bedrijfstakpensioenfondsen solidariteit op bedrijfstakniveau. Solidariteit tussen jong en oud kan bovendien ook nog door andere elementen van het stelsel, zoals de risicodeling bij de aanspraken en uitkeringen, tot uitdrukking komen.' Om te beoordelen of in het nieuwe pensioenstelsel de sociale functie van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds voldoende tot uitdrukking komt om de verplichtstelling te blijven rechtvaardigen zal het stelsel 'integraal' moeten worden beoordeeld, evenals de doelstellingen die aan het stelsel ten grondslag liggen, aldus de Raad. Het mededingingsrecht biedt, zo stelt de Raad, 'ruimte' om de verplichtstelling te blijven rechtvaardigen: 'gelet op het feit dat de doorsneesystematiek één van de verschillende onderdelen van het stelsel vormt waarin het sociale karakter van een pensioenregeling tot uitdrukking komt. Op voorhand kan dan ook niet worden gesteld dat het enkele vervangen van de doorsneepremie door een meer actuarieel neutrale pensioenopbouw ertoe leidt dat de verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen Europeesrechtelijk niet langer gerechtvaardigd zal kunnen worden.'

6.4. *Van Meerten en Van de Griend* hebben betoogd dat degressieve opbouw (in een uitkeringsregeling) 'eerlijker' is en daarmee een 'sociale doelstelling' nastreeft en een 'versterking van de solidariteitscriteria' betekent.[61]

6.5. *Van der Poel* oordeelt dat doorsnee-opbouw niet noodzakelijk is voor de mededingingsrechtelijke houdbaarheid van de verplichtstelling, omdat andere

[60] *Kamerstukken II* 2016/17, 32043, 375, Bijlage.
[61] H. Van Meerten en A.J. van de Griend, *Hervorming van het pensioenstelsel: degressieve opbouw in uitkeringsovereenkomsten en vlakke premies in premieovereenkomsten,* SEW 2017/5, p. 197.

solidariteitselementen de verplichtstelling ook kunnen rechtvaardigen. Het vereiste solidariteitsniveau kan reeds aanwezig zijn indien de bijdragen niet stelselmatig evenredig zijn aan het verzekerde risico oordeelt zij met name met verwijzing naar AG2R.[62]

6.6. *Maatman en Den Breems* oordelen dat de doorsneesystematiek niet doorslaggevend is voor het behoud van de verplichtstelling. Zij wijzen op de elementen uit AG2R - geen stelselmatig verband tussen bijdrage en risico en acceptatieplicht - als kennelijk voldoende eisen. Ook noemen zij de intergenerationele solidariteit als punt dat zonder een wettelijk verplichte deelneming niet mogelijk is.[63]

6.7. *Lewin en Soetendal* merken op dat het Pensioenakkoord 2019 maatregelen bevat om de band tussen premie en prestaties 'zo groot mogelijk' te maken. Het rechtvaardigingselement van geen stelselmatige band tussen premie en prestatie is dan ook volgens hen minder overtuigend aanwezig in de nieuwe contracten. Zij benoemen het behoud van solidariteit tussen generaties, de IGR, als de 'meest veilige route om de verplichtstelling aan het fonds te behouden'.[64] Deze auteurs beschouwen nog enige andere punten, die in onderdeel 6.C. van deze paragraaf voor zover van belang besproken worden.

6.8. *De wetgeving* kent thans de eis van doorsneepremie en door de werking van de evenredige opbouw doorsneeaanspraken, en daarmee de doorsneemethodiek. In de memorie van toelichting bij de Wet Bpf 2000 is opgemerkt dat de voor de houdbaarheid van de verplichtstelling vereiste solidariteit 'met name' wordt bereikt door het heffen van doorsneepremies, maar ook wordt opgemerkt dat volgens de Albany-rechtspraak 'niet uitdrukkelijk' de voorwaarde van doorsneepremie is gesteld. Toch is de eis van doorsneepremies in de wet opgenomen omdat dit volgens de toelichting een 'wezenskenmerk' van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is en 'ook los van de Europese context' dient te worden gewaarborgd.[65]

6.9. *Beoordeling standpunten:* de diverse standpunten kennen als gemeen gezichtspunt dat de rechtvaardiging van de verplichtstelling niet afhangt van de doorsneemethodiek. Over de vraag of er in het nieuwe contract in voldoende mate is voldaan aan het criterium van het ontbreken van een band tussen bijdrage en uitkeringsrecht, zijn de inzichten niet gelijkluidend.

[62] M.J.C.M. van der Poel, *De houdbaarheid van de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen, Toetsing aan het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging,* VU Amsterdam, Expertisecentrum Pensioenrecht, 2013.
[63] R.H. Maatman en J. den Breems, *Verplichtstelling houdbaar bij uitvoering pensioenakkoord*, TPV 2019/41.
[64] E. Lewin en E. Soetendal, *Houdbaarheid verplichtstelling aan het bedrijfstakpensioenfonds in een nieuw pensioencontract in het geding?*, TPV 2019/45.
[65] *Kamerstukken II* 1999/00, 27973, 3.

6.C. Beoordeling houdbaarheid verplichtstelling

6.10. In dit onderdeel geef ik een beoordeling van de houdbaarheid van de verplichtstelling, waarbij ik de in punt 6.2 genoemd stappen achtereenvolgens langsloop. De punten waar naar is verwezen zijn punten uit deze analyse.

Stap (1): dienst van algemeen economisch belang

6.11. Lidstaten hebben een discretionaire bevoegdheid om rekening houdende met de doelstellingen van nationaal beleid diensten als zijnde van algemeen economisch belang te verrichten en zo te organiseren als aansluit bij de behoeften van de (afnemers van de) dienst. Zie punt 3.4.

6.12. Het toekennen van een exclusief recht aan een onderneming ter verrichting van een dienst van algemeen economisch belang (DAEB) kan daarbij een toelaatbare maatregel zijn (art. 106 lid 1 VWEU).

6.13. Het HvJ heeft in Albany geoordeeld dat de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen een DAEB verrichten (enkel) gezien ‘de geringe hoogte van het aan het wettelijk minimumloon gekoppelde wettelijk pensioen’. Tevens heeft het Hof geoordeeld dat de aanvullende pensioenregeling voor alle werknemers in een bedrijfstak een ‘belangrijke sociale functie’ heeft wegens het ‘bijzonder lage wettelijke pensioen’ en dat in geval van verplichtstelling de pensioenregeling een onderdeel is van het ‘Nederlands stelsel van sociale bescherming’, zie punt 3.7. Het organiseren van een aanvullend pensioeninkomen is derhalve een sociaal doel, zie punt 3.8.

6.14. Dit sociale doel van de verplichtstelling acht ik onverminderd aanwezig. De AOW is nog steeds van geringe hoogte of bijzonder laag gezien de koppeling aan het wettelijk minimumloon. Het is een doelstelling van nationaal beleid om de opbouw van aanvullend pensioen te faciliteren en stimuleren, ook door fiscale maatregelen. Een onderneming (het bedrijfstakpensioenfonds) kan dan in beginsel een exclusief recht worden toegekend om aan dit doel voor alle werknemers in een bedrijfstak invulling te geven.

6.14. Daar voeg ik aan toe dat de in de wetsgeschiedenis van de Wet Bpf 2000 genoemde doelstelling van de verplichtstelling van het tegengaan van de witte en grijze vlek ook, mede gezien de hoogte van de AOW, als invulling van sociaal beleid is aan te merken.

6.15. In punt 3.16 is gewezen op de vaststelling in Albany dat het aanvullend pensioen waar het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds invulling aan geeft, is gebaseerd op de 'huidige Nederlandse norm' (in 1999) dat de werknemer bij maximale deelneming een pensioen inclusief AOW ontvangt van '70% van zijn laatstverdiende loon'. Het is niet aannemelijk dat het Hof hiermee heeft bedoeld dat specifiek wegens deze omvang van het pensioen er een sociaal doel en een DAEB is en bij een lagere norm niet meer. Op de eerste plaats is de betreffende overweging van het Hof veeleer te duiden als een feitelijke vaststelling van de situatie en niet als een vaste norm om een beleid sociaal te kunnen noemen. Op de tweede plaats blijkt uit de overwegingen in Albany, zoals aangehaald in punt 6.13, dat de pensioenregeling is te plaatsen als onderdeel van het pensioenstelsel en gemeten aan de 'bijzonder lage' AOW, hetgeen nog steeds het geval is. Op de derde plaats is de vaststelling van doelstellingen van sociaal beleid aan de lidstaten en kan zich met de tijd een andere, nog steeds sociale, norm ontwikkelen.

6.16. In Kattner overwoog het HvJ dat de verplichtstelling van het verzekeringsorgaan in dat geval niet verder ging dan nodig om het doel van de regeling te bereiken vanwege het feit dat een minimumdekking werd geboden en werkgevers daarnaast op de vrije markt aanvullingen konden verzekeren. Deze ruimte is bij de ambitie van aanvullende pensioenregelingen in de Nederlandse context in veel mindere mate aanwezig. De AOW is al het minimum en het aanvullend pensioen een aanvulling die meer is dan een minimum. Daar kan niet de conclusie aan worden verbonden dat de verplichtstelling verder gaat dan voor het sociale doel daarvan nodig is. Het doel is immers een aanvullend pensioen op het ambitieniveau zoals door sociale partners overeengekomen en juist ter aanvulling van het minimum. De toelaatbaarheid blijkt ook uit Albany waarin het Hof met zoveel woorden de ambitie van 70% van het laatste loon, bepaald meer dan het minimum, als invulling van een sociaal doel acceptabel heeft gevonden.

6.17. Het is onwaarschijnlijk dat dit anders beoordeeld zou moeten worden indien de doorsneemethodiek niet meer aanwezig is. Op de eerste plaats heeft het HvJ het sociale doel niet gelinkt aan de solidariteit als vormgegeven door doorsneepremies en doorsneemethodiek. Op de tweede plaats is het genoemde sociale doel ook bij een andere vormgeving van het pensioencontract onverminderd aanwezig, omdat het nog steeds zo is dat de AOW een geringe hoogte heeft en het organiseren van aanvullend pensioen voor alle werknemers in een bedrijfstak daarom als taak van algemeen economisch belang kan worden aangemerkt.

6.18. De afschaffing van de doorsneemethodiek wordt gemotiveerd, kort gezegd omdat dit meer 'fair' zou zijn en beter zou aansluiten bij de huidige arbeidsmarkt. In de literatuur is er op gewezen

dat hiermee de afschaffing van de doorsneemethodiek bij de huidige inzichten invulling geeft aan een sociaal doel en versterking betekent van de solidariteit, zie punt 6.4. Naar mijn oordeel is het gelden van de doorsneemethodiek of een andere methodiek geen relevant element om het sociaal doel van nationaal pensioenbeleid vorm te geven, zie punt 6.16. De solidariteitsvraag is wel van belang om te beoordelen of het toekennen van een exclusief recht gerechtvaardigd kan zijn.[66]

Stap (2): vervullen tegen economisch aanvaardbare kosten

6.19. De vervolgvraag is of het bedrijfstakpensioenfonds de voornoemde dienst zonder verplichtstelling kan vervullen.

6.20. Bij het bepalen van de dienst is nog eens te benadrukken dat het bij de verplichtstelling gaat om de uitvoering van de aanvullende pensioenregeling voor 'alle werknemers in een bepaalde bedrijfstak', zie punt 3.6 en rov. 73 in Albany.

6.21. Het criterium om de voorwaarden van art. 106 lid 2 VWEU als vervuld te kunnen beschouwen is of het bedrijfstakpensioenfonds de dienst van uitvoering van de bedrijfstak brede pensioenregeling zonder verplichtstelling niet onder 'economisch aanvaardbare omstandigheden' kan verrichten. Zie punt 3.18. Dat is het geval wanneer het fonds rendabele en niet rendabele diensten of goede en slechte risico's compenseert, zie punt 3.19 en 3.21, en zonder verplichtstelling, op een vrije markt, andere aanbieders alleen de rendabele diensten of goede risico's zouden (kunnen) aannemen, waardoor een beperking van de mededinging in die rendabele diensten of goede risico's gerechtvaardigd is, zie punt 3.19 en 3.21. Dan zou immers 'met name voor kleine en middelgrote ondernemingen' met slechte risico's het bedrijfstakpensioenfonds de pensioenregeling niet meer 'tegen aanvaardbare kosten' kunnen uitvoeren, zie punt 3.21, rov. 108 Albany, en punt 3.22.

6.22. Dit is het overkoepelende criterium, waarbij derhalve een vorm van compensatie voldoende rechtvaardiging is.

6.23. Dat impliceert een element van solidariteit tussen ondernemingen die als een goed risico en ondernemingen die als een slecht risico zijn te duiden, zie punt 3.22 en 3.28. Welke mate van solidariteit vereist is, heeft het Hof niet in de vorm van een algemeen gezichtspunt of raamwerk

[66] Vgl. Albany, rov. 86 waar het Hof overweegt dat de solidariteitsaspecten niet meebrengen dat het bedrijfstakpensioenfonds geen onderneming is, maar wel het uitsluitend recht kunnen rechtvaardigen.

geformuleerd. Het algemene raamwerk is het in punt 6.20 geduide criterium. Ook in AG2R is het zo neergezet, zie punt 3.30, rov. 77.

6.24. Wel heeft het Hof in zowel Albany als AG2R een oordeel gegeven over de rechtvaardiging van de in die zaken aanwezige solidariteitselementen. In Albany noemt het Hof de in punt 3.21 opgesomde elementen, waaronder ontkoppeling van premie en risico. In AG2R noemt het Hof ook die ontkoppeling door te wijzen op het forfaitaire karakter van bijdragen gezien de verplichting om alle risico's te aanvaarden, zie punt 3.30, rov. 78. De acceptatieplicht, bedrijfstakbreed voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is mede een relevant gegeven, zie ook punt. 3.31. Dat is ook weer te verbinden aan de overweging van het Hof over met name kleine en middelgrote ondernemingen. Grote ondernemingen zullen immers veelal wegens hun omvang zelf al goede en slechte risico's combineren en zullen wegens hun omvang voldoende onderhandelingspositie hebben om op de vrije markt aanvaardbare kosten te bedingen. Voor kleine en middelgrote ondernemingen hoeft dat niet het geval te zijn en is de verplichtstelling als instrument voor het bereiken van aanvaardbare kosten met name van belang.

6.25. De rechtspraak verhindert niet dat een voldoende mate van solidariteit tussen goede en slechte risico's door andere elementen kan worden ingevuld. In ieder geval blijkt niet dat de doorsneemethodiek een noodzakelijk vereiste is, zoals in de onder 6.B aangehaald standpunten ook de gedeelde lijn is. Ook in de wetsgeschiedenis van de Wet Bpf 2000 is aangegeven dat de eis van een doorsneepremie niet 'uitdrukkelijk' uit de rechtspraak van het HvJ volgt.

6.26. Dit vergt derhalve een beoordeling van de deling van goede en slechte risico's zoals die in de beoogde nieuwe contracten aanwezig zullen zijn. Het volgende is hierbij van belang.

6.27. Op de eerste plaats: er is sprake van een collectiviteit en acceptatieplicht van alle werknemers (en hun werkgevers) in de bedrijfstak waarvoor de verplichtstelling geldt. Er is een verplichting alle risico's te aanvaarden. Daarmee is een andere situatie dan geldt voor de niet verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en andere marktpartijen die de uitvoering/verzekering van pensioenregelingen als dienst aanbieden. De acceptatie van alle werknemers, zonder keuring, binnen de collectiviteit van een enkele werkgever is niet vergelijkbaar met de bedrijfstakbrede acceptatieplicht van alle werknemers van alle werkgevers. Zie ook punt 4.6. Juist de bedrijfstakbrede acceptatieplicht en daardoor de solidariteit tussen werkgevers die goede en werkgevers die slechte risico's representeren is

kenmerkend. Het op deze manier inrichten van ‘sociale beleidsdoelen’ is reeds in de brief van de staatssecretaris van SZW van 17 september 1996 benadrukt, met woorden die ook nu en voor de toekomst actualiteitswaarde hebben en daarom hier worden geciteerd:

> ‘bij Bpf-en deze groepssolidariteit nog in versterkte mate aanwezig doordat ze zich ook uitstrekt over verschillende ondernemingen binnen de bedrijfstak. Zonder de verplichtstelling zou de groepssolidariteit voor het Bpf kleiner worden, omdat de ondernemingen met goede risico's hun pensioenvoorzieningen elders zouden kunnen gaan onderbrengen tegen een lagere premie. […] Het kabinet ondersteunt verzoeken van de sociale partners om de witte en grijze vlekken te verkleinen door middel van uitbreiding van het door de verplichtstelling bestreken terrein. Het behoud van solidariteitselementen, waarin de verplichtstelling met zekerheid kan voorzien, wordt door het kabinet zwaar gewogen bij de vraag of meer vrijheid bij de keuze van pensioenuitvoerder in de tweede pijler gewenst is. De sociale beleidsdoelen die met de verplichtstelling kunnen worden gerealiseerd rechtvaardigen naar de mening van het kabinet dat er in de tweede pijler geen volledige marktwerking is’.[67]

Hierbij zij opgemerkt dat de acceptatieplicht op zichzelf nog geen solidariteit vestigt. De acceptatieplicht van alle werknemers is wel van belang indien het systeem van de pensioenregeling zodanig is dat er goede en slechte risico’s gecompenseerd worden. Dat vergt derhalve een toetsing van de solidariteitselementen.

6.28. Op de tweede plaats daarover: bij de nieuwe contracten is er een minder sterke ontkoppeling van premie en risico/uitkeringsrecht. Sterker: vanwege het karakter van een premieovereenkomst is er in beginsel een directe band tussen premie en te verwerven aanspraak. Er zijn bij beide contractvormen niettemin diverse (andere) elementen van solidariteit die zonder verplichtstelling niet aanwezig zijn, zie het schema in punt 5.7. Dat zijn deels elementen die bij elke – ook niet verplichte regeling – aanwezig (kunnen) zijn, zie hetgeen benoemd bij *Risicodeling binnen generaties.* Ik wijs echter op de volgende aspecten:

- bij een verplichtstelling heeft risicodeling binnen generaties bijzondere meerwaarde wegens de bedrijfstakbrede toepassing hiervan in combinatie met de acceptatieplicht. Zonder verplichtstelling is dit een risicodeling per werkgever, waardoor het in Albany aangehaalde aspect dat kleine en middelgrote ondernemingen met slechte risico’s niet tegen aanvaardbare kosten kunnen verzekeren, zich aandringt;

- een nog evidenter element is hetgeen is genoemd bij de *Risicodeling tussen generaties (IGR)* dat zonder verplichtstelling niet aanwezig is of kan zijn;

[67] *Kamerstukken II* 1996/97, 25014, 1.

- hiernaast geldt het aspect van overnemen van premiebetaling en honoreren van aanspraken indien de werkgevers de premies niet voldoet, een element dat in AG2R expliciet als een relevant aspect, naast andere, is genoemd, zie punt 3.30, rov. 51. Dit geldt in de huidige wetgeving voor alle pensioenfondsen, maar juist wegens het ontbreken van selectiemogelijkheid door de acceptatieplicht is het belang hiervan bij de verplichtstelling sterker aanwezig. Of dit element bij de Verbeterde premieregeling aanwezig zal zijn, is in deze Analyse een aanname.

6.29. Om hier nader een opvatting over te vormen haal ik het Rapport 'Generatiebewust beleid' van de WRR[68] aan, waarin een grotendeels nog actuele verdieping van het vraagstuk van herverdeling is gegeven. De WRR wijst er op dat het 'systeem' van een pensioenregeling bepalend is voor de wijze van verdeling van risico's. Het systeem, en niet de wijze van financiering, bepaalt of er *ex post* overdrachten plaatsvinden, aldus de WRR. 'Hoe meer risico's worden gepoold tussen cohorten, des te meer overdrachten zullen *ex post* plaatsvinden', aldus de WRR.[69] Onder het systeem vat de WRR (niet uitputtend genoemd): het karakter van de pensioenregeling, de methode van indexering, de soorten van pensioenen. Ook bij de doorsneemethodiek vinden overdrachten plaats; deze zijn volgens de WRR het gevolg van de financieringswijze. De belangrijkste punten van risicodeling tussen generaties (de IGR) verbonden aan het systeem liggen volgens de WRR op het vlak van indexering, rendement en inflatie. De WRR benadrukt het belang van solidariteit tussen generaties, omdat bij tegenvallers door oudere deelnemers – die niet of nauwelijks mogelijkheden hebben individueel bij te sturen - een beroep kan worden gedaan op draagkracht van jongere deelnemers. Bij meevallers profiteert het individu minder dan bij collectieve risicodeling. De WRR noemt solidariteit het 'bijspijkeren van onverwachte tekorten'.[70] De WRR waarschuwt voor 'problemen' bij het 'te ver loslaten van de verplichte deelname' om ook het belang van collectieve solidariteit te benadrukken met onder meer de volgende woorden[71]:

> 'Wie jong solo wil, moet bereid zijn eventueel oud solo op de blaren te zitten. Maar wie jong onverwacht zwaar op solidariteit wordt aangesproken, zal dit risico wellicht voor lief nemen. Dit laatste impliceert dat bij vrijwillige deelname de toetredingsmogelijkheid voor ouderen niet meer vanzelfsprekend kan zijn.'

[68] WRR, 1999, nr. 55.
[69] WRR, 1999, nr. 55, p. 180.
[70] WRR, 1999, nr. 55, p. 194.
[71] WRR, 1999, nr. 55, p. 196.

Vervolgens wijst de WRR uitvoerig op het belang van buffers als 'uiting van risicosolidariteit tussen generaties.[72] De WRR benadrukt met al deze elementen het belang van intergenerationele solidariteit in collectieve aanvullende pensioenregelingen, maar waarschuwt tevens voor 'te veel' *ex ante* herverdeling door een financieringswijze die actuarieel niet eerlijk is omdat sommige deelnemers voorspelbaar meer profijt hebben dan anderen. Een pensioensysteem dat 'actuarieel eerlijk gefinancierd' met intergenerationele pooling van risico's is volgens de WRR echter voor alle cohorten profijtelijk.

6.30. Deze beschouwingen geven aan dat intergenerationele risicodeling een uiterst relevant punt van solidariteit tussen generaties is. Daarnaast zijn er door de bedrijfstakbrede acceptatieplicht andere solidariteitselementen die de meerwaarde van de verplichtstelling kunnen accentueren. Dat betreft de solidariteit binnen generaties, maar ook het honoreren van aanspraken indien de werkgever de bijdragen niet voldoet.

6.31. Hierbij is wel op te merken dat hier een duidelijk verschil aanwezig is tussen het Nieuwe pensioencontract en de Verbeterde premieregeling. Bij de laatste toekomstvariant is er in uitgangspunt geen intergenerationele risicodeling, waarbij een belangrijke poot van solidariteit ontbreekt. Indien de pensioenregeling geen premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid zou kennen en geen collectieve dekking van nabestaandenpensioen, zijn er ook binnen generaties nog nauwelijks solidariteitselementen. De rechtvaardiging voor de verplichtstelling is dan wel zeer wankel aan het worden, omdat er niet of nauwelijks sprake is van deling van goede en slechte risico's. Evenwel wordt de mogelijkheid van een solidariteitspremie en solidariteitsvermogen onderzocht.

6.32. De hamvraag is dan of zonder de verplichtstelling de genoemde vormen van solidariteit niet tegen aanvaardbare kosten uitgevoerd kunnen worden door het bedrijfstakpensioenfonds voor alle werknemers binnen de bedrijfstak waarvoor de verplichtstelling geldt, ook voor werkgevers met slechte risico's en voor werknemers van kleine en middelgrote ondernemingen. Of dit zo is, zal ook nader actuarieel en economisch onderbouwd moeten (kunnen) worden. Op basis van bovenstaande analyse kan echter onder aanname dat die onderbouwing gegeven kan worden het volgende worden geconcludeerd:

(I) de acceptatieplicht voor alle werknemers in de bedrijfstak geeft een meerwaarde aan de verplichtstelling boven de contracten op de vrije markt. Solidariteit die binnen een contract

[72] WRR, 1999, nr. 55, p. 197-202.

ook wel is te organiseren, heeft binnen de verplichtstelling een zodanig ander bereik dat dit een rechtvaardiging voor de verplichtstelling kan zijn[73];

(II) de intergenerationele solidariteit is bij een stelsel van vrije toe- en uittreding bij het bedrijfstakpensioenfonds niet waar te maken. De aanwezigheid hiervan kan de verplichtstelling daarom rechtvaardigen.

6.33. De vraag of enkel de meer verzekeringsrechtelijke kanssolidariteit binnen generaties niet tegen aanvaardbare kosten kan worden uitgevoerd – voor met name kleine en middelgrote ondernemingen – zonder verplichtstelling (conclusie (I) in punt 6.28), is vooral relevant voor de Verbeterde premieregeling zonder vormen van solidariteitspremie en solidariteitsvermogen. De omvang van de solidariteit is dan beduidend minder en komt vrijwel te ontbreken wanneer premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid en collectieve dekking van nabestaandenpensioen geen onderdeel is van de regeling. Het aanvaardbare kosten element behoeft dan overtuigende nadere onderbouwing. Maar ook indien er wel sprake zal zijn van een solidariteitspremie en solidariteitsvermogen zal het afhangen van de vormgeving en aanwending van deze premie en dat vermogen of hiermee een vorm van solidariteit wordt gegenereerd die zonder de verplichtstelling niet uitvoerbaar is.

Stap (3): noodzakelijk (evenredig)

6.34. Vastgesteld moet worden of de verplichtstelling noodzakelijk (evenredig) is conform de aspecten genoemd in punt 4.9.

6.35. Zoals opgemerkt is voor het onderbouwen van de noodzakelijkheid niet een al te zware bewijslast vereist en hoeft niet positief aangetoond te worden dat met geen enkele andere maatregel dezelfde doelen kunnen worden bereikt, zie punt 4.11.

6.36. Tevens is geconstateerd dat het HvJ de noodzakelijkheid in Albany niet afzonderlijk heeft beoordeeld, maar – kennelijk – als besloten gelegen heeft aangemerkt in de toetsing of zonder verplichtstelling de pensioenregeling niet tegen aanvaardbare kosten voor alle werknemers kan worden uitgevoerd.

[73] Lewin en Soetendal, aangehaald in punt 6.7, stellen dat risicodeling binnen generaties ook zonder verplichtstelling op de vrije markt wordt gerealiseerd; hierbij gaan ze echter niet in op het gegeven dat in de vrije markt dit risicodeling binnen een contract met een werkgever is en bij de verplichtstelling het voor alle werkgevers en werknemers in de bedrijfstak geldt.

6.37. Hier kan de conclusie aan worden verbonden dat wanneer aan dit laatste is voldaan (dat is geduid als stap (2)), de verplichtstelling noodzakelijk is. De verplichtstelling is dan geschikt om het doel te bereiken. Dat het meer biedt dan alleen een minimum doet hier niet aan af, zie ook punt 6.16.

6.38. Ook is de verplichtstelling doeltreffend: zij is gericht op de werknemers in de bedrijfstak en daar is de verplichtstelling ook voor bedoeld.

6.39. Wat betreft het aspect duur het volgende. Indien onderbouwd kan worden dat de verplichtstelling een permanent karakter moet hebben, is de verplichtstelling voor onbepaalde tijd ook in dat opzicht noodzakelijk. Dit lijkt bij de intergenerationele solidariteit duidelijker te onderbouwen dan bij enkel solidariteit binnen generaties. Een wettelijk verankerde periodieke herbeoordeling van de noodzakelijkheid, kan de houdbaarheid van de verplichtstelling dan verstevigen.

6.40. In de literatuur[74] is een aantal gezichtspunten genoemd die twijfel zouden kunnen doen rijzen aan de noodzakelijkheid van de verplichtstelling. De daarbij genoemde punten noem ik hieronder, gevolgd door een reactie van mijn kant:

- twijfel aan doeltreffendheid van de verplichtstelling voor het bestrijden van de witte vlek, omdat de omvang van de witte vlek blijkens onderzoek 13% is[75]. *Reactie:* de verplichtstelling geschiedt op verzoek van sociale partners in een bedrijfstak en voor een bepaalde bedrijfstak. Voor de betreffende bedrijfstak is het middel doeltreffend. Dat er geen landelijke aansluitingsplicht is, maakt de maatregel voor de bedrijfstak niet minder doeltreffend. Hierbij is van belang dat de verplichtstelling de mededinging beperkt voor de ondernemingen in de bedrijfstak waarvoor de verplichtstelling geldt. Dat is de relevante markt. De doeltreffendheid van de verplichtstelling moet voor die markt beoordeeld worden. Dat er buiten die markt, dus buiten de bedrijfstak waarvoor de verplichtstelling geldt, geen beperking is van de mededinging en werkgevers kunnen besluiten geen pensioenregeling te treffen, ontneemt de verplichtstelling binnen de relevante markt van de bedrijfstak niet de doeltreffendheid.

- voor het makkelijker maken van keuzes voor werknemers, kan volstaan worden met het opleggen van de verplichting aan de werkgever een pensioenregeling in het leven te roepen. *Reactie:* dit argument is ook door Albany aangehaald en door het HvJ niet gehonoreerd. Er

[74] Lewin en Soetendal, aangehaald in punt 6.7,
[75] Verzamelbrief pensioenonderwerpen van 19 november 2018, *Kamerstukken II* 2018/19, 32043, 427.

moet vastgesteld worden dat een verplichting voor de werkgever om een pensioenregeling van een bepaald niveau treffen, iets geheel anders is dan de acceptatieplicht van een bedrijfstakpensioenfonds van alle werknemers van alle werkgevers in de bedrijfstak. Een – verplicht getroffen – pensioenregeling, zal de werkgever bij een pensioenuitvoerder moeten onderbrengen. Indien de pensioenuitvoerder geen acceptatieplicht heeft, is niet geborgd dat alle werkgevers de pensioenregeling tegen aanvaardbare kosten kan onderbrengen;

- voor het treffen van een bedrijfstakbrede pensioenvoorziening, kan volstaan worden met verplichtstelling van de pensioenregeling, evenals voor collectieve uitvoering met lage kosten. *Reactie:* hiervoor geldt hetzelfde als bij het vorige punt genoemd: zonder acceptatieplicht van de uitvoeringsovereenkomst is uitvoering tegen aanvaardbare kosten niet geborgd.

In dezelfde literatuur wordt de 'geen premie, wel recht' regel genoemd als element dat de verplichtstelling kan rechtvaardigen met verwijzing naar AG2R. *Reactie:* dat is inderdaad in AG2R genoemd, maar als enige punt is dit mager. Ook wordt als mogelijke rechtvaardiging voor de verplichtstelling de continuïteit van beleggingen genoemd. *Reactie:* dat hiermee goede en slechte risico's worden gebonden, lijkt mij twijfelachtig.

6.41. De conclusie is dat indien aangetoond is dat zonder verplichtstelling de pensioenregeling niet voor alle werknemers tegen aanvaardbare kosten uitvoerbaar is, de verplichtstelling als noodzakelijk kan worden aangemerkt.

7. Conclusie

Deze analyse is een lang betoog geworden. De kern waarin de conclusie is besloten, vat ik als volgt samen.

Vereisten VWEU

I. Voor de mededingsrechtelijke houdbaarbaarheid van de verplichtstelling is volgens art. 106 VWEU nodig dat:

(1) het bedrijfstakpensioenfonds een taak van algemeen economisch belang (DAEB) verricht;

(2) bij toepassing van het mededingingsrecht het fonds die taak niet kan vervullen;

(3) de verplichtstelling voor het vervullen van die taak noodzakelijk (evenredig) is.

Invulling in rechtspraak

II. Uit de rechtspraak (waaronder Albany) volgt ten aanzien van deze criteria voor de verplichtstelling het volgende:

(1) *Sociaal doel:* met de verplichtstelling geeft de overheid invulling aan het beleid ten aanzien van het pensioenstelsel als geheel en de doelstelling om alle werknemers in een bedrijfstak toegang te geven tot een aanvullend pensioen; gezien de lage AOW heeft het bedrijfstakpensioenfonds een sociale taak en daarmee vervult het fonds een DAEB;

(2) *Niet tegen aanvaardbare kosten kunnen vervullen:* aan dit criterium is voldaan indien het bedrijfstakpensioenfonds zonder de verplichtstelling rendabele en onrendabele diensten of goede en slechte risico's niet kan compenseren, de rendabele diensten en goede risico's naar aanbieders op de vrije markt (kunnen) vertrekken waardoor het fonds zijn taak voor met name kleine en middelgrote ondernemingen niet meer tegen economisch aanvaardbare kosten kan vervullen;

(3) *Noodzakelijk:* de verplichtstelling is in beginsel noodzakelijk (evenredig) indien aan criterium (2) is voldaan.

Solidariteit

III. Criterium (2) veronderstelt een mate van solidariteit die de verplichtstelling noodzakelijk maakt.

IV. In de rechtspraak is een aantal punten genoemd die uiting geven aan solidariteit die de verplichtstelling rechtvaardigt en daarbij met name de * de ontkoppeling van premie en risico, * de acceptatieplicht van alle risico's en * de toekenning van uitkeringsrechten zonder premiebetaling. De acceptatieplicht is hierbij niet een losstaand element, maar relevant in relatie tot de (andere) solidariteits-elementen.

V. De doorsneepremie is in de rechtspraak wel benoemd, maar niet als enig element en ook niet als noodzakelijk element om voldoende solidariteit te genereren. Andere auteurs en instanties zijn het hier wel over eens.

Solidariteit bij ontkoppeling premie en risico

VI. Dit impliceert dat bij ontkoppeling van premie en risico wegens andere aspecten van solidariteit voldaan kan zijn aan het criterium dat zonder verplichtstelling de bedrijfstakbrede pensioenregeling voor alle werknemers niet tegen aanvaardbare kosten kan worden uitgevoerd.

VII. Van de solidariteitselementen die dan mogelijk en toereikend zijn voor rechtvaardiging van de verplichtstelling heeft de rechtspraak geen opsomming gegeven. De rechtspraak is telkens toegesneden op het concrete geval en geeft geen voorbeeld van een premieovereenkomst met actuarieel faire inkoop.

VIII. Niettemin geeft het criterium van niet meer tegen aanvaardbare kosten kunnen uitvoeren van de pensioenregeling voor alle werknemers van alle werkgevers in de bedrijfstak wel een handvat.

Relevantie bedrijfstakbrede acceptatieplicht

IX. De toetsing of aan dit criterium is voldaan moet plaatsvinden met inachtneming van de taak van het verplichtgestelde bedrijfstak, dat is het uitvoeren van een pensioenregeling met acceptatieplicht voor alle werknemers en hun werkgevers in de gehele bedrijfstak. Dat op zich is al onvergelijkbaar met de acceptatieplicht die een andere aanbieder binnen het contract met een enkele werkgever kan hebben.

Toepassing op contracten volgens Pensioenakkoord

X. Het *Nieuwe pensioencontract* kent binnen dat gegeven van de bedrijfstakbrede acceptatieplicht drie relevante elementen van solidariteit:

1) solidariteit binnen generaties

2) solidariteit tussen generaties

3) uitkeringsrechten zonder premiebetaling.

De *Verbeterde premieregeling* kent de elementen:

1) solidariteit binnen generaties

2) solidariteit tussen generaties, maar alleen indien een solidariteitspremie en solidariteitsvermogen gevormd gaat worden, mede afhankelijk van de wijze waarop deze premie en vermogen besteed gaan worden;

3) uitkeringsrechten zonder premiebetaling (dit is een aanname).

Onderbouwing van niet tegen aanvaardbare kosten aanbieden

XI. Het vergt mede een actuariële en economische onderbouwing of zonder verplichtstelling deze elementen niet meer tegen aanvaardbare kosten voor alle werknemers aangeboden kan worden.

Nieuwe pensioencontract - Belang solidariteit tussen generaties

XII. Gelet op het belang van solidariteit tussen generaties en de voorlopige aanname dat dit alleen bij een verplichtstelling is te realiseren (geen vrije toe- en uittreding), is het aannemelijk dat dit element mede gezien de welvaartswinst die hiermee voor alle deelnemers is te behalen, voldoende is voor rechtvaardiging van de verplichtstelling.

Verbeterde premieregeling – Nadere onderbouwing

XIII. Indien, mogelijk bij de Verbeterde premieregeling, de enige vorm van solidariteit die binnen generaties is, zal de rechtvaardiging van de verplichtstelling gevonden moeten worden in de bedrijfstakbrede acceptatieplicht en onderbouwd moeten kunnen worden dat zonder deze verplichtstelling het fonds bij (mogelijke) uittreding van werkgevers (met goede risico's) de pensioenregeling voor andere werkgevers, met name de kleine en middelgrote ondernemingen, niet meer tegen aanvaardbare kosten kan uitvoeren. In dat geval kan er voldoende rechtvaardiging voor de verplichtstelling zijn, gegeven het doel van een aanvullende pensioenregeling voor alle werknemers in de bedrijfstak.

Noodzakelijk

XIV. Indien vastgesteld is dat de pensioenregeling zonder de verplichtstelling niet tegen aanvaardbare kosten voor alle werknemers is uit te voeren, kan aangenomen worden dat hiermee vaststaat dat

de verplichtstelling voor het beoogde doel ook noodzakelijk is. Een periodieke toets op de noodzakelijkheid, kan de houdbaarheid van de verplichtstelling echter versterken.

00000000000000000000

Register Rechtspraak

Dit register kent een alfabetisch deel (Deel A) aansluitend bij de korte aanduiding van de arresten in deze analyse en daarna een 'klassiek' chronologisch deel (Deel B).

Rechtspraak Deel A – Alfabetisch

Hof van Justitie EG/EU

AG2R
Arrest van het Hof (Eerste kamer) van 3 maart 2011.
AG2R Prévoyance tegen Beaudout Père et Fils SARL.
Zaak C-437/09; ECLI:EU:C:2011:112

Albany
Arrest van het Hof van 21 september 1999.
Albany International BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie.
Zaak C-67/96; ECLI:EU:C:1999:430

Analir
Arrest van het Hof van 20 februari 2001.
Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) en anderen tegen Administración General del Estado.
Zaak C-205/99; ECLI:EU:C:2001:107

Ambulanz Glöckner
Arrest van het Hof (Vijfde kamer) van 25 oktober 2001.
Firma Ambulanz Glöckner tegen Landkreis Südwestpfalz.
Zaak C-475/99; ECLI:EU:C:2001:577

Anode
Arrest van het hof (Vijfde kamer) van 7 september 2016
Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)
Zaak C-121/15; ECLI:EU:C:2016:637

Brentjens'
Arrest van het Hof van 21 september 1999.
Brentjens' Handelsonderneming BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen.
Gevoegde zaken C-115/97 tot C-117/9; ECLI:EU:C:1999:434

BRT
Arrest van het Hof van 27 maart 1974.
Belgische Radio en Televisie en société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs tegen SV SABAM en NV Fonior.
Zaak 127-73; ECLI:EU:C:1974:25

Butano
Arrest van het Hof (Eerste kamer) van 11 april 2019

Repsol Butano SA en DISA Gas SAU tegen Administración del Estado
Gevoegde zaken C-473/17 en C-546/17; ECLI:EU:C:2019:308

Commissie/Duitsland
Arrest van het Hof (Grote kamer) van 15 juli 2010.
Europese Commissie tegen Bondsrepubliek Duitsland.
Zaak C-271/08; ECLI:EU:C:2010:426

Commissie/Nederland
Arrest van het Hof van 23 oktober 1997
Commissie van de Europese Gemeenschappen/ Koninkrijk der Nederlanden,
Zaak C-157/94; ECLI:EU:C:1997:499

Corbeau
Arrest van het Hof van 19 mei 1993.
Strafzaak tegen Paul Corbeau.
Zaak C-320/91; ECLI:EU:C:1993:198

Drijvende Bokken
Arrest van het Hof van 21 september 1999.
Maatschappij Drijvende Bokken BV tegen Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven.
Zaak C-219/97; ECLI:EU:C:1999:437

Enel
Arrest van het Hof (Tweede kamer) van 21 december 2011.
Enel Produzione SpA tegen Autorità per l'energia elettrica e il gas.
Zaak C-242/10; ECLI:EU:C:2011:861

Federutility
Arrest van het Hof (Grote kamer) van 20 april 2010

Federutility en anderen tegen Autorità per l'energia elettrica e il gas.

Zaak C-265/08; ECLI:EU:C:2010:205

FFAD
Arrest van het Hof van 23 mei 2000.
Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) tegen Københavns Kommune.
Zaak C-209/98; ECLI:EU:C:2000:279

FNV KIEM
Arrest van het Hof (Eerste kamer) van 4 december 2014
FNV Kunsten Informatie en Media tegen Staat der Nederlanden
Zaak C-413/13; Zaak C-413/13
Gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/98; ECLI:EU:C:2000:428

Kattner
Arrest van het Hof (Derde kamer) van 5 maart 2009.
Kattner Stahlbau GmbH tegen Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft.
Zaak C-350/07; ECLI:EU:C:2009:127

M6
Arrest van het Gerecht (Vijfde kamer) van 1 juli 2010.
Métropole télévision (M6) en Télévision française 1 SA (TF1) tegen Europese Commissie.
Gevoegde zaken T-568/08 en T-573/08; ECLI:EU:T:2010:272

Ordem
Arrest van het hof (Tweede kamer) van 28 februari 2013
Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas
Zaak C-1/12; ECLI:EU:C:2013:127

Pavlov
arrest van het Hof van 12 september 2000.
Pavel Pavlov e.a. tegen Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten.
Gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/98; ECLI:EU:C:2000:428

TNT Traco
Arrest van het Hof (Zesde kamer) van 17 mei 2001
TNT Traco SpA tegen Poste Italiane SpA en anderen
Zaak C-340/99; ECLI:EU:C:2001:28.

Van Schijndel
Arrest van het Hof van 14 december 1995.
Jeroen van Schijndel en Johannes Nicolaas Cornelis van Veen tegen Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten.
Gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93; ECLI:EU:C:1995:441.

Van der Woude
Arrest van het Hof (Zesde kamer) van 21 september 2000.
Hendrik van der Woude tegen Stichting Beatrixoord
Zaak C-222/98; ECLI:EU:C:2000:475

Vasco
Arrest van het Hof (Vierde kamer) van 20 december 2017.
Comunidad Autónoma del País Vasco e.a. tegen Europese Commissie.

Gevoegde zaken C-66/16 P–C-69/16 P; ECLI:EU:C:2017:999

Viasat
Arrest van het hof (Eerste kamer) van 8 maart 2017
Viasat Broadcasting UK Ltd,
zaak C-660/15 P,

Hoge Raad

Albany
Arrest van de HR van HR 5 februari 1999,*NJ* 2000/451

Drijvende Bokken
Arrest van de HR van 6 juni 1999**,** *NJ* 2000/232

Van Schijndel
Arrest van de HR van 22 oktober 1993, *NJ* 1994/94

Rechtbanken

Zelfstandigen Bouw/Bpf Schilders
Vonnis van Rb. Den Haag 30 januari 2019
PJ 2019/8, rov. 5.15-519

Rechtspraak Deel B - Chronologisch

Hof van Justitie EG/EU

BRT
Arrest van het Hof van 27 maart 1974.
Belgische Radio en Televisie en société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs tegen SV SABAM en NV Fonior.
Zaak 127-73; ECLI:EU:C:1974:25

Corbeau
Arrest van het Hof van 19 mei 1993.
Strafzaak tegen Paul Corbeau.
Zaak C-320/91; ECLI:EU:C:1993:198

Van Schijndel
Arrest van het Hof van 14 december 1995.
Jeroen van Schijndel en Johannes Nicolaas Cornelis van Veen tegen Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten.
Gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93; ECLI:EU:C:1995:441.

Commissie/Nederland
Arrest van het Hof van 23 oktober 1997
Commissie van de Europese Gemeenschappen/ Koninkrijk der Nederlanden,
Zaak C-157/94; ECLI:EU:C:1997:499

Albany
Arrest van het Hof van 21 september 1999.
Albany International BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie.
Zaak C-67/96; ECLI:EU:C:1999:430

Brentjens'
Arrest van het Hof van 21 september 1999.
Brentjens' Handelsonderneming BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen.
Gevoegde zaken C-115/97 tot C-117/9; ECLI:EU:C:1999:434

Drijvende Bokken
Arrest van het Hof van 21 september 1999.
Maatschappij Drijvende Bokken BV tegen Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven.
Zaak C-219/97; ECLI:EU:C:1999:437

FFAD
Arrest van het Hof van 23 mei 2000.
Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) tegen Københavns Kommune.
Zaak C-209/98; ECLI:EU:C:2000:279

Pavlov
arrest van het Hof van 12 september 2000.
Pavel Pavlov e.a. tegen Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten.
Gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/98; ECLI:EU:C:2000:428

Van der Woude
Arrest van het Hof (Zesde kamer) van 21 september 2000.
Hendrik van der Woude tegen Stichting Beatrixoord
Zaak C-222/98; ECLI:EU:C:2000:475

Analir
Arrest van het Hof van 20 februari 2001.
Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) en anderen tegen Administración General del Estado.
Zaak C-205/99; ECLI:EU:C:2001:107

TNT Traco
Arrest van het Hof (Zesde kamer) van 17 mei 2001
TNT Traco SpA tegen Poste Italiane SpA en anderen
Zaak C-340/99; ECLI:EU:C:2001:28.

Ambulanz Glöckner
Arrest van het Hof (Vijfde kamer) van 25 oktober 2001.
Firma Ambulanz Glöckner tegen Landkreis Südwestpfalz.
Zaak C-475/99; ECLI:EU:C:2001:577

Kattner
Arrest van het Hof (Derde kamer) van 5 maart 2009.
Kattner Stahlbau GmbH tegen Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft.
Zaak C-350/07; ECLI:EU:C:2009:127

Federutility
Arrest van het Hof (Grote kamer) van 20 april 2010

Federutility en anderen tegen Autorità per l'energia elettrica e il gas.

Zaak C-265/08; ECLI:EU:C:2010:205

M6
Arrest van het Gerecht (Vijfde kamer) van 1 juli 2010.
Métropole télévision (M6) en Télévision française 1 SA (TF1) tegen Europese Commissie.
Gevoegde zaken T-568/08 en T-573/08; ECLI:EU:T:2010:272

Commissie/Duitsland
Arrest van het Hof (Grote kamer) van 15 juli 2010.
Europese Commissie tegen Bondsrepubliek Duitsland.
Zaak C-271/08; ECLI:EU:C:2010:426

AG2R
Arrest van het Hof (Eerste kamer) van 3 maart 2011.
AG2R Prévoyance tegen Beaudout Père et Fils SARL.
Zaak C-437/09; ECLI:EU:C:2011:112

Enel
Arrest van het Hof (Tweede kamer) van 21 december 2011.
Enel Produzione SpA tegen Autorità per l'energia elettrica e il gas.
Zaak C-242/10; ECLI:EU:C:2011:861

Ordem
Arrest van het hof (Tweede kamer) van 28 februari 2013
Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas
Zaak C-1/12; ECLI:EU:C:2013:127

FNV KIEM
Arrest van het Hof (Eerste kamer) van 4 december 2014
FNV Kunsten Informatie en Media tegen Staat der Nederlanden
Zaak C-413/13; Zaak C-413/13
Gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/98; ECLI:EU:C:2000:428

Anode
Arrest van het hof (Vijfde kamer) van 7 september 2016
Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)
Zaak C-121/15; ECLI:EU:C:2016:637

Viasat
Arrest van het hof (Eerste kamer) van 8 maart 2017
Viasat Broadcasting UK Ltd,
zaak C-660/15 P,

Vasco
Arrest van het Hof (Vierde kamer) van 20 december 2017.
Comunidad Autónoma del País Vasco e.a. tegen Europese Commissie.

Gevoegde zaken C-66/16 P–C-69/16 P; ECLI:EU:C:2017:999

Butano
Arrest van het Hof (Eerste kamer) van 11 april 2019
Repsol Butano SA en DISA Gas SAU tegen Administración del Estado
Gevoegde zaken C-473/17 en C-546/17; ECLI:EU:C:2019:308

Hoge Raad

Van Schijndel
Arrest van de HR van 22 oktober 1993, *NJ* 1994/94

Albany
Arrest van de HR van HR 5 februari 1999**,** *NJ* 2000/451

Drijvende Bokken
Arrest van de HR van 6 juni 1999**,** *NJ* 2000/232

Rechtbanken

Zelfstandigen Bouw/Bpf Schilders
Vonnis van Rb. Den Haag 30 januari 2019
PJ 2019/8, rov. 5.15-519