

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
F. G. JACOBS
van 23 maart 2000 *

Inhoudsoverzicht

I — Inleiding	I-6457
II — De nationale achtergrond	I-6458
1. De wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling	I-6459
2. De statuten en het pensioenreglement van het Pensioenfonds Medische Specialisten	I-6463
3. De pensioenregeling van de medisch specialisten	I-6465
III — De hoofdgedingen	I-6467
IV — De ontvankelijkheid	I-6469
V — De strekking van de vragen	I-6469
VI — De tweede vraag: de artikelen 5 en 85	I-6470
1. Het mededingingsrecht en de vrije beroepen	I-6471
2. De toepasselijkheid <i>ratione materiae</i> van artikel 85, lid 1	I-6476
3. Een besluit van een ondernemersvereniging	I-6479
a) Zijn medisch specialisten ondernemingen?	I-6479
b) Handelen medisch specialisten als consument of als onderneming wanneer zij een beroepspensioenregeling in het leven roepen?	I-6481
c) Is de LSV opgetreden als ondernemersvereniging?	I-6482
4. Beperking van de mededinging	I-6484
a) Het inhoudelijke element: harmonisatie van de kosten en baten van aanvullende pensioenen binnen de beroepsgroep	I-6484
b) Het institutionele element: de oprichting van een rechtspersoon voor het toezicht op de naleving van de pensioenregeling en het beheer ervan	I-6486
c) Het politieke element: verzoek aan de minister	I-6488
5. De verhouding tussen de artikelen 5 en 85, lid 1	I-6488
VII — De eerste vraag: kwalificatie van het Fonds als onderneming	I-6490
VIII — De derde vraag: de artikelen 90, lid 1, en 86 van het Verdrag	I-6492
1. Toepasselijkheid van de artikelen 90, lid 1, en 86	I-6493

* Oorspronkelijke taal: Engels.

2. Strijd met de artikelen 90, lid 1, en 86	I-6494
a) De bepalingen waarbij het Fonds een uitsluitend verzekeringsrecht wordt verleend	I-6494
b) De regels voor ontheffing van de verplichte deelneming	I-6495
IX — Conclusie	I-6496

I — Inleiding

1. In deze zaken verzoekt het Kantongerecht te Nijmegen het Hof, zich uit te spreken over de verenigbaarheid van het Nederlandse stelsel van verplichte deelneming in beroepspensioenregelingen met de mededingingsregels van het Verdrag. Deze vragen zijn gerezen in verzetprocedures die door enkele medisch specialisten aanhankelijk zijn gemaakt tegen dwangbevelen van het Nederlandse beroepspensioenfonds voor medisch specialisten tot betaling van premies voor de aanvullende pensioenregeling van dit fonds.

2. Wat het gemeenschapsrecht betreft, is de vraag met name, of de Nederlandse regels voor de verplichte deelneming in aanvullende beroepspensioenregelingen in strijd zijn met de artikelen 5 en 85 EG-Verdrag (thans de artikelen 10 en 81 EG) of 90, lid 1, en 86 EG-Verdrag (thans de artikelen 86, lid 1, en 82 EG). Wat de artikelen 5 en 85 betreft, is een voorvraag of, en zo ja onder welke omstandigheden, besluiten van verenigingen van beroepsgenoten in verband met de totstandbrenging van een verplichte beroepspensioenregeling in strijd kunnen zijn met artikel 85, lid 1. Wat de

artikelen 90, lid 1, en 86 betreft, is de prealabele vraag, of een orgaan als het in geding zijnde pensioenfonds is aan te merken als een onderneming in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag.

3. De vragen en de wettelijke en procedurele context waarin zij zijn gerezen, zijn in grote lijnen identiek aan de laatste drie vragen die aan het Hof zijn gesteld door de Hoge Raad in de zaken Van Schijndel en Van Veen.¹ In die zaken behoefde het Hof echter, gezien het antwoord op de overige vragen, niet ten gronde in te gaan op het mededingingsrecht.

4. In de onderhavige zaken gaat het tevens om vragen welke vergelijkbaar zijn met die in de recente zaken Albany, Brentjens en Drijvende Bokken², en het Hof heeft besloten de behandeling van de onderhavige zaken te schorsen tot zijn uitspraak in de eerdere zaken. Ter vermijding van herhalingen zal ik veelvuldig verwijzen naar mijn conclusie en de drie arresten in die

1 — Arrest van 14 december 1995 (C-430/93 en C-431/93, Jurispr. blz. I-4705).

2 — Zie mijn conclusie van 28 januari 1999 en de arresten van 21 september 1999, Albany (C-67/96, Jurispr. blz. I-5751), Brentjens (C-115/97, C-116/97, en C-117/97, Jurispr. blz. I-6025), en Drijvende Bokken (C-219/97, Jurispr. blz. I-6121).

zaken. Bij het trekken van parallellen moet wel worden bedacht, dat die zaken betrekking hadden op bedrijfspensioenfondsen, die waren opgericht op basis van collectieve arbeidsovereenkomsten en aanvullende pensioenen boden aan de werknemers in een bepaalde bedrijfstak, terwijl de thans aanhangige zaken betrekking hebben op een pensioenfonds dat is opgericht door leden van een beroepsgroep en pensioenen uitkeert aan de leden van die beroepsgroep.

— Het basispensioen wordt in de meeste gevallen aangevuld met een aanvullend pensioen in het kader van in loondienst of als zelfstandige verrichte arbeid. Deze tweede-pijlerpensioenen zijn meestal ondergebracht bij collectieve regelingen die gelden voor een bepaalde bedrijfstak, een beroepsgroep of de werknemers van een onderneming.

II — De nationale achtergrond

— Ten slotte kunnen de eerste twee pensioencomponenten worden aangevuld door vrijwillig een individuele pensioen- of levensverzekeringsovereenkomst af te sluiten (derde pijler).

5. Zoals bekend rust het pensioenstelsel in Nederland op drie pijlers:

6. De onderhavige zaken betreffen een pensioenfonds van de tweede pijler, dat aanvullende pensioenen betaalt aan de beoefenaren van een vrij beroep, namelijk medisch specialisten. Dit fonds is in veel opzichten vergelijkbaar met de Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, die in de zaken Van Schijndel en Van Veen in geding was.

— Een wettelijk basispensioen, dat door de staat wordt verleend uit hoofde van de Algemene Ouderdomswet („AOW”) en de Algemene Nabestaandenwet, geeft de gehele bevolking recht op een aan het minimumloon gekoppelde vaste uitkering. De uitkering wordt verlaagd voor elk jaar dat de rechthebbende niet verzekerd is geweest. Deelneming is verplicht.

7. Fondsen van dit type worden in de eerste plaats beheerd door de wet van 29 juni 1972 betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (hierna:

„WVD”).³ Deze wet is tot op zekere hoogte vorm gegeven naar de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (hierna: „BPW”) van 17 maart 1949, die aan de orde was in de eerdergenoemde zaken Albany, Brentjens en Drijvende Bokken. De overige toepasselijke regels zijn de statuten en reglementen van deze fondsen.

nen hun opvatting kenbaar maken.⁴ Alvoorens een besluit te nemen kan de minister de Sociaal-Economische Raad of de Verzekeringskamer horen.

1. *De wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling*

8. Volgens artikel 1, lid 1, sub b, van de WVD is een beroepsgenoot een natuurlijk persoon, die in een bepaalde tak van beroep het tot die tak van beroep behorende beroep uitoefent.

9. Artikel 2, lid 1, WVD bepaalt, dat de minister van Sociale zaken op verzoek van een of meer naar zijn oordeel voor de betrokken tak van beroep voldoende representatieve organisaties van beroepsgenoten het deelnemen in een door beroepsgenoten vastgestelde beroepspensioenregeling voor alle of een of meer bepaalde groepen van beroepsgenoten verplicht kan stellen. Het verzoek van de organisatie van beroepsgenoten aan de minister moet vooraf worden bekendgemaakt en belanghebbenden kun-

10. Ingevolge artikel 2, lid 2, WVD kan een beroepspensioenfonds een van de volgende drie vormen hebben:

- a) Er wordt een beroepspensioenfonds opgericht, dat als enig uitvoeringsorgaan van de pensioenregeling optreedt.
- b) De beroepsgenoten worden verplicht tot nakoming van de pensioenregeling door middel van individuele verzekeringsovereenkomsten, naar eigen keuze te sluiten met het onder a bedoelde beroepspensioenfonds, voor zover de pensioenregeling hiertoe de mogelijkheid opent, of met een verzekeraar die in het bezit is van de vereiste vergunning.
- c) Een deel van de regeling krijgt vorm a, en het overblijvende deel vorm b.

11. Blijkens de stukken hebben zowel de medisch specialisten als de huisartsen vorm c gekozen voor hun relatief omvangrijke beroepspensioenregelingen. De tien andere beroepspensioenregelingen hebben vorm a.

van de bevoegde rechtspersoon.⁵ Niet-nakoming van deze verplichting is strafbaar.⁶ De beroepspensioenfondsen kunnen achterstallige premies invorderen bij dwangbevel.⁷

12. Ingevolge artikel 2, lid 3, WVD kan deelneming alleen verplicht worden gesteld, indien een rechtspersoon in het leven wordt geroepen die optreedt

14. De minister is bevoegd de deelnemingsverplichting in te trekken. De deelnemingsverplichting eindigt van rechtswege indien wijziging wordt gebracht in de financiële opzet van het beroepspensioenfonds of in de statuten en reglementen van de rechtspersoon, tenzij de minister verklaart tegen de wijzigingen geen bezwaar te hebben.⁸

a) als pensioenfonds dat de beroepspensioenregeling uitvoert, of

b) als toezichthoudend orgaan dat erop toeziet dat de beroepsgenoten de verplichting zich te verzekeren ingevolge artikel 2, lid 2, sub b, WVD nakomen, of

c) gedeeltelijk als pensioenfonds en gedeeltelijk als toezichthoudend orgaan.

15. Voordat de minister de deelneming verplicht kan stellen, moet aan een aantal vereisten zijn voldaan. Zo moeten de beroepsgenoten door de beroepsorganisatie tijdig op de hoogte zijn gesteld van het voornemen tot indiening van een verzoek om verplichtstelling, de regeling moet een gezonde financiële grondslag hebben, blijkend uit een gemotiveerde actuariële nota, de statuten en reglementen van de rechtspersoon moeten voldoen aan de eisen van de WVD en de belangen van de deelnemers en andere belanghebbenden moeten door deze statuten en reglementen voldoende gewaarborgd zijn.⁹

13. Verplichte deelneming betekent voor alle betrokkenen, dat zij verplicht zijn tot naleving van de statuten en reglementen

5 — Artikel 2, lid 4, WVD.

6 — Artikel 27 WVD.

7 — Artikel 31 WVD.

8 — Artikel 2, leden 6 en 7, WVD.

9 — Artikel 5 WVD.

16. Artikel 8, lid 1, WVD noemt verschillende onderwerpen die in de statuten en reglementen van de rechtspersoon moeten worden vastgelegd, zoals de beroepsgroep waarvoor de beroepspensioenregeling geldt, het beheer van de rechtspersoon, de rechten en verplichtingen van de deelnemers, en de wijze waarop tegemoet wordt gekomen aan personen die gemoedsbezwaren hebben tegen elke vorm van verzekering.

17. Artikel 8, lid 2, noemt nog enkele onderwerpen die moeten worden geregeld in de statuten en reglementen van de rechtspersoon, indien deze als pensioenfonds de pensioenregeling uitvoert, bijvoorbeeld de verwerving van de inkomsten en de belegging van de gelden van het fonds.

18. Artikel 8, lid 3, verklaart de minister bevoegd tot het vaststellen van richtlijnen met betrekking tot de in leden 1 en 2 genoemde onderwerpen. Hij heeft zulke richtlijnen vastgesteld met betrekking tot de wijze waarop tegemoet wordt gekomen aan personen die gemoedsbezwaren hebben tegen elke vorm van verzekering. Zij zijn vrijgesteld van de deelneming in een beroepspensioenregeling, mits zij kunnen aantonen dat zij zich op geen enkele wijze hebben verzekerd.

19. De artikelen 9 en 10 WVD bepalen de wijze waarop een beroepspensioenfonds de

bijengebrachte gelden moet beheren. In beginsel moeten de pensioenfonds het risico verbonden aan de aangegane pensioenverplichtingen overdragen of herverzekeren door het sluiten van overeenkomsten met verzekeringsmaatschappijen (artikel 9). Bij uitzondering kan een fonds het bijengebrachte kapitaal zelf voor eigen risico beheren, mits het de bevoegde toezichthoudende organen een beleidsplan en een actuariële nota heeft overgelegd waaruit blijkt hoe het het actuariële en financiële risico denkt te beheren, en de Verzekeringskamer zijn goedkeuring heeft verleend (artikel 10).

20. Uit de balans van een fonds dat zelf de bijengebrachte gelden beheert, moet blijken, dat zijn kapitaal en inkomsten toereikend zijn voor de dekking van de aangegane pensioenverplichtingen.¹⁰ Beroepspensioenfonds moeten op gezette tijden een verslag overleggen aan de Verzekeringskamer, waarin een volledig beeld van de financiële toestand van het fonds wordt gegeven en waaruit blijkt dat aan de wettelijke vereisten is voldaan.¹¹ De Verzekeringskamer oefent een voortdurend toezicht uit op de verschillende fondsen voor aanvullende pensioenen in Nederland.

21. Ingevolge artikel 26 WVD kan de minister in individuele gevallen van een aantal bepalingen uit de WVD vrijstelling verlenen. Zo kan hij, eventueel voor bepaalde tijd of onder zekere voorwaarden,

10 — Artikel 12 WVD.

11 — Artikelen 9, leden 2 en 3, en 10, leden 2-4, WVD.

onthefing van de deelnemingsverplichting verlenen.

22. Volgens de Nederlandse regering kan de minister alleen ontheffing verlenen wanneer in de specifieke omstandigheden van het geval een consequente toepassing van de WVD zou leiden tot onevenredige schade aan individuele belangen en hierin door het betrokken fonds niet is voorzien. Een verzoek om ministeriële ontheffing moet echter niet worden gezien als een rechtsmiddel tegen een onwelgevallige beslissing van het fonds.

23. Vrijstelling ingevolge artikel 26 WVD kan niet op de enkele grond van ideële bezwaren of het algemeen belang worden verleend. Alvorens te beslissen hoort de minister gewoonlijk de Verzekeringskamer. In de praktijk komen verzoeken om vrijstelling op grond van artikel 26 WVD maar sporadisch voor, en geen enkel verzoek is toegewezen. Tegen de beslissing van de minister kan bezwaar worden ingediend volgens de algemene regels van het Nederlandse administratieve recht.

24. Volgens de memorie van toelichting bij het voorstel van wet voor de WVD¹² heeft deze wet tot doel „een aanpassing van het postactieve inkomen aan het stijgende alge-

mene inkomenspeil” mogelijk te maken, „de jongere beroepsgenoten via een stelsel van technische doorsneepremies of varianten daarvan mede te laten bijdragen in de hogere lasten van de voorzieningen voor oudere beroepsgenoten”, alsmede „te voorzien in de toekenning van pensioenrechten over jaren welke liggen vóór de inwerking-treding van de regeling”. Het bereiken van deze doeleinden via een gemeenschappelijke regeling zou „alleen mogelijk zijn indien in principe alle tot de desbetreffende tak van beroep behorenden daarbij betrokken worden”.

25. Wat de mededingingsvrijheid betreft, verklaarde de Nederlandse regering tijdens de parlementaire behandeling¹³, dat

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

12 — Kamerstukken II, 1968-1969, 10 216, nr. 3, blz. 9.

13 — Memorie van antwoord, Bijlagen Hand. TK 1969-1970, 10 216, nr. 5, blz. 2.

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

26. De Nederlandse regering verklaarde voorts¹⁴:

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

2. De statuten en het pensioenreglement van het Pensioenfonds Medische Specialisten

27. De beroepsgroep van medisch specialisten, vertegenwoordigd door de Lande-

lijke Specialisten Vereniging der Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (hierna: „LSV”), heeft in 1973 een beroepspensioenregeling in het leven geroepen, waarvan de regels zijn neergelegd in statuten en een pensioenreglement.

28. Volgens de statuten is de Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten (hierna: „Fonds”) opgericht als rechtspersoon in de zin van artikel 2, lid 3, sub c, WVD, in de vorm van een stichting, ten dele optredend als zelfstandig verzekeraar en ten dele als orgaan dat erop toeziet dat de beroepsgenoten zich individueel verzekeren.

29. Deelneming in de regeling is op basis van artikel 2, lid 1, WVD verplicht gesteld bij besluit van de minister van 18 juni 1973 op verzoek van de LSV.¹⁵ Per 31 januari 1997 is de LSV als representatieve organisatie van beroepsgenoten vervangen door de Orde van Medisch Specialisten (hierna: „OMS”). Ongeveer 8 000 van de 15 000 praktijkhoudende zelfstandige of in loondienst werkzame medisch specialisten zijn bij de OMS aangesloten.

14 — Kamerstukken RII, 1969/1970, 10 216, nr. 5, blz. 3.

15 — *Staatscourant* 1973, nr. 121.

30. Artikel 1, lid 1, van het pensioenreglement definieert als deelnemer van de regeling iedere in Nederland wonende en in het register van erkende medisch specialisten van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst ingeschreven medisch specialist die de leeftijd van 65 jaar nog niet heeft bereikt en in Nederland het beroep van medisch specialist uitoefent.

31. Artikel 1, lid 2, van het pensioenreglement geeft in grote lijnen twee categorieën medisch specialisten de mogelijkheid vrijstelling van deelneming te verzoeken. Dit is ten eerste de medisch specialist die naar verwachting in een kalenderjaar zijn beroep uitsluitend zal uitoefenen in een dienstverband waarin hij verzekerd zal zijn volgens een andere pensioenregeling, bijvoorbeeld een regeling op grond van de BPW of een vóór 6 mei 1972 door de werkgever getroffen pensioenvoorziening welke ten minste gelijkwaardig is aan die van het Fonds, en ten tweede de zelfstandige medisch specialist met inkomsten beneden een bepaald betrekkelijk laag bedrag.

32. Zowel de Nederlandse regering als het Fonds hebben in hun antwoord op schriftelijke vragen van het Hof verklaard, dat het Fonds aan de in dat artikel gestelde voorwaarden gebonden is. Er kan dus kennelijk in beginsel geen ontheffing worden verleend op andere gronden.

33. Ten aanzien van de verhouding tussen de bevoegdheid van de minister ingevolge artikel 26 WVD en die van het Fonds ingevolge artikel 1, lid 2, van het pensioenreglement om leden van de beroepsgroep vrij te stellen van de deelnemingsplicht, wijst de Nederlandse regering erop, dat de verantwoordelijkheid voor de oprichting en het beheer van de pensioenregeling in de eerste plaats bij de beroepsgenoten ligt. De rol van de overheid is niet meer dan voorwaardenscheppend en waarborgend voor het functioneren van het stelsel. De vrijstellingsbevoegdheid van de minister is dus subsidiair aan de vrijstellingsbevoegdheid of -verplichting van het Fonds. De minister kan slechts optreden voor zover het Fonds op basis van de toepasselijke regels (statuten, pensioenreglement, ministeriële richtlijnen) geen vrijstellingsbevoegdheid heeft.

34. Artikel 44 van het pensioenreglement bepaalt, dat het bestuur in bijzondere gevallen ten gunste van een deelnemer kan afwijken van dit reglement, mits deze afwijking aan de rechten van anderen geen nadeel toebrengt. Volgens het Fonds kan deze hardheidsclausule worden toegepast in uitzonderlijke gevallen, zoals wanneer een deelnemer gedurende een korte periode minimale pensioenaanspraken opbouwt.

35. Volgens de Nederlandse regering staat tegen besluiten van het Fonds inzake ver-

plichte deelneming en ontheffing daarvan, de gewone administratieve rechtsgang ingevolge de Algemene wet bestuursrecht open, niettegenstaande het feit dat het Fonds een privaatrechtelijke stichting is.

hun achttiende jaar, met mogelijke verlenging tot 27 jaar;

3. De pensioenregeling van de medisch specialisten

36. De pensioenregeling van de medisch specialisten, gedetailleerd beschreven in het pensioenreglement van het Fonds, bestaat met name uit de volgende bestanddelen:

a) een ouderdompensioen, dat wordt betaald vanaf de datum waarop de deelnemer 65 jaar wordt;

b) een weduwen- en weduwnaarspensioen van in beginsel 70 % van het ouderdompensioen dat de deelnemer tijdens huwelijk heeft opgebouwd, dat wordt betaald aan de weduwe of weduwnaar van de overleden deelnemer;

c) een wezenpensioen van 14 % (indien beide ouders zijn overleden 28 %) van het ouderdompensioen van de deelnemer, dat aan de kinderen van de overleden deelnemer wordt betaald tot

d) een indexeringsregeling, waardoor de pensioenen worden gekoppeld aan de algemene stijging van het inkomenspeil;

e) een backserviceregeling voor tijdvakken voorafgaand aan de totstandkoming van de regeling;

f) voortzetting van de pensioenopbouw ingeval van arbeidsongeschiktheid, met overname van premiebetaling door het Fonds;

g) een aanvullend nabestaandenpensioen (risicoregeling) ingeval de deelnemer vóór het bereiken van de leeftijd van 65 jaar overlijdt. Hoe jonger de deelnemer bij overlijden, des te hoger de uitkering op grond van de risicoregeling.

37. Voor de verschillende bestanddelen van de pensioenregeling gelden twee verschillende verzekeringsstelsels.

38. Het eerste onderdeel van de regeling, het zogeheten normpensioen, omvat in hoofdzaak het ouderdomspensioen, het weduwen- en weduwnaarspensioen en het wezenpensioen (bestanddelen a tot en met c *tegen hun nominale waarde*, dat wil zeggen zonder aanpassing van het pensioen aan de algemene stijging van het inkomenspeil overeenkomstig bestanddeel d).
39. Ter verduidelijking zal ik een voorbeeld geven van de samenstelling van het normpensioen (volgens de in 1998 geldende regels). Per jaar moet een ongehuwde deelnemer volgens de pensioenregeling een nominaal pensioenrecht opbouwen van 1 194,58 NLG. Een gehuwde deelnemer moet daarnaast een aanvullend recht opbouwen van 836,47 NLG. Een ongehuwde medisch specialist van 35 jaar die in 1998 deelnemer is, zal aldus in 2028 over een periode van 30 jaar deelnemerschap een nominaal pensioenrecht — het normpensioen — hebben opgebouwd van 35 848,80 NLG per jaar.
40. Voor de verzekering voor het normpensioen heeft de beroepsgroep van medisch specialisten de optie van artikel 2, lid 2, sub b, WVD gekozen. Beroepsgenoten zijn verplicht het normpensioen te verzekeren door middel van een individuele verzekeringsovereenkomst, maar zij hebben de keuze of zij die overeenkomst aangaan met het Fonds of met een toegelaten verzekeringsmaatschappij. Elke vijf jaar kunnen de deelnemers op hun keuze terugkomen. Het Fonds ziet erop toe dat de deelnemers hun verzekeringsplicht nakomen.
41. Een verzekeringsmaatschappij die het normpensioen verzekert, moet een overeenkomst aangaan met het Fonds. Het Fonds treedt in veel opzichten als tussenpersoon op tussen de medisch specialisten en de verzekeraar. Zo int het Fonds de premies voor het normpensioen, die vervolgens aan de verzekeraar worden afgedragen.
42. Het Fonds en de verzekeringsmaatschappij stellen de verschillende premies voor het normpensioen vast op actuariële grondslag. De te betalen premies verschillen naar gelang van leeftijd, geslacht en inkomen van de deelnemer, de beheerskosten van het Fonds of de verzekeraar en de beleggingsresultaten van het Fonds of de verzekeraar.
43. Het tweede onderdeel van de pensioenregeling bevat de overige hiervóór onder d tot en met g genoemde bestanddelen. Financieel het belangrijkste is de indexeringsregeling (d), waarbij door middel van een jaarlijks vast te stellen aanpassingscoëfficiënt de pensioenen en pensioenrechten worden aangepast aan de stijging van het inkomenspeil. Zo had een in 1973 „aangekocht” pensioenrecht van 1000 NLG in 1998 een waarde van 2 074,60 NLG. In het hiervóór gegeven voorbeeld zal het nominale pensioenrecht van 35 848,80 NLG in 2028 in werkelijkheid waarschijnlijk een veel hoger pensioen opleveren.
44. Voor het tweede onderdeel van de regeling heeft de beroepsgroep de mogelijkheid van artikel 2, lid 2, sub a, WVD

gekozen. Deze bestanddelen worden door het Fonds beheerd. Zij kunnen niet bij een particuliere verzekeringsmaatschappij worden ondergebracht.

regeling is zeer beperkt en geeft uitsluitend recht op nabestaandenuitkeringen. De beroepspensioenregelingen voor huisartsen en medisch specialisten zijn in termen van belegd vermogen veruit de belangrijkste.

45. De bestanddelen d tot en met f worden gefinancierd uit de actuarieel berekende bijdragen. De reserves voor de backservice-regeling (bestanddeel e) zijn reeds gefinancierd en de bijdrage daarvoor is thans dan ook nihil. Bestanddeel g wordt gefinancierd uit een vaste gemiddelde jaarpremie.

49. Op 31 december 1997 had het Fonds 5 951 deelnemers, 1 063 gewezen deelnemers en 4 220 pensioengerechtigden. Deze laatste groep bestond uit 1 238 weduwen en weduwnaars, 185 wezen en 2 797 gerechtigden tot een ouderdomspensioen. Het belegd vermogen van het Fonds beliep ultimo 1997 ongeveer 6,6 miljard NLG.

46. Er vindt geen risicoselectie door middel van vragenlijsten of medisch onderzoek plaats.

47. Het Fonds heeft geen winstoogmerk. Eventuele winst komt zowel aan de pensioengerechtigden als aan de deelnemers ten goede door verhoging van hun pensioen-aanspraken.

48. Volgens het Fonds zijn in Nederland verder nog beroepspensioenfondsen opgericht door apothekers, huisartsen, dierenartsen, fysiotherapeuten, tandartsen, vroedvrouwen, advocaten, onafhankelijke actu- arissen, wisselmakelaars, registeraccountants en loodsen in de Rotterdamse haven. De laatste vier regelingen hebben slechts een klein aantal deelnemers. De advocaten-

III — De hoofdgedingen

50. Opposanten in de hoofdgedingen, P. Pavlov (C-180/98), D. van der Schaaf (C-181/98), M. Kooyman (C-182/98), E. Weber (C-183/98) en R. Slappendel (C-184/98), zijn als medisch specialist werkzaam in een ziekenhuis in Nijmegen.

51. Vaststaat, dat opposanten tot eind 1995 verplicht deelnemer in het Fonds zijn geweest.

52. Met ingang van 1 januari 1996 menen zij echter in aanmerking te komen voor vrijstelling van deelneming op grond van artikel 1, lid 2, van het pensioenreglement.¹⁶ Na wijziging van hun contractuele relatie met het ziekenhuis zouden zij sindsdien hun beroep uitsluitend als werknemer in dienstverband uitoefenen en op grond daarvan verplicht zijn aangesloten bij het Bedrijfspensioenfonds voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen. Zij betalen daarom niet langer pensioenpremies aan het Fonds.

53. Het Fonds betwist, dat opposanten hun beroep in dienstverband uitoefenen en heeft ter zake van achterstallige premies een dwangbevel tegen hen uitgevaardigd.

54. Opposanten zijn daartegen in verzet gekomen bij het Kantongerecht.

55. Bij tussenvonnis van 13 februari 1998 oordeelde de Kantonrechter, dat opposanten gezien de aard van hun contractsverhouding met het ziekenhuis niet in aanmer-

king kwamen voor ontheffing van de deelnemingsverplichting als bedoeld in artikel 1, lid 2, van het pensioenreglement van het Fonds.

56. In de procedure hebben opposanten voorts gesteld, dat de verplichte deelneming in het Fonds in strijd is met verschillende bepalingen van het EG-Verdrag.

57. Bij tussenvonnis van 8 mei 1998 heeft de Kantonrechter besloten het Hof de volgende drie vragen te stellen. Hij verklaart in het verwijzingsvonnis, dat de vragen zijn gebaseerd op die welke eerder door de Hoge Raad in de zaken Van Schijndel en Van Veen waren gesteld.

„1) Moet, tegen de achtergrond van de (...) strekking van de WVD, een beroepspensioenfonds waarin krachtens en overeenkomstig de WVD het deelnemen voor alle of een of meer bepaalde groepen van beroepsgenoten verplicht is gesteld met de daaraan door deze wet verbonden (...) rechtsgevolgen, worden aangemerkt als een onderneming in de zin van artikel 85, 86 of 90 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap?

¹⁶ — Zie hiervóór, punten 31-33.

- 2) Zo ja, is dan het verplicht stellen van deelneming in de (...) beroepspensioenregeling voor medische specialisten een door een lidstaat genomen maatregel die het nuttig effect van de op ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan maakt, of is zulks slechts onder bepaalde omstandigheden het geval en, indien dit laatste, onder welke?
- 3) Zo de laatste vraag ontkennend moet worden beantwoord, kunnen dan andere omstandigheden ertoe leiden dat het verplicht stellen onverenigbaar is met het bepaalde in artikel 90 van het Verdrag en zo ja, welke?"

blijkt echter, dat de in de verwijzingsvonnissen vervatte informatie voor belanghebbenden toereikend is geweest om over de gestelde vragen een standpunt in te nemen. Bovendien is nadere informatie verschaft in de door de nationale rechter overgelegde stukken, de schriftelijke opmerkingen en de antwoorden op de door het Hof gestelde vragen. Al deze informatie is verwerkt in het rapport ter terechtzitting. De betrokken regeringen hebben dus de gelegenheid gehad, ter terechtzitting hun opmerkingen aan te vullen.

60. Uit deze omstandigheden en uit de punten 38 tot en met 44 van het arrest Albany volgt, dat de vragen ontvankelijk zijn.

IV — De ontvankelijkheid

58. Volgens de Griekse regering zijn de vragen niet-ontvankelijk. Doordat de verwijzende rechter de wettelijke en feitelijke context onvoldoende heeft uiteengezet, zijn de regeringen de facto niet in staat geweest schriftelijke opmerkingen in te dienen over de in het verwijzingsvonnis opgeworpen vraagstukken.

59. Uit de opmerkingen die zijn ingediend door de Nederlandse regering, de Franse regering, de Commissie, en ook door de Griekse regering (voor het geval het Hof de verwijzing wel ontvankelijk zou achten),

V — De strekking van de vragen

61. Volgens de analyse van het Hof van de nagenoeg identieke vragen in de zaak Albany zijn er drie aspecten die moeten worden onderzocht.

62. In de eerste plaats de vraag, of het in strijd is met de artikelen 5 en 85 van het Verdrag, wanneer de overheid op verzoek van een beroepsorganisatie die de beroepsgenoten vertegenwoordigt, de deelneming

in een beroepspensioenfonds verplicht stelt (vraag 2).

63. In de tweede plaats de vraag, of een beroepspensioenfonds als het onderhavige een onderneming is in de zin van artikel 85 en volgende van het Verdrag (vraag 1).

64. In de derde plaats de vraag, of het in strijd is met de artikelen 90 en 86 van het Verdrag, wanneer een lidstaat een stelsel van verplichte deelneming aan beroepspensioenregelingen in het leven roept, zoals het Nederlandse, en deze lidstaat in het kader van dit stelsel de deelneming in een bepaalde beroepspensioenregeling verplicht stelt (vraag 3).

65. Evenals in de zaak Albany kan de derde vraag van de nationale rechter aldus worden opgevat, dat daarmee ook de verenigbaarheid van het Nederlandse stelsel met artikel 90 juncto artikel 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) en volgende alsmede artikel 59 (thans, na wijziging, artikel 49 EG) en volgende, aan de orde wordt gesteld.

66. Niet wijst er echter op, dat partijen of de nationale rechter de toepasselijkheid van de regels betreffende vrije vestiging en de vrijheid van dienstverlening hebben aangesneden of dat de zaak een direct grensoverschrijdend aspect heeft. Bovendien is

de vraag geformuleerd op basis van de laatste vraag in de zaken Van Schijndel en Van Veen.¹⁷ In die zaken heeft de Hoge Raad er uitdrukkelijk van afgezien, een vraag te stellen over de fundamentele vrijheden van het Verdrag. De vraag moet dus in die zin worden opgevat, dat deze alleen betrekking heeft op de artikelen 90 en 86 van het Verdrag.

VI — De tweede vraag: de artikelen 5 en 85

67. Onbetwist is, dat de hiervóór beschreven beroepspensioenregeling in 1973 door de LSV, die destijds de representatieve beroepsorganisatie van de Nederlandse medisch specialisten was, in het leven is geroepen. Volgens het Fonds waren alle leden van de LSV destijds zelfstandige medisch specialisten. Vervolgens verzocht de LSV de bevoegde minister om deelneming in de regeling verplicht te stellen. De minister willigde het verzoek in en stelde bij besluit de deelneming in de door de LSV voorgelegde regeling voor alle in Nederland gevestigde medisch specialisten verplicht.

68. De Kantonrechter vraagt zich af, of dit besluit verenigbaar is met de artikelen 5 en 85 van het Verdrag. De achterliggende

¹⁷ — Aangehaald in voetnoot 1.

gedachtengang kan als volgt worden verwoord.¹⁸ Medisch specialisten zijn ondernemingen in de zin van de mededingingsregels. De totstandbrenging van de beroeps-pensioenregeling door de LSV moet worden aangemerkt als een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1. Dat besluit beperkt de mededinging tussen de medisch specialisten en de mededinging op de markt voor pensioenverzekeraars, en beïnvloedt de handel tussen de lidstaten in ongunstige zin. Het is derhalve in strijd met artikel 85, lid 1. Door de deelneming in de pensioenregeling verplicht te stellen moedigt Nederland de vaststelling van een met artikel 85, lid 1, strijdig besluit aan en/of versterkt het de effecten ervan. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof is het besluit dus in strijd met de artikelen 5 en 85.

69. Het Fonds, de Nederlandse regering en de Commissie stellen alle dat er geen sprake is van strijd met de artikelen 5 en 85 van het Verdrag. Zij voeren daarvoor een scala van argumenten aan. Artikel 85, lid 1, is *ratione materiae* niet toepasselijk, er is geen sprake van een overeenkomst tussen ondernemingen of een besluit van een ondernemersvereniging, de mededinging wordt niet merkbaar beperkt, de handel tussen de lidstaten wordt niet ongunstig beïnvloed, artikel 5 kan niet van toepassing zijn omdat artikel 90, lid 1, een *lex specialis* is, en het Nederlandse stelsel is hoe dan ook gerechtvaardigd op grond van het algemeen belang.

18 — Zie ook de argumenten van Albany, Drijvende Bokken en Brentjens zoals samengevat in mijn conclusie in de zaak Albany, aangehaald in voetnoot 2, punten 73-76.

70. Opposanten in de hoofdgedingen hebben geen opmerkingen bij het Hof ingediend. De Griekse en de Franse regering zijn in hun opmerkingen niet op deze kwestie ingegaan.

71. In deze zaak rijst onder meer de vraag van de verhouding tussen de mededingingsregels van het Verdrag en de vrije beroepen. Aangezien dit de eerste zaak is waarin het gaat om een beroepsgroep van cruciaal belang, namelijk artsen¹⁹, en dit onderwerp in de nabije toekomst waarschijnlijk nog in belang zal toenemen²⁰, zal ik enkele inleidende opmerkingen maken alvorens met de analyse van de artikelen 5 en 85, lid 1, te beginnen.

1. Het mededingingsrecht en de vrije beroepen

72. Wanneer ik in dit onderdeel spreek over „de vrije beroepen”, bedoel ik daarmee artsen, advocaten, architecten en aanverwante beroepen.²¹

19 — Het Hof heeft zich reeds uitgesproken over de vaststelling van de tarieven van Italiaanse douane-expediteurs in het arrest van 18 juni 1998, Commissie/Italië, (C-35/96, Jurispr. blz. I-3851).

20 — Er zijn momenteel bij het Hof en het Gerecht van eerste aanleg verschillende zaken aanhangig over de vaststelling van honoraria door advocaten (C-35/99, Arduino) en architecten (C-221/99, Conte), een verbod van associatie tussen advocaten en accountants (C-309/99, Wouters e.a.) en gedragsregels opgesteld door het Instituut van erkende gemachtigden bij het Europese Merkenbureau (T-144/99, EPI/Commissie).

21 — Zie voor de problemen bij het bepalen van een nauwkeurige definitie, hierna punt 83.

73. Mededingingsrechtelijk gezien vertonen de markten voor diensten van beoefenaren van de vrije beroepen de volgende kenmerken.²²

74. In de eerste plaats hebben de vrije beroepen vaak een wettelijk monopolie voor het verrichten van hun diensten (bijvoorbeeld artsen voor de gezondheidszorg, advocaten voor de vertegenwoordiging in rechte, apothekers voor de verkoop van geneesmiddelen).

75. Ten tweede hebben veel vrije beroepen invloed op de toegang tot het beroep. Al beslist de staat uiteindelijk over de toegang, de beroepsgenoten stellen bijvoorbeeld de vereiste opleidingsduur vast, bepalen de inhoud van de opleiding, of stellen exameneisen vast en treden op als examinator. Soms zelfs kunnen de beroepsgenoten zelf bepalen, hoeveel nieuwe leden per jaar tot het beroep mogen toetreden.

76. Ten derde mag vaak maar beperkt reclame worden gemaakt. De regels daarvoor worden meestal door de beroepsgroep opgesteld en naleving ervan wordt afgedwongen door een disciplinair orgaan of via de rechter. Deze regels variëren van een verbod van elke vorm van reclame tot minder vergaande beperkingen op het

adverteren met de prijs of kwaliteit van de aangeboden dienst.

77. In de vierde plaats zijn sommige beroepsgroepen betrokken bij de vaststelling van verplichte honoraria voor hun diensten. De reglementering kan uiteenlopen van de vaststelling van minimumhonoraria door de beroepsgroep zelf tot de vaststelling van maximumhonoraria door de staat na advies van de beroepsgroep.

78. Ten slotte is in veel vrije beroepen de mogelijkheid het beroep uit te oefenen in een bepaalde bedrijfseconomische vorm, aan beperkingen onderworpen. Zo kan het de beroepsgenoten verboden zijn een besloten vennootschap op te richten, een maatschap aan te gaan of een dienstverband aan te gaan met beoefenaren van een ander vrij beroep (bijvoorbeeld advocaten en accountants).

79. Tegenstanders achten deze regels mededingingsbeperkend; op andere goederen- en dienstenmarkten zijn dergelijke regels verboden en er is dus geen goede grond waarop zij binnen de vrije beroepen toelaatbaar zouden zijn.

80. Voorstanders betogen, dat de markten voor diensten van vrije beroepsbeoefenaren niet vergelijkbaar zijn met „normale” markten, dat er in werkelijkheid binnen

²² — Zie *Competition Policy and the Professions*, Parijs, OESO, 1985.

elk vrij beroep een sterke mededinging bestaat, dat beperkingen van de toegang en van bepaalde vormen van bedrijfsvoering noodzakelijk zijn om een hoge kwaliteit te waarborgen en dat de gedachte dat beoefenaren van de vrije beroepen uitsluitend handelen of zouden moeten handelen uit winstoverwegingen, een simplificatie is.

81. Deze verschillen van opvatting hebben in veel nationale stelsels van mededingingsrecht geleid tot talloze procedures en heftige academische en politieke discussies.²³ Hetzelfde staat ons in het communautaire mededingingsrecht te wachten.²⁴

82. De onderhavige zaken zijn in dit opzicht atypisch, omdat zij betrekking hebben op een besluit van een beroepsorganisatie over aanvullende pensioenen en niet over een van bovengenoemde vijf categorieën van regels. De uitspraak van het Hof in deze zaken zal echter bijdragen tot de bepaling van het kader waarin de gedragingen en de regels voor de vrije beroepen in de toekomst zullen worden getoetst. Daarom moeten drie steeds terug-

kerende problemen in het oog worden gehouden.

83. In de eerste plaats is het onjuist, de vrije beroepen te beschouwen als een homogene categorie deelnemers aan het economisch verkeer. Elke beroepsgroep verricht een scala van diensten. De aard van die diensten varieert niet alleen van beroep tot beroep (bijvoorbeeld architecten en artsen), maar ook binnen een en hetzelfde beroep (bijvoorbeeld chirurgen en psychiaters). Internationaal gezien kan het zijn dat voor ogenschijnlijk identieke beroepen in verschillende lidstaten uiteenlopende typen opleiding zijn gevolgd en dat daarin diensten worden verricht van uiteenlopende aard (architecten, notarissen). Deze verschillen worden geïllustreerd door de moeilijkheden waarop de vaststelling van een algemeen aanvaarde definitie van de vrije beroepen stuit.²⁵

84. In de tweede plaats verschillen de markten voor diensten van de vrije beroepen economisch gezien in twee belangrijke opzichten van normale goederen- en dienstenmarkten.

85. Om te beginnen spelen de zogeheten externaliteiten een rol. Dit zijn winst- en verliesfactoren (doorgaans voor de samenleving als geheel) die niet in geld zijn uit te

23 — Zie *Competition Policy and the Professions*, aangehaald in voetnoot 22, blz. 22-31; voor een recenter overzicht van de stand van zaken in Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk, zie König, M., *Standesrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen im gemeinsamen Markt*, Baden-Baden, 1997.

24 — Zie bijv. Ehlermann, C. D., „Concurrence et professions libérales: antagonismes ou compatibilité?” *Revue du marché commun et de l'Union européenne* 1993, blz. 136; Idot, L., „Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels” *Journal des Tribunaux, Droit Européen*, 1997, blz. 73; Riesenkampff, A., Lehr, S., „Membership of Professional Associations and article 85 of the EC Treaty” *World Competition* 1996, blz. 57; Nyssens, H., „Concurrence et ordres professionnels: les trompettes de Jéricho sonnent-elles?” *Revue de Droit Commercial Belge* 1999, blz. 475.

25 — Het Duitse Bundesverfassungsgericht achtte een wettelijke definitie van de vrije beroepen onmogelijk: BVerfGE 10, 354 (364); zie voor een poging tot definitie van de belangrijkste kenmerken van de vrije beroepen, *Competition Policy and the Professions*, aangehaald in voetnoot 22, blz. 9-13.

drukken.²⁶ Positieve externaliteiten kunnen bijvoorbeeld voortvloeien uit wetenschappelijke ontdekkingen, negatieve externaliteiten uit een slecht geredigeerd contract. Het is duidelijk, dat professionele diensten van hoge kwaliteit vaak positieve externaliteiten opleveren en diensten van lage kwaliteit het omgekeerde. Verder is de vraag naar professionele diensten dikwijls een afgeleide vraag, wat betekent dat hun product (juridisch advies, een architectenontwerp) een halffabrikaat is in een langere productieketen. De kwaliteit van die diensten is een van de doorslaggevende elementen in tal van sectoren van een nationale economie, en speelt dan ook een cruciale rol. Beroepsbeoefenaren bedienen niet alleen hun cliënten, maar leveren ook profijt op aan een breder publiek, zodat de samenleving er des te meer belang bij heeft de kwaliteit van hun diensten gemiddeld op een hoog peil te houden.

86. Dan is er het belangrijke probleem van de zogeheten informatie- asymmetrie. Deze asymmetrie tussen koper en verkoper doet zich voor, wanneer de koper de kwaliteit van het ontvangen product niet volledig kan beoordelen.²⁷ Binnen de vrije beroepen is dit probleem bijzonder nijpend vanwege het sterk technische karakter van de verrichte diensten. De consument kan de kwaliteit van de diensten niet beoordelen door inspectie vóór aankoop (zoals bij het kopen van kaas), maar pas na consumptie. Sterker nog, wellicht zal hij er nooit precies achter komen of de beroepsbeoefenaar (arts, architect, advocaat) een dienst van

hoge kwaliteit heeft geleverd. Dit betekent, dat voor een beroepsbeoefenaar, die zelf bepaalt hoeveel aandacht hij aan een cliënt besteedt, de verleiding groot is om de kwaliteit opzettelijk te verlagen om tijd of geld te besparen, of de cliënt over te halen verder van zijn diensten gebruik te maken, ook als dat niet nodig is. Alle gebruikelijke methoden ter voorkoming of beperking van de negatieve gevolgen van informatie-asymmetrie, met andere woorden ter vermindering van een „race to the bottom”, treft men binnen de vrije beroepen aan. Door middel van toelatingsexamens tracht men het uitgangsniveau van vaardigheden hoog te houden. Aansprakelijkheidsregels, de consequenties van een goede of slechte reputatie en een diplomastelsel zijn prikkels om die vaardigheden zo volledig mogelijk te benutten. Reclame wordt door de een gezien als een middel om asymmetrie te bestrijden of te beperken, terwijl de ander meent dat reclame de problemen nog vergroot. In ieder geval kan worden geconcludeerd, dat om de gevolgen van asymmetrie tegen te gaan een zekere mate van regulering van deze markten noodzakelijk is.

87. De derde steeds terugkerende moeilijkheid is van juridische aard. Zij vloeit voort uit de verhouding tussen regulering door de overheid en zelfregulering door de beroepsorganisaties. In veel stelsels delegeert de overheid regelgevende bevoegdheden aan

26 — Zie Carlton, D. W., en Perloff, J. M., *Modern Industrial Organisation*, 2e dr., New York 1994, blz. 115.

27 — Zie *Modern Industrial Organisation*, aangehaald in voetnoot 26, blz. 558.

de beroepsorganisaties. Soms worden deze organisaties zelfs beheerst door het publiekrecht. In mededingingsgeschillen zullen zij hun betoog vaak mede baseren op argumenten ontleend aan hun verhouding tot de staat. Zo zullen zij zich erop beroepen, dat de omstrede gedragslijn door de wetgever is ingegeven of aangemoedigd, of dat deze de organisatie zelfs tot de gedraging heeft verplicht (zogenoemde „state action defence”). Ook moet worden bedacht, dat in vele mededingingsstelsels overheidsmaatregelen buiten het kartelverbod vallen („antitrust immunity”). In zaken betreffende de vrije beroepen moet dan ook vaak eerst worden vastgesteld, wie aansprakelijk is voor een bepaalde gedraging of regel (de staat of de beroepsgroep).

88. De daaruit voor de onderhavige zaken²⁸ en meer in het algemeen voor het communautaire mededingingsrecht te trekken conclusies zijn naar mijn mening de volgende.

89. Door de heterogeniteit van de vrije beroepen en de specifieke kenmerken van de markten waarop zij opereren, kan er geen algemene formule worden toegepast; van geval tot geval zal zorgvuldig moeten worden nagegaan of een bepaalde beperking of gedraging op de betrokken markt daadwerkelijk tot een beperking van de

mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag leidt.²⁹

90. Daarnaast zal moeten worden nagegaan, of artikel 85, lid 3 (voor zover van toepassing), aldus kan worden uitgelegd dat daarbij ook rekening wordt gehouden met de zorg om de kwaliteit van de verleende diensten en het belang daarvan voor de samenleving als geheel.³⁰

91. Vervolgens zullen de regels betreffende de aansprakelijkheid van de lidstaten en die van de vrije beroepen zorgvuldig moeten worden toegepast. Cruciale punten zijn, of en zo ja, op welke voorwaarden een beroepsgroep een „state action defence” kan opwerpen en met welke argumenten een lidstaat zijn eigen regeland ingrijpen in het mededingingsproces binnen de vrije beroepen kan rechtvaardigen.

92. Ik sluit dit onderdeel af met het volgende commentaar. Zoals ik heb uiteengezet, vereisen de specifieke kenmerken van de markten voor diensten van de vrije beroepen enige vorm van regulering. Tegenstanders van zelfregulering van de vrije beroepen betogen, dat de regels voor de vrije beroepen moeten worden gesteld door

28 — Zie voor de relevantie van de eerste en de derde van de hierna volgende conclusies, de punten 137 en 162.

29 — Zie ook punten 251 en 252 van mijn conclusie in de zaak Albany.

30 — Zie punt 193 en voetnoot 90 van mijn conclusie in de zaak Albany.

de overheid, althans door onder overheids-toezicht staande regelgevende organen, gezien het gevaar van misbruik van regelgevende bevoegdheid. In economische termen echter rijst opnieuw een informatieprobleem. De complexiteit van deze diensten en hun voortdurende verandering door de snelle ontwikkelingen van kennis en techniek, maken het voor parlement en regering moeilijk, de nodige gedetailleerde en up-to-date gebrachte regels te stellen. Zelfregulering door leden van de beroepsgroep met kennis van zaken is vaak praktischer, aangezien dit een flexibeler optreden mogelijk maakt. De belangrijkste opgave voor elk stelsel van mededingingsrecht is dan ook, misbruik van regelgevende bevoegdheid te voorkomen zonder de regeringsautonomie van de vrije beroepen opzij te zetten.

deze pensioenregeling verplicht te stellen, buiten de werkingssfeer ratione materiae van artikel 85, lid 1. Volgens hen kan de door het Hof in het arrest Albany³¹ inzake collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers betreffende bedrijfspensioenfondsen gekozen oplossing ook op de onderhavige gevallen worden toegepast. In punt 64 van genoemd arrest oordeelde het Hof, dat de in geding zijnde overeenkomst wegens haar aard en doel niet binnen de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag viel. De Commissie staat een soortgelijke oplossing voor, voor het geval het Hof niet instemt met haar primaire redenering, namelijk dat medisch specialisten die tot overeenstemming komen over aanvullende pensioenen, moeten worden aangemerkt als consument en niet als onderneming.³²

93. Tegen deze achtergrond en in het licht van de opmerkingen van partijen, zal ik nu de artikelen 85, lid 1, en 5 van het Verdrag analyseren.

2. De toepasselijkheid ratione materiae van artikel 85, lid 1

94. Volgens het Fonds en de Nederlandse regering vallen het besluit van de medisch specialisten om een beroepspensioenregeling te creëren en het verzoek aan de bevoegde minister om de deelneming in

95. Het Fonds en de Nederlandse regering betogen in de eerste plaats, dat er geen wezenlijk verschil is tussen de Nederlandse regels voor bedrijfspensioenregelingen en die voor beroepspensioenregelingen. Richtlijn 98/49/EG van de Raad van 29 juni 1998 betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen³³ maakt geen onderscheid tussen pensioenen voor werknemers en voor zelfstandigen. In de tweede plaats kunnen verscheidene elementen van de redenering in het arrest Albany rechtstreeks worden toegepast op de onderhavige zaken; de artikelen 3, sub i, en 2 EG-Verdrag (thans, na wijziging, de artike-

31 — Aangehaald in voetnoot 2.

32 — Zie hierna, punten 114-121.

33 — PB L 209, blz. 46.

len 3, sub j, EG en 2 EG)³⁴ zijn even relevant, het besluit in de onderhavige zaken is eveneens genomen na collectieve overeenstemming³⁵, en de sociale doelstelling van het besluit is identiek aan die in de zaak Albany.³⁶

96. Om te beginnen ben ik van mening, dat het arrest Albany als zodanig duidelijk beperkt is tot het specifieke geval van collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers over arbeidsvoorwaarden en werkgelegenheid.

97. Dit blijkt reeds uit de overwegingen in punten 53 tot en met 60 van het arrest, die als volgt kunnen worden samengevat. Het Verdrag en de Overeenkomst betreffende de sociale politiek bevorderen collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers, hetgeen erop wijst dat dit type overeenstemming tussen deelnemers aan het economisch verkeer in het algemeen geoorloofd is.³⁷ Anderzijds is ook duidelijk, dat na collectieve onderhandelingen tot stand gekomen collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers over de lonen en arbeidsvoorwaarden noodzakelijkerwijs een zekere mededingingsbeperkende werking hebben.³⁸ Indien het Verdrag collectieve onderhandelingen bevordert, kunnen de noodzakelijke consequenties daarvan, namelijk zekere beperkingen van de mededinging, niet door artikel 85, lid 1, verboden zijn.³⁹

98. Deze redenering berust dus op twee specifieke kenmerken van collectief onderhandelen tussen werkgevers en werknemers, namelijk dat dit uitdrukkelijk door het gemeenschapsrecht wordt bevorderd en dat het noodzakelijkerwijs zekere beperkingen van de mededinging meebrengt. Het Hof verklaarde dan ook in punten 60 tot en met 64 van het arrest, dat een overeenkomst om buiten de mededingingsregels te vallen („antitrust immunity”) niet alleen een sociaal doel moet hebben, maar ook een bepaald karakter, namelijk dat van een na collectieve onderhandeling tot stand gekomen collectieve overeenkomst.

99. In de tweede plaats ben ik van mening, dat deze bijzondere immuniteit voor collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers niet kan worden uitgebreid tot of naar analogie toegepast op andere typen overeenkomsten of besluiten. Bedacht moet worden, dat artikel 85, lid 1, uitdrukkelijk geldt voor alle vormen van onderling afgestemde gedragingen. Bovendien ontbreken in de onderhavige zaken beide factoren die in de zaak Albany beslissend waren. Gedragingen van en voorschriften opgesteld door de vrije beroepen houden niet noodzakelijkerwijs een beperking van de mededinging in, en in het Verdrag staat geen enkele bepaling die uitdrukkelijk de onderlinge overeenstemming tussen zelfstandige beroepsbeoefenaren bevordert. Het conflict tussen twee groepen verdragsbepalingen dat in de zaak Albany noopte tot „een nuttige en coherente uitlegging van de bepalingen van het Verdrag, gelezen in hun onderling verband”, doet zich hier niet voor.

100. In wezen verzoeken het Fonds en de Nederlandse regering het Hof, alleen op

34 — Punt 54 van het arrest.

35 — Punt 59 van het arrest.

36 — Punt 63 van het arrest.

37 — Punten 54-58 van het arrest.

38 — Punt 59 van het arrest.

39 — Punt 60 van het arrest.

basis van het sociale doel van een overeenkomst „antitrust immunity” te creëren. Dit wordt bevestigd door hun schriftelijke opmerkingen, waarin zij als volgt redeneren. Met het besluit van de LSV wordt een sociaal doel nagestreefd, voor zover het beoogt, niet alleen aan de beroepsgenoten maar ook aan hun echtgenoten en kinderen aanvullende pensioenen te bieden. Voorts zijn aanvullende pensioenen van groot sociaal belang, zoals door de gemeenschapswetgever is erkend met de vaststelling van eerdergenoemde richtlijn betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen.⁴⁰ Ten slotte blijven de lidstaten volgens de rechtspraak van het Hof bevoegd tot het inrichten van hun socialezekerheidsstelsels.⁴¹

werkgevers en werknemers is niet onvereenigbaar met die rechtspraak, aangezien zij niet alleen gebaseerd is op het onderwerp van die overeenkomsten, maar hoofdzakelijk op het kader waarbinnen zij worden gesloten.⁴⁴ Bovendien wil het feit dat de Gemeenschap een bepaald beleid voert, zoals in de sector van de aanvullende pensioenen, niet zeggen, dat die sector van de economie daarmee buiten de mededingingsregels komt te vallen.⁴⁵ Het Hof heeft de mededingingsregels dan ook steeds consequent op de sociale sector toegepast. Het beste voorbeeld zijn de arresten Albany, Brentjens en Drijvende Bokken zelf, waarin het Hof de in geding zijnde bedrijfspensioenfondsen aanmerkte als onderneming in de zin van artikel 86 en onderzocht of de betrokken regels verenigbaar waren met de artikelen 90 en 86 van het Verdrag.

101. Wat de eerste twee argumenten betreft, heb ik er reeds op gewezen, dat het gemeenschapsrecht geen algemene uitzondering voor de sociale sector kent.⁴² Anders dan veel nationale stelsels van mededingingsrecht, gelden de regels van het gemeenschapsrecht voor nagenoeg alle sectoren van de economie. Volgens vaste rechtspraak moeten de sectoren die buiten de werking van de mededingingsregels vallen, immers uitdrukkelijk in het Verdrag worden genoemd.⁴³ De in het arrest Albany aanvaarde „antitrust immunity” voor collectieve overeenkomsten tussen

102. Wat het derde argument betreft, kan de bevoegdheid van de lidstaten tot wetgeving op een bepaald gebied, niet afdoen aan de verplichting van die staten⁴⁶ (en a fortiori de verplichting van particulieren) om zich aan de verboden van het Verdrag te houden.

103. Ik concludeer dan ook, dat artikel 85, lid 1, toepasselijk is *ratione materiae*.

40 — Aangehaald in voetnoot 33.

41 — Arrest van 7 februari 1984, Duphar e.a. (238/82, Jurispr. blz. 523, punt 16).

42 — Zie punten 123-130 van mijn conclusie in de zaak Albany, aangehaald in voetnoot 2.

43 — Zie bijvoorbeeld arrest van 30 april 1986, Asjes e.a. (209/84—213/84, Jurispr. blz. 1425, punt 40).

44 — Zie voor meer details mijn conclusie in de zaak Albany, punten 183-185.

45 — Zie voor nadere details en verwijzingen mijn conclusie in de zaak Albany, punt 126.

46 — Arrest van 28 april 1998, Decker (C-120/95, Jurispr. blz. I-1831).

3. Een besluit van een ondernemersvereniging

104. Het Fonds, de Nederlandse regering en de Commissie stellen, dat het besluit van de LSV om de in geding zijnde beroeps-pensioenregeling in het leven te roepen en de bevoegde minister te verzoeken de deelneming verplicht te stellen, niet kan worden aangemerkt als een „besluit van een ondernemersvereniging” in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Daarbij rijzen drie vragen.

a) Zijn medisch specialisten ondernemingen?

105. De eerste vraag is, of medisch specialisten moeten worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, wanneer zij tegen betaling medische diensten verlenen.

106. Het is opmerkelijk, dat geen van de partijen heeft geopperd, dat zelfstandige medisch specialisten als zodanig buiten de personele werkingssfeer van de mededingingsregels vallen. Het Fonds stelt wel, dat in loondienst werkzame medisch specialisten niet als onderneming kunnen worden aangemerkt.

107. Volgens de algemene definitie omvat „het begrip onderneming elke eenheid (...) die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd”.⁴⁷ Aangezien in deze functionele benadering de rechtsvorm irrelevant is, kunnen ook natuurlijke personen als onderneming worden aangemerkt.⁴⁸ De achterliggende gedachte is, dat aan de rechtsvorm waarin een economische activiteit wordt verricht geen voordeel mag worden ontleend. Een economische activiteit bestaat uit het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt.⁴⁹ De betrokken activiteit moet, althans in beginsel, met winstoogmerk kunnen worden verricht.⁵⁰

108. Het Hof paste deze beginselen toe op de vrije beroepen en kwalificeerde in het arrest *Commissie/Italië* Italiaanse douane-expediteurs als ondernemingen.⁵¹

109. Italië had betoogd, dat douane-expediteurs evenals advocaten, landmeters of

47 — Arrest van 23 april 1991, *Höfner en Elser* (C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 21).

48 — Zie arrest *Commissie/Italië*, aangehaald in voetnoot 19, punten 36-38 (waarop hierna in punten 108-110 nader wordt ingegaan); conclusie van advocaat-generaal Lenz in zaak 170/83, arrest van 12 juli 1984, *Hydrotherm* (Jurispr. blz. 2999, punt B 1); zie ook beschikking 76/743/EEG van de Commissie van 26 juli 1976 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het Verdrag van de Europese Economische Gemeenschap (IV/28.996 — Reuter/BASF), PB L 254, blz. 40 (uitvinder); beschikking 78/516/EEG van de Commissie van 26 mei 1978 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (Zaak IV/29.559 — RAI/UNKEL), PB L 157, blz. 39 (operazanger).

49 — Arrest van 16 juni 1987, *Commissie/Italië* (118/85, Jurispr. blz. 2599, punt 7).

50 — Zie bijvoorbeeld de conclusie van advocaat-generaal Tesouro in zaak SAT *Fluggesellschaft* (C-364/92, Jurispr. blz. I-43, punt 9).

51 — Arrest aangehaald in voetnoot 19.

tolken een vrij beroep uitoefenen, doch niet als onderneming kunnen worden beschouwd, vanwege het karakter van hun diensten en omdat voor de uitoefening van hun beroep een vergunning nodig was, waarbij zij aan bepaalde voorwaarden dienden te voldoen.

gebonden is, doet niet af aan de kwalificatie daarvan in de zin van de mededingingsregels.

110. Het Hof verklaarde, dat de activiteit van douane-expediteurs een economisch karakter had; zij bieden immers tegen betaling diensten aan, bestaande uit het vervullen van douaneformaliteiten, alsook andere, aanvullende diensten op monetair, commercieel en fiscaal gebied, en dragen de financiële risico's van de uitoefening van hun beroep. Dat de activiteit een intellectueel karakter had, dat daarvoor een vergunning vereist was en dat zij kon worden verricht zonder een omvangrijke organisatie, betekende niet, dat zij buiten de werkingssfeer van artikel 85 van het Verdrag viel.

112. De kwalificatie van in loondienst werkzame medisch specialisten is moeilijk. In principe vallen werknemers die tegen betaling hun arbeid aanbieden, buiten de werkingssfeer van artikel 85, lid 1.⁵² In loondienst werkzame beroepsbeoefenaren zijn echter geen typische „arbeiders”. Hun „loon” is soms rechtstreeks gekoppeld aan winst en verlies van hun werkgever en zij werken eigenlijk niet echt „in opdracht” van die werkgever. Zij vormen dus een van de grensgevallen die ik in mijn conclusie in de zaak Albany heb besproken.⁵³ In de onderhavige zaken hoeft daarover echter geen beslissing te worden genomen, aangezien ten tijde van het in geding zijnde besluit alle leden van de LSV zelfstandige medisch specialisten waren.

111. Deze redenering kan rechtstreeks op de onderhavige zaken worden toegepast. Zelfstandige medisch specialisten verrichten als onafhankelijke deelnemers aan het economisch verkeer diensten op de markt van gespecialiseerde medische diensten. Voor die diensten verlangen en ontvangen zij van hun patiënten betaling. Zij dragen de aan deze activiteit verbonden financiële risico's. Het complexe en technische karakter van hun diensten en het feit dat de uitoefening van het beroep aan regels

113. Derhalve moeten zelfstandige medisch specialisten, zoals de leden van de LSV op het relevante tijdstip, worden aangemerkt als onderneming in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

52 — Zie mijn conclusie in de zaak Albany, aangehaald in voetnoot 2, punten 209-217; en zie thans arrest van 16 september 1999, Becu e.a. (C-22/98, Jurispr. blz. I-5665, punten 24-26).

53 — Punt 217.

b) Handelen medisch specialisten als consument of als onderneming wanneer zij een beroepspensioenregeling in het leven roepen?

daarentegen artsen medische apparatuur aanschaffen of advocaten kantoorruimte huren, verrichten zij activiteiten die verband houden met hun beroepsactiviteit. Daarvoor dienen de mededingingsregels te gelden.

114. De Commissie erkent, dat zelfstandige medisch specialisten een economische activiteit uitoefenen, wanneer zij tegen betaling medische diensten verrichten. Zij stelt echter, dat de medisch specialisten in de onderhavige zaken niet handelden als onderneming maar als consument. Zij vergelijkt hun gezamenlijke besluit om een aanvullende pensioenregeling te treffen met een besluit om te investeren op de financiële markt of een vakantiewoning aan te schaffen en stelt dat consumentenactiviteiten buiten de mededingingsregels vallen.

116. De vraag in de onderhavige gevallen is dus, hoe de bijdragen van een beroepsbeoefenaar aan een pensioenregeling van de tweede pijler in de Nederlandse context moeten worden gekwalificeerd.

115. Wanneer natuurlijke personen worden aangemerkt als onderneming, behoort naar mijn mening onderscheid te worden gemaakt tussen activiteiten verband houdend met hun economische sfeer en activiteiten die in de persoonlijke sfeer liggen. Anders dan rechtspersonen, die er geen „privéleven” op na houden, kunnen natuurlijke personen handelen in hun hoedanigheid van onderneming of als consument. Aangezien de artikelen 85 en volgende van het Verdrag alleen van toepassing zijn op „ondernemingen”, vallen als consument handelende natuurlijke personen buiten de mededingingsregels. Dat betekent, dat beroepsbeoefenaren die besluiten samen vakantie te houden op de Bahama's of kaartjes voor de opera te kopen, buiten de werking van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen. Wanneer

117. De Commissie redeneert als volgt. Wanneer een werkgever voor zijn werknemers pensioenpremie betaalt (dat die premie tot de beloning moet worden gerekend is algemeen aanvaard), maakt die betaling deel uit van de voornaamste economische activiteit van de werkgever.⁵⁴ In het geval van zelfstandige beroepsbeoefenaren zijn werkgever en werknemer een en dezelfde persoon en is er dus geen sprake van beloning. De opbouw van een aanvullend pensioen voor de beroepsbeoefenaar zelf is dan ook geen activiteit die vergelijkbaar is met bijvoorbeeld de aanschaf van nieuwe medische apparatuur, maar een activiteit van persoonlijke consumptie.

118. Deze redenering overtuigt mij niet geheel. Mijns inziens moet worden onderscheiden tussen inkomsten uit het vrije beroep die binnen de sfeer van de „onderneming” van een beroepsbeoefenaar blijven

54 — Zie ook punt 229 van mijn conclusie in de zaak Albany.

en daarin opnieuw worden geïnvesteerd, en inkomsten die definitief aan die sfeer worden onttrokken en in de persoonlijke sfeer worden geïnvesteerd.

119. Wanneer een beroepsbeoefenaar een deel van zijn inkomsten gebruikt om vrijwillig met een verzekeringsmaatschappij een levensverzekeringsovereenkomst van de derde pijler aan te gaan, worden deze inkomsten aan de professionele sfeer onttrokken en in de persoonlijke sfeer geïnvesteerd. Dit wordt bevestigd doordat dezelfde investering had kunnen worden gedaan met persoonlijke inkomsten uit bijvoorbeeld een wijngaard die eigendom is van de familie van de beroepsbeoefenaar. Zo'n investering is dus vergelijkbaar met de aankoop van een kostbaar schilderij of een vakantiewoning.

120. Bijdragen voor pensioenen van de eerste en tweede pijler zijn daarentegen verbonden met de zakelijke sfeer van de beoefenaar van een vrij beroep. Niet voor niets worden deze regelingen *beroepspensioenregelingen* genoemd: de deelneming in die regelingen loopt gelijk met de uitoefening van het beroep; alle beroepsbeoefenaren zijn aangesloten bij dezelfde regeling van de tweede pijler, en buitenstaanders kunnen niet deelnemen; het op te bouwen pensioen en dus ook de te betalen premies variëren naar gelang van de beroepsinkomsten van de deelnemer. Uiteindelijk zijn beroepspensioenregelingen een middel om *beroepsinkomsten* (niet: persoonlijke inkomsten) over een langere periode te spreiden. Bijdragen aan deze regelingen

moeten dus worden gezien als inkomsten die binnen de beroepsfeer blijven.

121. Ik kom dan ook tot de conclusie, dat medisch specialisten die een beroepspensioenregeling overeenkomen, handelen als onderneming in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

c) Is de LSV opgetreden als ondernemersvereniging?

122. Volgens de Nederlandse regering kan een beroepsvereniging als de LSV niet als onderneming worden aangemerkt, omdat zij geen economische activiteit uitoefent.

123. In de onderhavige zaken gaat het er echter niet om, of de vereniging als zodanig, maar of de medisch specialisten handelend via hun vereniging de mededingingsregels hebben overtreden.⁵⁵ De vraag is dus niet, of de beroepsvereniging, maar of elk lid van die vereniging als onderneming is opgetreden.

⁵⁵ — Zie over dit verschil punten 218-227 van mijn conclusie in de zaak Albany.

124. Volgens het Fonds kan in de eerste plaats niet van een ondernemersvereniging worden gesproken, wanneer meerdere leden van de beroepsgroep werkzaam zijn in loondienst. In de tweede plaats zou de kwalificatie van de LSV als ondernemersvereniging discriminerend zijn, waar andere beroepsorganisaties, zoals de Nederlandse Orde van Advocaten, publiekrechtelijke status en regelgevende bevoegdheid hebben. In de derde plaats is de belangrijkste taak van de namens de medisch specialisten optredende organen, op te komen voor de inkomens van hun leden in besprekingen met de Nederlandse overheid over de honoraria voor hun diensten. Die taak omvat mede de aanvullende pensioenen, die deel uitmaken van het inkomen na pensionering. Volgens het Fonds valt het opkomen voor de economische belangen van de medisch specialisten „stellig” buiten de werkingssfeer van artikel 85 van het Verdrag.

125. Wat het eerste argument betreft, hoeft niet te worden uitgemaakt, of een beroepsorganisatie met zelfstandige leden en leden in loondienst een ondernemersvereniging is, aangezien de LSV op het relevante tijdstip geheel bestond uit zelfstandige medisch specialisten.

126. Het tweede argument van het Fonds heeft een onjuist uitgangspunt, namelijk dat beroepsorganisaties met publiekrechtelijke status en regelgevende bevoegdheden buiten de werking van de mededingingsregels zouden vallen. Dit standpunt strookt niet met vaste rechtspraak. Het wettelijk kader

waarin een besluit van een ondernemersvereniging wordt genomen en de kwalificatie die door het nationale recht aan dit kader wordt gegeven, zijn voor de toepasselijkheid van artikel 85 van het Verdrag niet relevant.⁵⁶

127. Ook het derde argument van het Fonds is ongegrond. Het Hof heeft erkend, dat de besluiten van een comité of orgaan met regelgevende bevoegdheden in een bepaalde sector, buiten artikel 85, lid 1, zou kunnen vallen. Dat geldt echter alleen, indien de leden in meerderheid overheidsvertegenwoordiger zijn en dat comité of orgaan bij zijn voorstellen criteria van algemeen belang in acht moet nemen.⁵⁷ In de onderhavige zaken is er, evenals in het geval van de douane-expediteurs⁵⁸, geen reden om aan te nemen dat de overheid de besluitvorming binnen de LSV kon beïnvloeden en het Fonds stelt zelf ook, dat de LSV uitsluitend de economische belangen van de beroepsgroep behartigt.

128. Derhalve is het besluit van de LSV een besluit van een ondernemersvereniging.

56 — Arresten van 30 januari 1985, BNIC (123/83, Jurispr. blz. 391, punt 17), en 18 juni 1998, Commissie/Italië, aangehaald in voetnoot 19, punt 40.

57 — Arrest van 5 oktober 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Jurispr. blz. I-2883, punten 22-25).

58 — Arrest Commissie/Italië, aangehaald in voetnoot 19, punten 39-44.

4. *Beperking van de mededinging*

129. De vraag is, of het besluit van de LSV, de hiervóór beschreven beroepspensioenregeling in het leven te roepen en de minister te verzoeken om een besluit tot verplichtstelling van deelneming in de regeling, ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

130. Ter terechtzitting heeft het Fonds betoogd, dat er om de in mijn conclusie in de zaak Albany⁵⁹ gegeven redenen geen sprake was van een dergelijke beperking. De Nederlandse regering en de Commissie hebben ter zake geen opmerkingen gemaakt.

131. Naar ik meen, gaat mijn redenering in de zaak Albany inderdaad grotendeels ook op in de onderhavige zaken.

132. Het besluit van de LSV valt te ontleden in drie elementen, die ik gemakshalve het inhoudelijke, het institutionele en het politieke element zal noemen.

133. In de gehele navolgende bespreking van de vraag of deze drie elementen de mededinging al dan niet beperken, is het bijzonder belangrijk, in het oog te houden dat de deelneming in de litigieuze pensioenregeling vóór de tussenkomst van de minister geheel vrijwillig was.

a) Het inhoudelijke element: harmonisatie van de kosten en baten van aanvullende pensioenen binnen de beroepsgroep

134. Het als eerste te bespreken element van het LSV-besluit omvat de basispensioenregelingen die hiervóór in detail zijn beschreven.⁶⁰ Volgens deze regelingen moet elke deelnemer in de regeling pensioenbijdragen afdragen van een bepaalde hoogte, afhankelijk van leeftijd, geslacht en inkomen. Daarvoor krijgt hij of zij de bijbehorende pensioenrechten. Voor het tweede onderdeel van de regeling, dat uitsluitend door het Fonds wordt beheerd⁶¹, zijn de uiteindelijke kosten en baten uit de aard der zaak voor alle deelnemers gelijk. Met betrekking tot het normpensioen daarentegen zijn zij niet geharmoniseerd.⁶² Daar zijn de uiteindelijke kosten en baten afhankelijk van de door de deelnemer gekozen verzekeraar (het Fonds of een commerciële verzekeraar).

60 — Punten 36-45.

61 — Punten 43-45.

62 — Punten 38-42.

59 — Punten 245 tot 294.

135. Het besluit vormt dus een gedeeltelijke harmonisatie (wat het tweede pensioenonderdeel betreft) van de kosten van een aanvullend pensioen van de tweede pijler voor medisch specialisten.

136. Op het eerste gezicht beperkt deze harmonisatie de mededinging voor één enkele kostenfactor op de markt van diensten van medisch specialisten. De leden van de beroepsgroep staan niet tot elkaar in concurrentie voor een goedkopere verzekering voor dat gedeelte van hun pensioeninkomen.

137. Zoals ik hiervoor echter heb betoogd, verschillen de markten voor diensten van de vrije beroepen, van gewone markten.⁶³ Bovendien kan het gecompliceerde besluit waar het hier om gaat uiteraard niet volgens dezelfde beginselen worden geanalyseerd als een eenvoudig akkoord van horizontale prijsbinding. Zoals ik ter zake in mijn conclusie in de zaak Albany heb betoogd, moeten in verband met de ruime toepasselijkheid van het communautaire mededingingsrecht (in vergelijking met sommige nationale rechtsstelsels), bij de beoordeling of de mededinging beperkt is, de specifieke economische kenmerken van een bepaalde sector of categorie overeenkomsten in aanmerking worden genomen.⁶⁴ Dat is de reden, waarom het Hof in zaken waarin specifieke sectoren van de economie of bijzondere categorieën overeenkomsten aan de orde waren, het er niet bij heeft gelaten op beperkingen van de

gedragingen van individuele handelaren te wijzen, maar de effecten van de overeenkomst op de mededinging in zijn algehele beoordeling heeft betrokken.⁶⁵ In de onderhavige gevallen is daarom een realistische analyse (waarin ook economische argumenten worden betrokken) van de beperkende effecten van het in geding zijnde besluit noodzakelijk.

138. Uit zo'n analyse volgt, dat de effecten van de hiervóór beschreven theoretische beperking van de mededinging op de markt van diensten van medisch specialisten in werkelijkheid verwaarloosbaar zijn en deze beperking dus niet „merkbaar” is in de zin van de rechtspraak van het Hof.⁶⁶

139. Dat komt in de eerste plaats doordat uitsluitend een kostenfactor en geen prijsfactor wordt geharmoniseerd. De mededinging wordt uiteraard minder belemmerd, wanneer alle beroepsbeoefenaren bijvoorbeeld dezelfde telefoontarieven moeten betalen dan wanneer zij gelijke tarieven in rekening brengen.

140. In de tweede plaats zijn de kosten van de pensioenregeling in vergelijking tot andere kostenfactoren eigenlijk heel gering. Men mag niet vergeten, dat de te betalen

63 — Zie punten 82-86 en 89.

64 — Zie punten 250-252 van mijn conclusie in de zaak Albany.

65 — Zie voor verwijzingen voetnoten 115 en 116 in mijn conclusie in de zaak Albany.

66 — Zie arrest van 9 juli 1969, *Völk* (5/69, *Jurispr.* blz. 295); zie voor een redenering analoog aan die in de onderhavige zaak beschikking 86/507/EEG van de Commissie van 30 september 1986 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.362 — *Irish Banks' Standing Committee*), PBL 295, blz. 28, punt 16.

pensioenbijdragen niet gelijk zijn aan de kosten van de pensioenverzekering. Bij de berekening van de werkelijke kosten moeten ook de pensioenrechten worden meegerekend die men in ruil voor zijn bijdragen verwerft. Bij een stelsel zonder winstoogmerk, zoals dat van de medisch specialisten, worden echte kosten alleen veroorzaakt door de beheerskosten van het fonds en niet-winstgevendende beleggingen van de geïnde bijdragen.

141. In de derde plaats staat de betrokken kostenfactor ver af van de dienstenmarkt.⁶⁷ De uiteindelijke beloning voor diensten van medisch specialisten zal worden beïnvloed door nog tal van andere directe en belangrijke kostenfactoren. Zo zou de mededinging meer worden belemmerd, wanneer alle artsen van een bepaald specialisme dezelfde dure apparatuur zouden aanschaffen.

142. In de vierde plaats verrichten medisch specialisten (evenals bijna alle beroepsbeoefenaren) persoonlijke diensten van allerlei aard. Dat betekent, dat de diensten van elke arts verschillende kwaliteiten en eigenschappen hebben. Bovendien kunnen medisch specialisten de kwaliteit van hun diensten verregaand beïnvloeden (bijvoorbeeld door meer tijd in een bepaald geval te steken). Dus zelfs als de kosten van hun diensten vastlagen, zou de mededinging op basis van de kwaliteit toch niet gering zijn.

67 — Zie voor het belang van dit argument bijvoorbeeld Bekendmaking van de Commissie betreffende de beoordeling van gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag, PB 1993, C 43, blz. 2, punt III.2, d.

143. Ik concludeer dan ook, dat het inhoudelijke element van het besluit de mededinging niet merkbaar beperkt.

b) Het institutionele element: de oprichting van een rechtspersoon voor het toezicht op de naleving van de pensioenregeling en het beheer ervan

144. Als tweede stap heeft de LSV besloten een rechtspersoon op te richten (het Fonds), die deels zelf als verzekeraar zou optreden en deels als orgaan dat erop toeziet dat de deelnemende medisch specialisten het normpensioen verzekeren. De verzekeringsactiviteiten omvatten de verzekering van het normpensioen en de verzekering van het tweede onderdeel van de regeling. Voor het normpensioen kunnen de deelnemers kiezen tussen het Fonds en een particuliere verzekeraar; voor het tweede onderdeel is het Fonds de enige verzekeraar.

145. De oprichting van het Fonds moet worden gezien als een geïnstitutionaliseerde vorm van vrijwillige horizontale samenwerking tussen zelfstandige medisch specialisten.⁶⁸

146. Evenals de samenwerking tussen ondernemingen op het gebied van boekhouding of belastingadviezen stelt de oprichting van een gemeenschappelijk pen-

68 — Zie punten 258 en 259 van mijn conclusie in de zaak Albany.

sioenfonds de medisch specialisten in staat, de verzekerde risico's te spreiden en schaalvoordelen te behalen op het gebied van de premie- en uitkeringsadministratie of beheersfaciliteiten.

beperking, die tot doel heeft de ledentrouw en een zekere duurzaamheid van het lidmaatschap van het Fonds en de verzekeraar te bevorderen.⁷¹

147. Anderzijds speelt de samenwerking op het gebied van de pensioenadministratie zich af op een gebied dat niet rechtstreeks te maken heeft met de door medisch specialisten verrichte diensten. Zij vindt plaats op een gebied dat even ver afstaat van de dienstenmarkt als een gezamenlijke boekhouding.

148. De concurrentiebevorderende effecten van deze geïnstitutionaliseerde beheerssamenwerking zijn dan ook veel sterker dan de eventuele (theoretische) concurrentiebevorderende effecten. De oprichting van het Fonds bevordert, net als de oprichting van een landbouwcoöperatie, de efficiency. Als zodanig valt zij niet onder artikel 85, lid 1.⁶⁹

149. De beperking van de uittreding van leden uit de regeling is het gevolg van het verplichtstellingsbesluit van de minister, dat hierna zal worden besproken. De regel dat de leden maar eens in de vijf jaar van normpensioenverzekeraar mogen wisselen⁷⁰ is een gerechtvaardigde bijkomende

150. Wat de uitsluitingseffecten van een vrijwillig beroepspensioenfonds voor de verzekeringsmaatschappijen betreft, geeft het beginsel van de vrijheid van overeenkomst de medisch specialisten de mogelijkheid, het beheer van hun pensioenen onder te brengen in een regeling die onder toezicht staat van de beroepsgroep, in plaats van (groeps)verzekeringsovereenkomsten te sluiten met een commerciële verzekeraar.⁷² In elk geval kunnen de verzekeringsmaatschappijen met het Fonds concurreren voor de verzekering van het normpensioen. Alleen het feit, dat alle medisch specialisten deelnemen in de regeling, hetgeen betekent dat ook beroepsbeoefenaren die zich bij een particuliere verzekeraar willen verzekeren, dit niet mogen, kan de verzekeringsmaatschappijen problemen opleveren. Dat effect wordt echter veroorzaakt door het hierna te bespreken besluit van de minister.

151. De mededinging wordt dus niet beperkt door de institutionele regelingen als zodanig.

69 — Zie voor meer details punten 262-270 van mijn conclusie in de zaak Albany.

70 — Zie hiervóór, punt 40.

71 — Zie arrest van 12 december 1993, Oude Luttikhuis e.a. (C-399/93, Jurispr. blz. I-4515, punten 13 en 14); zie ook punten 271-275 van mijn conclusie in de zaak Albany.

72 — Zie voor meer details punten 276-286 van mijn conclusie in de zaak Albany.

c) Het politieke element: verzoek aan de minister

5. *De verhouding tussen de artikelen 5 en 85, lid 1*

152. Als derde stap heeft de LSV besloten, de bevoegde minister te verzoeken de deelneming in de regeling verplicht te stellen voor alle in Nederland gevestigde medisch specialisten.

156. Het gaat erom, of de Nederlandse overheid in strijd heeft gehandeld met de artikelen 5 en 85, lid 1, van het Verdrag door op verzoek van de LSV de deelneming in de pensioenregeling verplicht te stellen voor alle in Nederland gevestigde medisch specialisten.

153. Mijn betoog betreffende het vergelijkbare onderwerp in de zaak Albany⁷³ geldt ook in dit geval. Het verzoek aan de minister als zodanig beperkt de mededinging dus niet.

157. Op grond van artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag, dat bepaalt dat de lidstaten zich onthouden van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag in gevaar kunnen brengen, mogen de lidstaten geen maatregelen nemen of handhaven, ook niet van wetgevende of bestuursrechtelijke aard, die het effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Een lidstaat mag dus niet het tot stand komen van met artikel 85 strijdige overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen opleggen of begunstigen, dan wel de werking ervan versterken.

154. Geen van de drie elementen van het LSV-besluit brengt dus een merkbare beperking van de mededinging mee. Het is dan ook niet nodig, de effecten van het besluit op de handel tussen de lidstaten te bespreken.

155. Ik concludeer bijgevolg, dat het besluit van de LSV om de in geding zijnde beroepspensioenregeling in het leven te roepen en de bevoegde minister te verzoeken om een besluit tot verplichtstelling van de deelneming in die regeling, niet in strijd is met artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

158. Volgens de rechtspraak van het Hof⁷⁴ is een overheidsregeling van dit type alleen onwettig, indien er een verband bestaat met mededingingsbeperkende gedragingen van ondernemingen.

73 — Punten 287-294.

74 — Zie bijvoorbeeld arrest van 17 november 1993, Meng (C-2/91, Jurispr. blz. I-5751).

159. In de onderhavige gevallen zijn door het besluit van de minister tot verplichtstelling van de deelneming in het Fonds, medisch specialisten die geen lid wilden worden van de LSV of aanvullende pensioenregelingen wilden treffen, verplicht tot deelneming in de in geding zijnde pensioenregeling. Het besluit heeft dus de effecten van het LSV-besluit om de regeling in het leven te roepen, versterkt.⁷⁵

160. Volgens de bestaande rechtspraak van het Hof⁷⁶ is het besluit echter niet in strijd met de artikelen 5 en 85 van het Verdrag, aangezien het LSV-besluit zelf de mededinging niet merkbaar beperkte en dus met artikel 85, lid 1, verenigbaar was.

161. Ik moet zeggen, dat ik die rechtspraak, met zijn automatische koppeling tussen de wettigheid van een particuliere maatregel en de maatregel van een lidstaat, in zaken als de onderhavige niet erg bevredigend vind. Het LSV-besluit valt niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, omdat mogelijke beperkende effecten het gevolg zijn van het latere overheidsingrijpen; dat overheidsingrijpen valt op zijn beurt niet onder het verbod van artikel 5, omdat het LSV-besluit als zodanig niet beperkend genoeg is. Noch de onderlinge afstemming tussen de medisch specialisten, noch de overheidsmaatregel kan derhalve op grond van het communautaire mededingingsrecht worden aangevochten, al had de minister de mededinging niet kunnen beper-

ken als de deelnemers aan het economisch verkeer niet eerst tot onderlinge afstemming waren gekomen.

162. Zoals ik hiervóór heb betoogd, zijn in elk stelsel van mededingingsrecht de regels waarin de respectieve bevoegdheden van de overheid en die van de vrije beroepen worden vastgelegd, van doorslaggevend belang, wil dat stelsel evenwicht brengen tussen de voorkoming van mededingingsbeperkende praktijken en de handhaving van de vrijheid van regelgeving binnen de vrije beroepen.⁷⁷

163. In gevallen als de onderhavige zou het derhalve bevredigender zijn, uit te gaan van strijdigheid met de mededingingsregels, welke vervolgens kan worden gerechtvaardigd op gronden van algemeen belang. Mijns inziens zijn maatregelen van de lidstaten in overeenstemming met artikel 5, tweede alinea, wanneer zij de beperkende effecten van een onderlinge afstemming tussen ondernemingen weliswaar versterken, maar worden genomen in een legitiem en welomschreven openbaar belang en de lidstaten actief toezicht op die afstemming houden. In sommige gevallen kan ook artikel 90, lid 2, van toepassing zijn. In de onderhavige zaken lijdt het nauwelijks twijfel, dat het verplichtstellingsbesluit op sociale gronden gerechtvaardigd is.

164. Ook indien het Hof zou oordelen, dat het LSV-besluit de mededinging merkbaar

75 — Arrest van 3 december 1987, BNIC (136/86, Jurispr. blz. 4789, punten 22-24).

76 — Arrest van 18 juni 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Jurispr. blz. I-3949, punt 51).

77 — Zie hiervóór, punten 87 en 91.

beïnvloedde, een ongunstige uitwerking had op de handel tussen de lidstaten en dus in strijd was met artikel 85, lid 1, zou een vergelijkbare oplossing moeten worden gekozen. Op grond van de bestaande rechtspraak van het Hof lijkt het besluit automatisch strijdig met de artikelen 5 en 85 te moeten worden verklaard.⁷⁸ Niettemin kan zelfs in gevallen dat onderlinge afstemming tussen particulieren (bijvoorbeeld in sociale kwesties of milieuaangelegenheden) op zich de mededinging beperkt in de zin van artikel 85, lid 1, de overheid legitieme redenen hebben om de effecten van die afstemming te versterken en officieel te bekrachtigen uit het oogpunt van openbaar belang.

165. De conclusie in de onderhavige zaken, of zij nu wel of niet wordt gebaseerd op de bestaande rechtspraak en of het LSV-besluit de mededinging nu al dan niet merkbaar heeft beperkt, moet derhalve naar mijn mening luiden, dat niet in strijd is gehandeld met de artikelen 5 en 85.

VII — De eerste vraag: kwalificatie van het Fonds als onderneming

166. De vraag is, of een beroepspensioenfonds als het Fonds een „onderneming” is in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag. Derhalve moet worden vastgesteld, of de activiteiten van het Fonds een economisch karakter hebben.

167. Ter terechtzitting hebben het Fonds en de Commissie bepleit, dat het Fonds een onderneming is. De Nederlandse regering vroeg zich af, of de overwegingen van het arrest Albany op de onderhavige gevallen konden worden toegepast. In het arrest Albany verklaarde het Hof, dat de Nederlandse bedrijfspensioenfondsen ondernemingen waren. De Franse en de Griekse regering zijn van mening, dat de activiteiten van het Fonds geen economisch karakter hebben.

168. Het Fonds heeft binnen de pensioenregeling van de medisch specialisten drie taken.

169. Ten eerste is het ten aanzien van het normpensioen een van de mogelijke leveranciers van pensioenverzekeringsdiensten aan de deelnemers in de regeling die hun normpensioen bij het Fonds hebben verzekerd.⁷⁹

170. Ten tweede houdt het, eveneens ten aanzien van het normpensioen, toezicht op de naleving van de deelnemingsverplichting door de deelnemers die dit pensioenonderdeel bij een verzekeringsmaatschappij hebben verzekerd.⁸⁰

78 — Zie arrest aangehaald in voetnoot 19, punten 52-60.

79 — Zie hiervóór, punten 38-42.

80 — Zie punt 40.

171. Ten derde treedt het ten aanzien van het tweede onderdeel van de pensioenregeling (indexering, backservice, arbeidsongeschiktheidsregeling, aanvullende nabestaandenuitkering) op als verzekeraar met een uitsluitend recht.⁸¹

172. Wat de eerste taak betreft, verricht het Fonds duidelijk een economische activiteit in concurrentie met de verzekeringsmaatschappijen en handelt het in dat opzicht als een onderneming.

173. Wat het toezicht op de door deelnemende beroepsgenoten met particuliere verzekeraars afgesloten verzekeringsovereenkomsten betreft, verricht het Fonds naar mijn mening een activiteit in het kader van de uitoefening van overheidsgezag; deze activiteit is te vergelijken met het milieu-toezicht waarmee een particuliere onderneming was belast in de haven van Genua in de zaak *Cali & Figli* en met de activiteiten van Eurocontrol in de zaak *SAT Fluggesellschaft*.⁸² Geen enkele ondernemer zou op eigen initiatief dit soort activiteiten kunnen verrichten met oog op het maken van winst.

81 — Zie punten 43-45.

82 — Zie punten 311-314 in mijn conclusie in de zaak *Albany*.

174. De kwalificatie van de rol van het Fonds ten aanzien van het derde onderdeel van de pensioenregeling is moeilijker.

175. De volgende factoren zijn voor deze kwalificatie niet rechtstreeks relevant: het Fonds heeft geen winstoogmerk⁸³, het heeft een sociale doelstelling⁸⁴, en de beleggingen die het kan plaatsen zijn beperkt en staan onder toezicht.⁸⁵ Zoals het Hof in het arrest *Albany* verklaarde, kunnen deze beperkingen wellicht voor een deel het uitsluitend recht van beheer van dit onderdeel van de pensioenregeling door het Fonds rechtvaardigen. Zij betekenen echter niet, dat de activiteiten van het Fonds niet zijn te beschouwen als economische activiteiten.⁸⁶

176. De mate van solidariteit binnen een pensioenregeling kan daarentegen wel relevant zijn.⁸⁷ Een pensioenregeling kan namelijk worden gekenmerkt door zoveel belangrijke solidariteitsfactoren dat in principe geen enkele verzekeraar dit type verzekering op de markt kan brengen.

83 — Arrest van 30 oktober 1980, *Van Landewyck e.a./Commissie* (209/78—215/78 en 218/78, *Jurispr.* blz. 3125, punt 21); zie ook punt 85 van het arrest en punt 336 van mijn conclusie in de zaak *Albany*.

84 — Arrest van 30 april 1974, *Sacchi* (155/73, *Jurispr.* blz. 409, punten 13 en 14); zie ook punt 86 van het arrest en punt 336 van mijn conclusie in de zaak *Albany*.

85 — Zie punt 86 van het arrest en punt 335 van mijn conclusie in de zaak *Albany*.

86 — Zie punt 86 van het arrest en punt 330 van mijn conclusie.

87 — Impliciet in punt 85 van het arrest en expliciet in punt 343 van mijn conclusie in de zaak *Albany*.

177. In de onderhavige zaken bevat het tweede onderdeel van de regeling verschillende belangrijke elementen van professionele solidariteit, namelijk een indexeringsregeling, een backserviceregeling, een regeling bij arbeidsongeschiktheid en aanvullende nabestaandenuitkeringen. Bovendien vindt er geen risicoselectie door medische keuring plaats.

178. Uiteindelijk leiden de navolgende elementen echter tot de conclusie dat het Fonds, zelfs gelet op dit tweede onderdeel, is te beschouwen als een onderneming: de risico-elementen (met inbegrip van de indexeringsregeling) worden gefinancierd volgens het kapitalisatiebeginsel; het Fonds bepaalt de premie- en uitkeringshoogte zelfstandig en volgens actuariële beginselen. De hoogte van de door het Fonds verstrekte uitkeringen hangt daarmee af van zijn beheerskosten en de financiële resultaten van zijn beleggingen; er lijkt geen overheidsgarantie te zijn voor de risico's van verkeerde beleggingen. Ten slotte staat het Fonds onder toezicht van de Verzekeringskamer, die ook toezicht houdt op de verzekeringsmaatschappijen.⁸⁸

179. Het kapitalisatiebeginsel en het toezicht van de Verzekeringskamer zijn aanwijzingen dat de betrokken verzekering althans potentieel een activiteit is die een normale verzekeraar zou kunnen verrichten. De zelfstandigheid van het Fonds en de aan zijn beleggingen verbonden risico's

brengen het risico mee van gedrag dat de mededingingsregels trachten te voorkomen. Daarom geldt ook hier dezelfde gedachte: ofschoon de genoemde solidariteitsvereisten de uitsluitende rechten van het Fonds mogelijk ten dele kunnen rechtvaardigen uit hoofde van artikel 90, lid 2, van het Verdrag, beletten zij niet, dat de activiteiten van dit Fonds zijn te beschouwen als economische activiteiten.

180. Ik concludeer derhalve, dat het Fonds bij het verzekeren van het normpensioen en het tweede onderdeel van de regeling handelt als onderneming in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag.

VIII — De derde vraag: de artikelen 90, lid 1, en 86 van het Verdrag

181. De laatste vraag is, of een lidstaat in strijd handelt met de artikelen 90, lid 1, en 86 van het Verdrag, wanneer hij een stelsel van verplichte deelneming in beroepspensioenregelingen zoals het Nederlandse in het leven roept en in het kader van dit stelsel de deelneming in een bepaalde beroepspensioenregeling verplicht stelt.

⁸⁸ — Zie punten 81 en 82 van het arrest en punten 338-342 van mijn conclusie in de zaak Albany.

1. *Toepasselijkheid van de artikelen 90, lid 1, en 86*

lid 2, en van artikel 44 van het pensioenreglement.⁸⁹

182. Om te beginnen is de vraag, of het Fonds een onderneming met uitsluitende rechten is in de zin van artikel 90, lid 1.

187. De tweede vraag is, of het Fonds een machtspositie heeft op een belangrijk deel van de gemeenschappelijke markt.

183. Ten aanzien van de verzekering voor het normpensioen is het Fonds een onderneming, maar heeft het geen uitsluitende rechten. De deelnemers zijn vrij om verzekeringsovereenkomsten met commerciële verzekeraars aan te gaan.

188. Ter terechtzitting heeft het Fonds betoogd, dat de relevante productmarkt de markt is voor aanvullende pensioenverzekeringen. Het Fonds heeft dus slechts voor een klein deel van die markt een uitsluitend recht, namelijk met betrekking tot de pensioenen van medisch specialisten.

184. Ten aanzien van het toezicht op de verzekering voor het normpensioen handelt het Fonds niet als onderneming. Artikel 90, lid 1, is te dezen niet van toepassing.

189. De Commissie heeft echter uiteengezet, dat indien de deelneming in een beroepspensioenregeling verplicht is, andere verzekeringsvormen of andere verzekeraars geen werkelijk alternatief zijn voor verzekering bij de regeling. Medisch specialisten kunnen zich niet elders verzekeren. Een onderneming als het Fonds, dat een wettelijk monopolie heeft voor de levering van bepaalde verzekeringsdiensten (in dit geval het tweede onderdeel van de pensioenregeling) op een belangrijk deel van de gemeenschappelijke markt (in casu Nederland), moet daarom worden geacht een machtspositie te hebben in de zin van artikel 86 van het Verdrag.⁹⁰

185. Ten aanzien van de verzekering voor het tweede onderdeel van de regeling handelt het Fonds als onderneming en heeft het als enige toegelaten verzekeraar een uitsluitend recht. In dit opzicht is artikel 90, lid 1, van toepassing.

186. Men zou ook kunnen stellen, dat het Fonds als belanghebbende onderneming nog twee andere uitsluitende rechten heeft, namelijk het verlenen van ontheffing van de deelnemingsplicht op grond van artikel 1,

89 — Zie hiervóór, punten 31-35.

90 — Zie voor meer details en verwijzingen punten 91 en 92 van het arrest en punten 378-383 van mijn conclusie in de zaak Albany.

2. *Strijd met de artikelen 90, lid 1, en 86*

190. Op zich is het creëren van een machtspositie door verlening van uitsluitende rechten in de zin van artikel 90, lid 1, niet onverenigbaar met artikel 86. Een lidstaat handelt echter in strijd met deze bepalingen, indien de betrokken onderneming, enkel door gebruik te maken van het haar verleende uitsluitende recht, ertoe wordt gebracht misbruik van haar machtspositie te maken, of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht.⁹¹

191. Twee typen bepalingen moeten worden onderzocht.

a) De bepalingen waarbij het Fonds een uitsluitend verzekeringsrecht wordt verleend

192. In de zaak Albany maakten de betrokken ondernemingen bezwaar tegen de uitsluitende rechten van de bedrijfspensioenfondsen, omdat deze fondsen volgens hen niet konden voldoen aan de marktvraag naar dergelijke activiteiten.

193. Uit het arrest blijkt niet duidelijk⁹², of het Hof dit argument heeft aanvaard, en dus of de desbetreffende bepalingen in beginsel in strijd waren met de artikelen 90, lid 1, en 86. Uiteindelijk werden die bepalingen hoe dan ook gerechtvaardigd bevonden op grond van artikel 90, lid 2, van het Verdrag.⁹³

194. In de thans aanhangige zaken is niet gesteld, dat de beroepspensioenfondsen in Nederland ontoereikende diensten leveren. Anders dan in de zaak Albany wilden opposanten in de hoofdingingen zich niet bij een commerciële verzekeraar verzekeren, maar bij een ander bedrijfspensioenfonds. Zij hebben dan ook blijkbaar geen bewaar tegen verplichte deelneming als zodanig. Dit wordt wellicht bevestigd door het feit dat opposanten het niet nodig vonden bij het Hof opmerkingen in te dienen.

195. Bovendien bevat de hiervóór beschreven wettelijke regeling geen aanwijzingen, dat de fondsen er stelselmatig toe worden gebracht, misbruik van hun machtspositie te maken. Integendeel, er lijken verschillende waarborgen tegen misbruik te bestaan. Belanghebbenden kunnen hun opvatting kenbaar maken, wanneer een beroepsgroep om verplichtstelling van de deelneming in een bepaalde regeling verzoekt. Voordat deelneming verplicht wordt gesteld, worden de Sociaal-Economische

92 — Punten 95-97.

93 — Punten 98-111.

91 — Zie punt 93 van het arrest Albany.

Raad en de Verzekeringskamer gehoord. Latere wijzigingen in de regeling moeten door de minister worden goedgekeurd. De reglementen en statuten van het Fonds moeten aan een aantal vereisten voldoen. Aan de beleggingen zijn beperkingen gesteld en de financiën van het Fonds staan onder voortdurend toezicht.⁹⁴

196. Ten slotte is de beperkende werking van de door de medisch specialisten gekozen regeling betrekkelijk gering, aangezien het Fonds alleen voor het tweede onderdeel van de regeling een uitsluitend recht heeft.

197. In mijn conclusie in de zaak Albany heb ik voorgesteld, de vraag of in beginsel in strijd is gehandeld met de artikelen 90, lid 1, en 86 aan de nationale rechter over te laten, omdat er nog te veel feiten onduidelijk waren. In de thans aanhangige zaken ben ik echter, gezien de zojuist gememoreerde kenmerken, geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden.

198. Zo niet, dan is deze strijdige handelwijze gerechtvaardigd op grond van artikel 90, lid 2, van het Verdrag.⁹⁵

b) De regels voor ontheffing van de verplichte deelneming

199. Volgens het Hof in het arrest Albany mag een lidstaat bepalen, dat de bevoegdheid tot ontheffing uitsluitend toekomt aan het betrokken pensioenfonds. Het belangenconflict dat inherent is aan de dubbelrol van beheerder van de regeling en autoriteit met de bevoegdheid tot het verlenen van ontheffing, werd gerechtvaardigd dan wel verzacht door de gespecialiseerde kennis van het Fonds, de vrijheid van de lidstaten om dergelijke onderwerpen naar eigen inzicht te regelen, en de mogelijkheid het oordeel van de rechter te verzoeken.⁹⁶

200. Wil deze rechtspraak in stand blijven, dan kan de redenering rechtstreeks worden toegepast op de onderhavige zaken en meer in het bijzonder op de twee ontheffingsmogelijkheden neergelegd in de artikelen 1, lid 2, en 44 van het pensioenreglement van het Fonds.⁹⁷ Ook moet worden bedacht, dat in de onderhavige gevallen de medisch specialisten nog — althans theoretisch — de mogelijkheid hebben om een ministeriële ontheffing te verzoeken op grond van artikel 26 WVD.⁹⁸

201. Ik kom dan ook tot de conclusie, dat het niet in strijd is met de artikelen 90, lid 1, en 86 van het Verdrag, wanneer een

96 — Zie punten 112-121 van het arrest Albany. Zie voor een andere kijk op de zaak punten 441-468 van mijn conclusie in die zaak.

97 — Zie hiervóór, punten 31-35.

98 — Zie hiervóór, punten 21-23.

94 — Zie hiervóór, punten 9-20.

95 — Zie punten 98-111 van het arrest Albany.

lidstaat een stelsel van verplichte deelneming in beroepspensioenregelingen zoals de Nederlandse in het leven roept en in het

kader van dat stelsel de deelneming in een bepaalde beroepspensioenregeling verplicht stelt.

IX — Conclusie

202. De vragen van de Kantonrechter te Nijmegen moeten daarom mijns inziens worden beantwoord als volgt:

- „1) Het is niet in strijd met de artikelen 5 en 85 EG-Verdrag (thans de artikelen 10 EG en 81 EG), wanneer een lidstaat op verzoek van een organisatie van beroepsgenoten de deelneming in een beroepspensioenregeling verplicht stelt voor alle beroepsgenoten.
- 2) Een beroepspensioenregeling als het Nederlandse Pensioenfonds Medische Specialisten treedt ten aanzien van de verzekering van het normpensioen en het tweede onderdeel van de pensioenregeling voor medisch specialisten op als onderneming in de zin van de mededingingsregels van het EG-Verdrag.
- 3) Een lidstaat handelt niet in strijd met de artikelen 90, lid 1, en 86 EG-Verdrag (thans de artikelen 86, lid 1, EG en 82 EG), wanneer hij een stelsel van verplichte deelneming in beroepspensioenregelingen zoals het Nederlandse in het leven roept en in het kader van dit stelsel de deelneming in een pensioenregeling, zoals de Nederlandse pensioenregeling voor medisch specialisten, verplicht stelt.”