

Pensioen en (schijn) zelfstandigen

Arie de Graaf

Leergang pensioenrecht VU Academy Law.

Pensioen en (schijn)zelfstandigen

Arie de Graaf (1)

Inleiding en probleemstelling

Binnen de kring van onderhandelende sociale partners met betrekking tot het SER Advies 'Naar een nieuw pensioenstelsel' bestond geen draagvlak om te komen tot een algemene pensioenplicht in de tweede pijler. Gevolg hiervan is dat er geen adequate pensioenvoorziening in de tweede pijler voor zzp'ers in het vooruitzicht wordt gesteld in aanmerking nemend dat naar verwachting zo'n 40% van de zzp'ers naar een pensioentekort afstevent (2). Geadviseerd wordt na te gaan of bestaande pensioenregelingen toepasbaar zijn dan wel aangepast dienen te worden voor (schijn)zelfstandigen, zoals in het Ser Advies wordt gesteld (3):

'Het collectieve karakter in de tweede pijler zorgt ervoor dat geprofiteerd kan worden van (kosten)voordelen in beleggen, administratie en het afdekken van risico's. Na afschaffing van de doorsneesystematiek wordt het interessanter voor zzp'ers om deel te nemen. Door de directere relatie tussen premie en pensioenopbouw kan het mogelijk worden gemaakt dat zzp'ers afhankelijk van het bedrijfsresultaat een hogere of lagere premie in te leggen. De tweede pijler wordt zo toegankelijker en aantrekkelijker voor zzp'ers.

De SER vraagt het kabinet om het mogelijk te maken dat zzp'ers zich vrijwillig kunnen aansluiten bij de pensioenregeling van de sector of het bedrijf waar ze nu werkzaam zijn, ook als zij voorheen via deze pensioenregeling geen pensioen opbouwden. Voor zzp'ers die in meerdere sectoren werkzaam zijn moet het mogelijk zijn om in de tweede pijler pensioen op te bouwen. Hiertoe kan naast een Bedrijfstakpensioenfonds (BPF) of Ondernemingspensioenfonds (OPF) ook een algemeen pensioenfonds (APF) of een Premiepensioeninstelling (PPI) of een verzekeringsmaatschappij een goede mogelijkheid bieden.

Binnen de huidige wetgeving is het al mogelijk om zzp'ers onder de verplichtstelling in de tweede pijler te brengen. Dit kan alleen als er voldoende representativiteit en draagvlak onder de zzp'ers en/of zzp-organisaties hiervoor is. In sectoren kunnen sociale partners en zzp-organisaties onderzoeken of en hoe zij de bestaande mogelijkheid van een verplichtstelling of auto enrollment (al dan niet met opt-out mogelijkheid voor zzp'ers) en/of variabele inleg, kunnen realiseren. Belangrijk is dat er daarvoor draagvlak bij zzp'ers bestaat.'

Probleem is of de bestaande al dan niet aan te passen pensioenregelingen voldoende adequaat zijn om te komen tot adequate pensioenregelingen voor zzp'ers of dat toch een algemene pensioenplicht de voorkeur geniet. In deze paper wordt onderzocht of een algemene pensioenplicht in de vorm van een Algemene pensioenverzekeringswet de Europees mededingingsrechtelijk toets kan doorstaan.. i

Algemene pensioenverzekeringswet in de tweede pijler

Indien er gekozen zou worden voor een algemene pensioenplicht in de tweede pijler dan zou de pensioenproblematiek voor vele groepen in de maatschappij opgelost kunnen worden [personen die in het geheel geen pensioen opbouwen (witte vlekken) , maar ook specifieke groepen, zoals (schijn)zelfstandigen, flexwerkers, payrollers etc.]. Een vergelijking met de Zorgverzekeringswet doemt dan op Onder de Algemene Pensioenverzekeringswet kunnen dan alle pensioeninstellingen (bedrijfstakpensioenfonds, beroepspensioenfonds, ondernemingspensioenfonds, premiepensioeninstellingen, verzekeringsmaatschappijen) vallen. Zoals in de Zorgverzekeringswet wordt dan in zo'n Algemene Pensioenverzekeringswet een publiek/private samenwerking gerealiseerd. Zo'n Algemene pensioenverzekeringswet omvat de volgende uitgangspunten:

1. Een pensioenplicht voor alle werkenden. Naar Borstlap (In wat voor land willen wij werken?) worden werkenden gedefinieerd als:

- overeenkomsten voor zelfstandigen die werken voor eigen rekening en risico
- arbeidsovereenkomsten voor werknemers die voor (on)bepaalde tijd werken in dienst van een werkgever
- uitzendovereenkomst voor werknemers in dienst van een uitzendbedrijf die tijdelijk werk verrichten dat niet of moeilijk voorzienbaar is.

Voor werkende die deelnemen in een bedrijfstakpensioenfonds (Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000) of deelnemen in een verplichte beroepspensioenregeling bestaat in principe een dergelijke pensioenplicht reeds. Dit principe toepassend wordt voorkomen dat er jaarlijks een carrousel van pensioeninstellingen plaats vindt, zoals op grond van de Zorgverzekeringswet gebeurt.

2. een acceptatieplicht voor pensioeninstellingen
3. een gelijke ambitie, gebaseerd op een gefixeerd percentage van het inkomensniveau op moment van pensionering voor wat betreft:
 - ouderdomspensioen
 - nabestaandenpensioen
 - arbeidsongeschiktheidspensioen
4. een verbod op premiedifferentiatie op basis van een individueel risicoprofiel
5. verplichte deelname aan een risicovereveningsfonds in verband met waarborg van inkomenssolidariteit en voorkoming van risicoselectie.

Een dergelijke systeem onder de Algemene pensioenverzekeringswet kan worden gekwalificeerd als een sociaalzekerheidsstelsel met private uitvoering van de regeling.

De vigerende pensioenwetgeving blijft in beginsel onder de Algemene pensioenverzekeringswet van kracht. Zo'n Algemene pensioenverzekeringswet zal EMU-neutraal dienen te zijn. EMU staat voor Europese Muntunie. De geldstromen onder de vigeur van de Algemene pensioenverzekeringswet mogen geen invloed hebben op de geldstromen (ontvangsten en uitgaven) van de staatsbegroting. Voor wat betreft de mededinging gaat de vergelijking tussen Zorgverzekeringswet met een Algemene pensioenverzekeringswet niet helemaal op. Zie J.C.A. Houdijk in 'Zorg & Mededinging: meer marktwerking, meer mededingingsrecht' (4). In de zorgverzekeringswet is het niet alleen de gelijkstelling tussen de voormalige publieke ziekenfondsen met particuliere verzekeringsmaatschappijen, maar ook de mededinging met betrekking tot de zorgaanbieders en de rol van de zorgkantoren. Dit speelt geen rol bij een Algemene pensioenverzekeringswet, waarin alleen diverse pensioeninstellingen gelijkgesteld worden en daarom niet tot meer of minder mededinging zal leiden.

Europese regelgeving met betrekking tot mededinging

Zorgverzekeringswet

Bij de totstandkoming van de Zorgverzekeringswet ging het om de vraag of een beroep kan worden gedaan op een uitzondering op het Europeesrechtelijk verbod om in een privaat vormgegeven verzekeringsstelsel publieke randvoorwaarden te stellen aan de acceptatie, de premie en de omvang van de dekking. Deze vraag wordt besproken door C.C. Beerepoot in 'De Zorgverzekeringswet en de Wet op de Zorgtoeslag' (5). Deze vraag dient ook gesteld te worden bij de totstandkoming van een Algemene pensioenverzekeringswet.

Voor wat betreft de Zorgverzekeringswet is de volgende juridische oplossing gevonden. In een privaatrechtelijk stelsel als de Zorgverzekeringswet is de Europese schaderichtlijn inzake het schadeverzekeringsbedrijf, de Derde Schaderichtlijn, van toepassing. Op grond van deze richtlijn is het niet toegestaan om aan privaatrechtelijke verzekeringen wettelijke voorschriften te stellen met betrekking tot de acceptatie voor de verzekering, de dekkingsomvang van die verzekering en de premiestelling. Deze schaderichtlijnen zijn gebaseerd op de bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen en diensten uit het EU-verdrag. Uitgangspunt hierbij is dat binnen Europa de ene verzekeraar geen slechtere concurrentiepositie mag krijgen dan de andere, omdat de laatste aan allerlei overheidsvoorschriften wordt gehouden. In artikel 54 van de Derde Schaderichtlijn is echter een uitzonderingsbepaling opgenomen, op basis waarvan een uitzondering kan worden gemaakt op het verbod om in te grijpen in de voorwaarden waaronder een schadeverzekering op de markt kan worden gebracht. Het gaat hier om de zogenoemde algemeen-belangexceptie. Dat betekent dat met een beroep op het algemeen belang, zoals i.c. bij de Zorgverzekeringswet om de inkomens- en risicosolidariteit in een ziektekostenstelsel te waarborgen, de verzekeraars bepaalde verplichtingen kunnen worden opgelegd, zoals een acceptatieplicht en een verbod op premiedifferentiatie. Of anders gezegd, de acceptatieplicht en het verbod op premiedifferentiatie dienen een noodzakelijke en evenredige beperking van de door het Europeesrecht gewaarborgde vrijheid van de zorgverzekeraars om het verzekeringsbedrijf uit te oefenen. In haar brief van 4 december 2002 'Een nieuw stelsel van zorgverzekeringen' aan de minister van VWS achtte de landsadvocaat een beroep op artikel 54 Derde Schaderichtlijn niet gerechtvaardigd. Desalniettemin heeft de Commissaris interne markt van de Europese Commissie Bolkestein een persoonlijke brief ('Beste Hans') gestuurd aan de minister van VWS, waarin hij aangaf dat de beoogde privaatrechtelijke vormgeving van een nieuwe verzekering in Europeesrechtelijke zin wel mogelijk zou zijn wanneer de in dat kader door de overheid te stellen voorwaarden niet verder gaan dan strikt noodzakelijk en niet verder ingrijpen in de verzekeringsmarkt dan nodig is. Objectieve noodzakelijkheid en proportionaliteit. Bolkestein legde in zijn brief de mogelijkheid om een beroep te doen op de uitzonderingsbepaling ruimer uit dan de landsadvocaat. Onduidelijk is overigens wat de status was van de brief van Bolkestein: waarschijnlijk is de brief niet in het college van commissarissen geweest. Tot nu toe heeft geen enkele private partij zich tot de Europese rechter gewend.

Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen

Het Europees recht laat in beginsel veel vrijheid aan lidstaten om hun sociaal zekerheidsstelsel in te richten, maar indien er gekozen wordt voor private uitvoering zijn er raakvlakken met het Europees recht. Zo kan de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen, welke gesloten is voor nieuwe gevallen per 1 augustus 2004 als een sociaal systeem worden gekwalificeerd (Kamerstukken 1995-1996; 24758). Deze regeling wordt door UWV, een overheidsorganisatie, uitgevoerd. Het betreft hier een wettelijk basisstelsel, waarvan de beheersorganen tot op heden telkens zijn aangemerkt als organen die geen economische activiteit uitoefenen en de facultatieve of door de overheid verplicht gestelde aanvullende stelsels, waarvan de met het beheer ervan belaste organen zijn gekwalificeerd als ondernemingen in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag (zie punt 66 in de conclusie van advocaat-generaal P. Mengozzi van 11 november 2010 bij het AG2R-arrest).

Arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen volgens pensioenakkoord

Het in de SER overeengekomen pensioenakkoord omvat de herintroductie van een arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen. In het concept van deze

arbeidsongeschiktheidsverzekering is een acceptatieplicht voor verzekeraars voorzien; benevens een verbod op premiedifferentiatie op basis van een individueel risicoprofiel en verplichte deelname aan een risicovereveningsfonds. Op deze verzekering zijn de voorwaarden van de Europese Derde schaderichtlijn van toepassing, waardoor de beleidsruimte voor individuele lidstaten wordt beperkt. Echter de Derde schaderichtlijn biedt een derogatiemogelijkheid in verband met het algemeen belang (artikel 54). Een kans van slagen van een beroep op het algemeen belang is aanwezig aangezien een verzekeringsplicht voor zzp'ers voor arbeidsongeschiktheid door de Europese Commissie is voorgesteld in het kader van de sociale pijler (European Pillar of Social Rights). In een niet gepubliceerd advies van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de SER wordt gesteld: 'Een beroep op de European Pillar of Social Rights is kansrijker. De Pijler geeft aanknopingspunten om te beargumenteren dat een inbreuk op de Dienstenrichtlijn gerechtvaardigd, zo niet dwingend voorgeschreven, is. Zo stelt artikel 12 van de Pijler: *Regardless of the type and duration of their employment relationship, workers, and, under comparable conditions, the self employed, have the right to adequate social protection.* Dit kan verder ingekleurd worden met behulp van overwegingen 15 en 17. Daarmee kan betoogd worden dat de lidstaten verplicht zijn (overweging 17) om adequate socialezekerheidsregelgeving voor zelfstandigen (artikel 12, overweging 15) op te stellen. Als betoogd kan worden dat zelfstandigen 'under comparable conditions' als reguliere werknemers werken, is dit een rechtvaardigingsgrond. Hoewel 'under comparable conditions' niet expliciet is uitgewerkt in de Pijler, valt niet in te zien waarom een lidstaat niet succesvol – binnen de margin of appreciation – kan motiveren waarom een verplichte ao-verzekering niet evenzeer van belang is voor zelfstandigen. Ook die moeten immers beschermd worden tegen de eventuele (grote) inkomensachteruitgang in het geval van langdurige ziekte.'

Verzekeringsmaatschappijen in een Algemene pensioenverzekeringwet

Verzekeringsmaatschappijen die onder een Algemene pensioenverzekeringwet zouden vallen zijn geen schadeverzekeringsmaatschappijen, maar levensverzekeringsmaatschappijen en vallen derhalve niet onder de Derde Schaderichtlijn. Deze verzekeringsmaatschappijen vallen onder de 'Richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering' (Deze Richtlijn is de opvolger van de Derde Levenrichtlijn, maar wordt niet de Vierde Richtlijn genoemd). In deze Richtlijn is geen vergelijkbare hardheidsclausule opgenomen, zoals in de Derde Schaderichtlijn. In het bijzonder geven de artikelen 34 en 45 hiervoor geen ruimte:

Artikel 34 Regels betreffende contractuele voorwaarden en tarifiering

De lidstaten stellen geen bepalingen vast waarin de voorafgaande goedkeuring of de systematische mededeling wordt geeist van de algemene en bijzondere voorwaarden van de verzekeringspolissen, de tarieven, de met name voor de berekening van de tarieven en de technische voorzieningen gehanteerde technische grondslagen en de formulieren en andere documenten waarvan de verzekeringsonderneming gebruik wil maken in haar betrekkingen met de verzekeringnemers'.

Nu deze Richtlijn geen hardheidsclausule bevat kan er vanzelfsprekend geen beroep op worden gedaan. Dit kan als discriminatoir worden gekwalificeerd: waarom wel een hardheidsclausule in de Schaderichtlijn en niet in de Levenrichtlijn?

- De vraag is nu of in een juridische procedure bij het Hof van Justitie een beroep op bijvoorbeeld een 'fictieve' hardheidsclausule kan worden gedaan teneinde een 'level playing field' te realiseren. Een vergelijking met artikel 54 Derde Schaderichtlijn ligt voor de hand. Het oprekken van deze bepaling

door de 'power play' door Commissaris Bolkestein met de 'beste Hans brief' dient als ondersteuning voor deze redenering. Dit lijkt geen voor de hand liggende oplossing.

- Een andere methodiek zou kunnen zijn vooraf de Advocaat Generaal bij het Hof van Justitie te beïnvloeden bij een eventuele toekomstige procedure bij het Hof van Justitie. Het volgende voorbeeld moge dienen. In het vorengenoemde Pensioenakkoord wordt gesteld dat het gewenst is dat de zogenoemde 'verplichtstelling' wordt gehandhaafd bij afschaffing van de doorsneesystematiek. Hierover is vooraf geen zekerheid te krijgen, omdat dit eerst na een uitspraak van het Hof van Justitie is vast te stellen, zoals in de Landmarkarresten is geschied (6). Thans wordt door de Minister SZW overleg gevoerd met de Advocaat Generaal bij het Hof van Justitie met de vraag indien er een procedure bij het Hof van Justitie komt over het nieuwe pensioenstelsel de Advocaat Generaal bij voorbaat aan het Hof van Justitie zal adviseren de verplichtstelling te handhaven. De eerste vraag is of de Advocaat Generaal hiertoe bereid is en de tweede vraag is of het Hof van Justitie een dergelijk advies zou overnemen.

Conclusie

Kern van de Zorgverzekeringswet is dat de sociale ziekenfondsen gelijk zijn gesteld met particuliere verzekeraars en feitelijk als schadeverzekeraars fungeren, waardoor de Derde Schaderichtlijn toepasselijk wordt. In de Algemene pensioenverzekeringswet blijven de bestaande pensioeninstellingen fungeren (Anders zou het een pleidooi worden voor een Nationaal pensioenfonds). Levensverzekeringsmaatschappijen, die pensioenverzekeringen vermarkten vallen via de Wet op het financieel toezicht onder de Levenrichtlijn. Nu levensverzekeringsmaatschappijen een onderdeel vormen in de Algemene Pensioenverzekeringswet dient deze wet mededingingsrechtelijk getoetst te worden aan de Levenrichtlijn. Wegens het ontbreken van een hardheidsclausule in de Levenrichtlijn levert dat geen positief resultaat op. Vervolgens dient overwogen te worden of er andere mededingingsrechtelijke instrumenten zijn om de onderliggende bestanddelen, d.w.z. de pensioeninstellingen te toetsen om wel tot een positief resultaat te komen.

Andere mededingsrechtelijke instrumenten

Voorwaarde 'onderneming' en 'economische activiteit'

Teneinde vast te stellen of er mededingingsrechtelijke verboden toepassing vinden is er aan de ene kant de voorwaarde van het bestaan van een 'onderneming' (en de daarmee verbonden maatstaf van 'economische activiteit') en aan de andere kant de voorwaarden van artikel 106 lid 2 VWEU.

Dienst van algemeen economisch belang

Voor de toepassing van artikel 106 lid 2 VWEU moet aangetoond worden dat de onderneming in kwestie door de overheid belast is met het 'beheer van diensten van algemeen economisch belang' en dat zij daarbij een bijzondere taak vervult die haar is toevertrouwd (door die overheid). In beginsel dient een wettelijke bepaling of een overheidsbesluit de taak aan een onderneming op te dragen.

Rule of Reason

De Rule of Reason wordt gedefinieerd als argument of rechtvaardiging waarom binnen het Europees recht toch een maatregel kan worden opgelegd die het vrije verkeer van goederen en diensten kan belemmeren.

De vraag is of met inachtneming van de Rule of Reason het gerechtvaardigd is te derogeren aan de artikelen 34 en 45 van de Levenrichtlijn met betrekking tot levensverzekeringsmaatschappijen daar

waar voor schadeverzekeringsmaatschappijen nadrukkelijk een algemeen belang exceptie bestaat in artikel 54 Derde Schaderichtlijn.

De Rule of Reason is in de jurisprudentie ontwikkeld. Op basis van het Cassis de Dijon arrest van het Hof van Justitie (20 februari 1979) inzake het vrije verkeer van goederen heeft het Hof voorwaarden geformuleerd voor het toestaan van uitzonderingen op het vrije verkeer van diensten op grond van de Rule of Reason. Deze voorwaarden betreffen:

1. Het ontbreken van harmonisatie

De beperking van het vrije verkeer van dienstverlening door nationale regels kan alleen worden gerechtvaardigd door het ontbreken van harmonisatie maatregelen van de Europese unie. De nationale regels moeten voldoen aan de beginselen van non-discriminatie en proportionaliteit en gerechtvaardigd worden door gronden van:

- publiek beleid
- publieke veiligheid
- publieke gezondheid
- bescherming van het milieu.

2. Algemeen belang vereisten

De beperkingen moeten worden gerechtvaardigd door het algemeen belang, maar kunnen ook getroffen worden ten behoeve van de bescherming van de ontvangers van de dienstverlening.

3. Toepassing zonder onderscheid

In tegenstelling tot de artikelen 51 en 52 VwEU moeten de beperkingen van de dienstverlening zonder onderscheid toegepast worden op alle dienstverleners ongeacht de herkomst van de dienst en de nationaliteit van de dienstverleners van de lidstaat, waarin zij gevestigd zijn (zelfs indien de beperkingen indirect discrimineren). Een direct discriminerende beperking van de dienstverlening kan alleen gerechtvaardigd worden door de nadrukkelijke derogerende bepalingen van de artikelen 51 en 52 VwEU.

4. Proportionaliteit

Voor de beoordeling van de proportionaliteit geldt hetzelfde principe van wederzijdse erkenning als de andere vrijheden.

Beoordeling

Met inachtneming van de voorwaarde 'ontbreken van harmonisatie' is het arrest Wouterse (6) een voorbeeld van toepassing van de Rule of Reason: 'dat het vaste rechtspraak is dat bij gebreke van specifieke gemeenschapsbepalingen ter zake elke lidstaat vrij is om de uitoefening van het beroep van advocaat op zijn grondgebied te regelen.....(r.o.. 99). De artikelen 34 en 45 van de Levenrichtlijn zijn specifieke gemeenschapsbepalingen, waardoor op grond van de voorwaarde 'ontbreken van harmonisatie' hieraan niet gederogerd zou kunnen worden.

Voorstellen van advocaat-generaal Leger

Advocaat-generaal Leger (7) heeft - in navolging van advocaat-generaal Jacobs (8) bij het Pavlov arrest (9) - bij het Arduino arrest (10) voorstellen ontwikkeld. Leger overweegt dat het gerechtvaardigd is dat de maatregel van de staat inbreuk mag maken op de artikelen 5 en 81 van het Verdrag onafhankelijk van de legaliteit van het gedrag van de private deelnemers; met andere

woorden het moet mogelijk zijn dat een maatregel van de staat merkbare mededinging beperkt zelfs indien het gedrag van de economische deelnemers op basis van de handeling van de staat op zich zelf niet in strijd is met artikel 85(1) van het verdrag (overweging 88). Leger beschouwt het als noodzakelijk de staat toe te staan haar gedrag onder artikel 5 van het Verdrag te rechtvaardigen, omdat een lidstaat legitieme redenen mag hebben om de effecten van een overeenkomst, besluit of gevestigde praktijk te versterken binnen de werking van artikel 85 van het Verdrag. De plicht tot samenwerking kan ter goede trouw onder artikel 5 van het Verdrag een lidstaat niet verhinderen om wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen te nemen, welke zelfs de mededinging beperken teneinde een doel te bereiken (overweging 89).

Vervolgens adviseert Leger het Hof drie beoordelingscriteria vast te stellen (overweging 91):

1. Effectieve beheersing
De openbare autoriteiten van de lidstaat beheersen de inhoud van de overeenkomst, besluit en gevestigde praktijk effectief. De autoriteiten stellen daartoe een onderzoek in. Bedoeling is dat de staatsautoriteiten garanderen dat de economische deelnemers geen vrijbrief krijgen.
2. Algemeen belang exceptie
De algemeen belangexceptie maakt het mogelijk dat de maatregel van de staat inderdaad genomen is in het algemeen belang, omdat verondersteld mag worden dat overeenkomsten tussen economische actoren afgesloten worden in hun eigen belang en niet in het algemeen belang.
3. Evenredigheidsvereiste
Deze voorwaarde heeft als doel te garanderen dat de gevolgen van de beperking van de mededinging, veroorzaakt door de maatregel van de staat begrensd worden tot datgene dat noodzakelijk is teneinde het nagestreefde doel te bereiken.

Beoordeling.

1. Volgens advocaat generaal Leger zou de staat inbreuk mogen maken op de artikelen 5 en 81 van het Verdrag. Er van uitgaande dat het Verdrag een hogere rangorde heeft dan een richtlijn dan zou mogelijkerwijs geconcludeerd kunnen worden dat in het verlengde van eventuele inbreuken op de artikelen 5 en 81 van het Verdrag in casu ook inbreuk gemaakt zou kunnen worden op de artikelen 34 en 45 van de Levenrichtlijn voor zover het de beperking van de mededinging betreft.
2. Een bijkomend argument is dat het ontbreken in de Levenrichtlijn van een algemeen belang exceptie, zoals in artikel 54 van de Derde Schaderichtlijn niet als discriminerend kan worden beschouwd en derhalve een inbreuk op de artikelen 34 en 45 van de Levenrichtlijn gerechtvaardigd kan worden.
3. Vooralsnog bestaat er geen Europeesrechtelijke jurisprudentie, waaruit blijkt dat het mogelijk is, dat wanneer kan worden afgeweken van een verdragsbepaling ook kan worden afgeweken van een lagere richtlijnbeepaling ter zake.

State action defence

In de conclusie van advocaat-generaal F.G. Jacobs (11) bij het arrest *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) tegen Autoria della Concorrenza e del Mercato* (12) wordt gesteld dat de zogenoemde state action defence stevig verankerd is in het gemeenschapsrecht. Volgens dit beginsel kunnen ondernemingen waaraan een inbreuk op de mededingingsregels van de artikelen 81 EG of 82 EG wordt verweten aanvoeren dat hun gedragingen net onder deze bepalingen vallen, indien een

nationale wettelijke regeling die gedragingen voorschrijft of indien het nationale rechtskader zelf iedere mogelijkheid van concurrerend gedrag door deze onderneming heeft uitgesloten. De state action defence is van toepassing indien ondernemingen niet of nauwelijks ruimte hebben om zelf, autonoom mededingingsbeperkende overeenkomsten te sluiten of mededingingsbeperkende handelingen te verrichten. Hierbij zijn twee vragen relevant:

1. rust er daadwerkelijk een wettelijke verplichting op de ondernemingen om mededingingsbeperkende handelingen te verrichten?
2. Hebben ondernemingen daadwerkelijk een substantiele autonomie in het vaststellen van mededingingsbeperkende voorwaarden?

Of zoals advocaat-generaal F.G. Jacobs (13) bij het AOK-arrest (in geschil is de vraag of Duitse ziekenfondsen vaste maximum bedragen mogen vaststellen voor geneesmiddelen)(14) stelt: 'Het staat duidelijk aan de nationale rechters om te beoordelen of het wettelijk kader geen enkele ruimte voor zelfstandig handelen van verzoekers bij de vaststelling van vaste maximum bedragen laat. Nochtans kan het dienstig zijn om twee punten van onderzoek te onderscheiden die mijns inziens noodzakelijkerwijs deel uitmaken van een dergelijke beoordeling' (overweging 80). '81. In de eerste plaats moet worden nagegaan, of verzoekers krachtens het SGB V geheel kunnen afzien van de vaststelling van de vaste maximumbedragen.' '82. In de tweede plaats moet worden nagegaan, of verzoeksters bij de vaststelling van de hoogte van de vaste maximumbedragen werkelijk enige mate van zelfstandigheid genieten. Wanneer dit niet het geval is, slaagt het "state action"-verweer. Indien zij wel een dergelijke vrijheid hebben, moet worden onderzocht of een prima facie inbreuk op artikel 81, lid 1, EG hetzij volledig kan worden toegeschreven aan de wijze waarop zij van die vrijheid hebben gebruikgemaakt, hetzij op zijn minst is verergerd door de door hen gemaakte keuzes.' '84. In het kader van het tweede punt van onderzoek kunnen de nationale rechters zich er derhalve hoogstwaarschijnlijk toe beperken om, met inachtneming van de feiten van de bij hen aanhangige zaak na te gaan, of verzoeksters de hun toegekende speelruimte in het concrete geval hebben gebruikt om de mededinging merkbaar verder te beperken dan het geval zou zijn geweest uit de hen openstaande mogelijkheden.'

Beoordeling

Bij het ontwerpen van een Algemene pensioenverzekeringswet naar model van de Zorgverzekeringswet zou door participerende ondernemingen mogelijkerwijs een beroep gedaan kunnen worden op het "state action" – verweer teneinde inbreuk te kunnen maken op de artikelen 81 en 82 Verdrag. In dat geval zal de Nederlandse staat vergaande wettelijke en/of bestuursrechtelijke voorschriften dienen op te leggen voor wat betreft premiestelling, ambitie en uitkeringen aan de participerende ondernemingen. En dat is nu juist hetgeen de artikelen 34 en 45 van de Levenrichtlijn verbiedt, tenzij het "state action" – verweer niet alleen een inbreuk op de artikelen 81 en 82 Verdrag toestaat maar ook een inbreuk op de artikelen 34 en 45 van de Levenrichtlijn rechtvaardigt, omdat het Verdrag van een hogere rangorde is dan de Levenrichtlijn. Vooralsnog bestaat er geen Europeesrechtelijke jurisprudentie, waaruit blijkt dat het mogelijk is, dat wanneer kan worden afgeweken van een verdragsbepaling ook kan worden afgeweken van een lagere richtlijnbeperking.

De toepassing van artikel 86 lid 2 EG

Indien een beroep op het "state action" verweer niet slaagt kan eventueel een beroep worden gedaan op artikel 86 lid 2 Verdrag. Advocaat-generaal F.G. Jacobs bij het AOK arrest: '86. Indien verzoekers zelfstandig en in strijd met artikel 81, lid 1, EG hebben gehandeld bij de vaststelling van vaste maximumbedragen en zich dus niet kunnen beroepen op het "state action"-verweer, hebben

zij nog de mogelijkheid hun handelen uit hoofde van artikel 86, lid 2, EG te rechtvaardigen'. In dat geval is het noodzakelijk dat de overheid een bijzondere taak heeft opgedragen aan de betrokken ondernemingen: '(87. Om zich op artikel 86, lid 2, EG te kunnen beroepen, zouden verzoeksters om te beginnen moeten aantonen dat aan hen het beheer van diensten van algemeen economisch belang is toevertrouwd.' Er geldt een verbod op willekeur en het non-discriminatiebeginsel: '101. De vierde factor betrof het bestaan van een adequaat niveau van rechterlijk toezicht om te voorkomen dat de marktdeelnemer zijn bevoegdheid om beslissingen te nemen op arbitraire wijze uitoefent.....Gelet op het arrest Albany is vereist, dat de nationale rechterlijke instanties voldoende controle uitoefenen om te garanderen dat de vaste maximumbedragen niet op arbitraire of discriminerende manier worden bepaald en dat zij zijn vastgesteld overeenkomstig de in paragraaf 35 SGB V genoemde criteria en procedures. Het staat aan de verwijzende rechters om te beoordelen of aan deze voorwaarde inderdaad is voldaan.' Artikel 86, lid 2, EG vereist een noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets: '88. Verzoeksters zouden voorts moeten bewijzen dat de vaststelling van vaste maximumbedragen noodzakelijk is om te verzekeren dat zij de hun opgedragen bijzondere taak behoorlijk kunnen uitvoeren.Het volstaat dat zij hun taak niet onder economisch aanvaardbare omstandigheden of financieel evenwichtige voorwaarden kunnen vervullen.' Vervolgens stelt Advocaat-generaal F.G. Jacobs: '95. In de tweede plaats acht ik het van belang dat bij de toepassing van artikel 86, lid 2, EG in de onderhavige context ook rekening te houden met de vrijheid die het gemeenschapsrecht de lidstaten verleent bij het organiseren van hun eigen sociale zekerheidsstelsels. Gezien de ruime beoordelingsmarge waarover de lidstaten dus beschikken (verwijzing naar Albany-arrest), ben ik van mening dat de toepassing van artikel 86, lid 2, EG alleen is uitgesloten wanneer kan worden aangetoond dat de vaststelling van vaste maximumbedragen als methode ter beheersing van de kosten van geneesmiddelen voor ziekenfondsen kennelijk onevenredig is.'

Beoordeling

1. Slaagt een beroep op artikel 86, lid 2, EG dan dient er niet alleen sprake te zijn van een '*bijzondere taak*' die door de overheid aan de ondernemingen is opgedragen, maar ook dat aan deze ondernemingen het '*beheer van diensten van algemeen belang*' is toevertrouwd. Weliswaar wordt hierdoor de werking van artikel 81, lid 1, EG geneutraliseerd, maar dit zegt voorsnog nog niets over de werking van de artikelen 34 en 45 van de Levenrichtlijn.
2. Advocaat-generaal Jacobs wijst op de '*vrijheid die het gemeenschapsrecht de lidstaten verleent bij het organiseren van hun eigen sociale zekerheidsstelsels*'. Er mag van worden uitgegaan dat in dit geval een Algemene pensioenverzekeringwet als een sociaal stelsel kan worden gekwalificeerd de artikelen 34 en 45 Levenrichtlijn uitwerking missen, omdat deelnemende ondernemingen in het algemeen en Levensverzekeringsmaatschappijen in het bijzonder onder de Algemene pensioenverzekeringwet aan de daeb-toets dienen te voldoen.

Twee arresten nader beschouwd

AG2R

In de casus AG2R waarover het HvJ een uitspraak heeft gedaan gaat het om een sociaalzekerheidsstelsel (aanvullende ziektekostenverzekering voor de bakkerijbranche in Frankrijk) waarbij is voorzien in de aansluiting bij een enkel orgaan (AG2R; overigens een concurrerende verzekeringsmaatschappij), dat is aangewezen voor het beheer van een aanvullend stelsel van gezondheidszorg zonder enige mogelijkheid voor de onderneming van de betrokken bedrijfstak om van aansluiting te worden vrijgesteld. Dit is overeenkomstig het arrest-van der Woude (zie r.o. 35

Anderzijds vloeit uit de punten 26 en 27 van het reeds aangehaalde arrest-van der Woude voort, dat de collectieve overeenkomst betreffende een stelsel van zieketecostenverzekering waarin een enkel orgaan wordt aangewezen in geval aansluiting bij dat stelsel en aldus elke mogelijkheid van aansluiting bij concurrerende instellingen wordt uitgesloten, buiten de werkingsfeer van artikel 101, lid 1 VWEU valt.). In een Algemene pensioenverzekeringwet wordt niet slechts een enkel orgaan met de uitvoering belast, maar alle daarvoor in aanmerking komende pensioeninstellingen. Hieronder vallen ook levensverzekeringsmaatschappijen, zoals AG2R, die concurrerend zijn op de markt.

In het AG2R-arrest worden wel aanvullende eisen gesteld aan:

- de tenuitvoerlegging van het solidariteitsbeginsel (r.o. 47 t/m 52)
- het overheidstoezicht (r.o. 53 t/m 65).

Met betrekking tot de tenuitvoerlegging van het solidariteitsbeginsel merkt Advocaat-Generaal P. Mengozzi in de conclusie van 11 november 2010 bij het AG2R-arrest het volgende op: *‘Wat de uitvoering van het solidariteitsbeginsel betreft lijkt de situatie van het hoofdgeding dus dicht bij die van de arresten Poucet en Pistri, Cisa, AOK Bundesverband e.a. en Kattner Stahlbau te liggen, waarin de organen die belast waren met het beheer van wettelijke stelsels van sociale bescherming op basis van de aan het Hof voorgelegde feitelijke en juridische gegevens niet zijn aangemerkt als ondernemingen in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag’.*

Beoordeling

Deze voorgaande redenering doortrekkend zou geconcludeerd kunnen worden dat de uitvoerende organen van Algemene pensioenverzekeringwet niet aangemerkt zouden kunnen worden als ondernemingen in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag.

Pavlov

Na de uitspraken inzake Brentjens, Drijvende Bokken en Albany werd een jaar later door het HvJEU in het arrest Pavlov een uitspraak gedaan over de verenigbaarheid van de Verplichtstelling bij beroepspensioenregelingen. Geoordeeld werd dat het verplichtgestelde beroepspensioenfonds verenigbaar is met de artikelen 101, 102 en 106 VWEU. Anders dan in Brentjens, Drijvende Bokken en Albany berust dit niet op de twee specifieke kenmerken van collectief onderhandelen tussen werkgevers en werknemers namelijk dat dit uitdrukkelijk door het gemeenschapsrecht wordt bevorderd en dat het noodzakelijkerwijs zekere beperking van de mededinging meebrengt. 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. In casu is van belang rechtsoverweging 98: *‘Ten aanzien van het verzoek van een representatieve organisatie van beoefenaren van een vrij beroep aan de overheid om deelneming in haar gecreeerde beroepspensioenregeling verplicht te stellen, zij er op gewezen dat het is gedaan in het kader van een regeling die overeenkomt met het in verscheidene lidstaten bestaand stelsel voor de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid op sociaal gebied (cursivering van mij, adg).* Een dergelijk stelsel beoogt, de opbouw van aanvullende pensioenen van de tweede pijler te bevorderen en bevat een aantal waarborgen, waarvan de minister de inachtneming moet verzekeren, zodat het verzoek van de beoefenaren van een vrij beroep geen schending van artikel 85 lid 1 van het Verdrag kan opleveren.’

Instelling voor bedrijfspensioenvoorziening (IORP 11)

Levensverzekeringsondernemingen die arbeidsgerelateerde bedrijfspensioenverzekeringen vermarkten blijven onder de werkingssfeer van de Levenrichtlijn vallen. De Levenrichtlijn blijft een hindernis vormen om vorenbedoelde levensverzekeringsondernemingen in een Algemene pensioenverzekeringwet te integreren naar model van de Zorgverzekeringwet. Wellicht dat IORP 11 (Richtlijn (EU) 2016/2341 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening) uitkomst kan bieden. In overweging 5 wordt al gewag gemaakt van een tegenstelling: 'Zowel IBPV's als levensverzekeringsondernemingen voeren bedrijfspensioenregelingen uit. Een uniforme aanpak van IBPV's is daarom niet aangewezen'. Voorts wordt overwogen (21): 'De nationale voorschriften betreffende de deelname van zelfstandigen aan IBPV's lopen uiteen. In sommige lidstaten mogen IBPV's optreden op grond van overeenkomsten met een branche of met bedrijfsorganisaties waarvan de aangeslotenen als zelfstandige werkzaam zijn, dan wel op grond van rechtstreeks met zelfstandigen en werknemers gesloten overeenkomsten. In sommige lidstaten kan een zelfstandige zich ook aansluiten bij een IBPV wanneer de zelfstandige handelt als werkgever of professionele diensten ten behoeve van een onderneming verricht. In sommige lidstaten mogen zelfstandigen niet aan een IBPV deelnemen tenzij is voldaan aan bepaalde voorwaarden, waaronder die welke voortvloeien uit het sociale en arbeidsrecht'. In artikel 4 IORP 11 wordt de mogelijkheid geboden op een 'facultatieve toepassing op onder Richtlijn 2009/138/EG betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit 11) vallende instellingen'. Het gaat hier om 'de werkzaamheden inzake bedrijfspensioenvoorziening van levensverzekeringsondernemingen'. Gesteld wordt: 'In dat geval wordt alle met bedrijfspensioenvoorzieningswerkzaamheden overeenkomende activa en passiva afgescheiden en gescheiden van de overige werkzaamheden beheerd en georganiseerd zonder dat er enige mogelijkheid tot overdracht bestaat. Tenslotte bepaalt dit artikel: 'De lidstaat van herkomst waarborgt dat ofwel de met het toezicht op de onder Richtlijn 2009/138/EG vallende verzekeringsondernemingen belaste autoriteiten in het kader van hun toezicht de strikte scheiding van de betrokken bedrijfspensioenvoorzieningswerkzaamheden controleren'. Volgens artikel 4 IORP 11 is onder andere artikel 21 (Voorwaarden verzekeringsovereenkomst en tarieven) Richtlijn 2009/138/EG van toepassing. Het eerste lid luidt; 'De lidstaten eisen geen voorafgaande goedkeuring of systematische mededeling van de algemene en bijzondere voorwaarden van verzekeringsovereenkomsten, de tarieven, de met name voor de berekening van de tarieven en technische voorzieningen gehanteerde technische grondslagen en de formulieren en andere documenten waarvan de onderneming gebruik wil maken in haar betrekkingen met verzekeringnemers of cederen retrocederende ondernemingen'. Voor levensverzekeringsondernemingen geldt nog het volgende: 'Bij levensverzekeringen mag de lidstaat van herkomst echter uitsluitend voor het toezicht op de naleving van nationale bepalingen betreffende de actuariële beginselen een systematische mededeling van de voor de berekening van de tarieven en de technische voorzieningen gehanteerde technische grondslagen eisen. Dit vereiste vormt geen voorwaarde vooraf voor het verlenen van een vergunning aan een levensverzekeringsonderneming'.

Beoordeling

Evenals de Levenrichtlijn werpt artikel 21 Richtlijn 2009/138/EG een drempel op om levensverzekeringsmaatschappijen met een afgescheiden vermogen voor de exploitatie van arbeidsgerelateerde bedrijfspensioenvoorziening te integreren in een Algemene pensioenverzekeringwet ter realisering van een pensioenplicht met een algemene gelijke ambitie.

Conclusie

Gezien het vorenstaande verdient het instrument *Dienst van algemeen economisch belang* een nadere beschouwing.

Dienst van algemeen economisch belang

Het kartelverbod van art. 6 MW (Mededingingswet), dat is gebaseerd op de inhoud van art. 101 lid 1 VWEU (Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) verbiedt:

- overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen,
- die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst,
- op de Nederlandse markt of een deel daarvan (art. 6 lid 1 MW), dan wel binnen de interne markt en die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden (art. 101 lid 1 VWEU).

Art. 106 lid 2 VWEU geeft een uitzondering op dit verbod voor ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang (rechtvaardigingsgrond 'algemeen belang exceptie').

Aan de rechtvaardigingsgrond 'algemeen belang exceptie' zijn de volgende voorwaarden verbonden:

- ondernemingen die verplicht gestelde regelingen uitvoeren (bijvoorbeeld op grond van een voorschrift uit de Algemene pensioenverzekeringwet) een **essentiele sociale functie** vervullen en
- het **noodzakelijkheidsvereiste**, waarvoor nodig is dat:
 1. De onderneming zijn bijzondere dienst van economisch belang – die nader wordt bepaald door de aan hem opgelegde verplichtingen en feitelijke beperkingen – niet kan vervullen zonder het uitsluitende recht; en
 2. Dat handhaving van het uitsluitende recht noodzakelijk is om het fonds in staat te stellen de aan hem opgedragen taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen (15).

In recentere jurisprudentie heeft het HvJ de criteria hiervoor verder verfijnd. Dit betreft met name het Kattner Stahlbau arrest (16) en het AG2R arrest (17).

In het Kattner Stahlbau arrest wordt de drie stappentoets geïntroduceerd dat de instelling

1. een zuiver sociale functie heeft;
2. overeenkomstig het solidariteitsbeginsel werkt; en
3. onder staatstoezicht staat.

In het AG2R arrest wordt vervolgens het solidariteitsbeginsel uitgewerkt.:

1. Het stelsel wordt gefinancierd door bijdragen waarvan het tarief niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico en
2. De waarde van de prestaties niet noodzakelijkerwijs evenredig is aan het loon van verzekerde.

Onder het vigerende Europese mededingingsrecht voldoen bedrijfstakpensioenfondsen, beroepspensioenfondsen, ondernemingspensioenfondsen, algemene pensioenfondsen en premiepensioeninstellingen aan de daeb-toets. In het geval dat levensverzekeringsondernemingen welke arbeidsgerelateerde bedrijfspensioenvoorzieningen (met afgescheiden activa en passiva van de exploitatie van andere levensverzekeringen) vermarkten met deze activiteiten aan de daeb-toets

voldoen dan zijn de Levenrichtlijn en artikel 21 Richtlijn 2009/138/EG desalniettemin een hindernis om te integreren in een Algemene pensioenverzekeringwet naar model van de Zorgverzekeringwet.

Europa en pensioen

De Europese Commissie heeft een tender uitgeschreven met betrekking tot pensioen *'Best practices and performance of auto-enrolment mechanisms for pension savings'* (Call for tenders FISMA/2020/OP/0007). In deze tender wordt Auto-enrolment omschreven als 'a mechanism whereby savers are automatically enrolled into a retirement savings schema, unless they actively opt out. To compliment public pensions, several countries have introduced mechanisms of auto-enrolment into occupational pension schemes. In these cases, auto-enrolment requires employers to offer occupational pensions to their employees. Alternatively, auto-enrolment can also be used to facilitate participation of all income earners (employed and self-employed) into a state-mandated funded pension scheme, which may be financed either by reallocating part of social security contributions, or through supplementary contributions, or a combination of both'. Het is te hopen dat de winnaar(s) van deze tender de Europeesrechtelijke beperkingen, zoals in deze paper benoemd, in de onderzoeken betrekken.

Conclusie

Algemeen

Het realiseren van een algemene pensioenplicht via een Algemene pensioenverzekeringwet naar analogie van de Zorgverzekeringwet met behoud van de bestaande pensioeninstellingen is schier onmogelijk wegens het ontbreken van een Europese hardheidsclausule met betrekking tot de mededinging in de 'Richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering', zoals deze wel is opgenomen in de Derde Schaderichtlijn (artikel 54). Achtereenvolgens is nagegaan via de ondernemings-/economische activiteits-toets, de Rule of Reason-toets, de state action defence toets en tenslotte de artikel 86, lid 2 EG-toets of er rechtvaardigingsgronden zijn wegens het ontbreken van een hardheidsclausule om inbreuk te kunnen maken op de artikelen 34 en 45 van de Levenrichtlijn. Vooralsnog bestaat er geen Europeesrechtelijke jurisprudentie, waaruit blijkt dat het mogelijk is dat wanneer kan worden afgeweken van een Verdragsbepaling ook kan worden afgeweken van een lagere richtlijn-bepaling in casu de artikelen 34 en 45 van de Levenrichtlijn. Via de suggestie van Advocaat-generaal Jacobs in de conclusie bij het vorengenoemde AOK arrest – *'de vrijheid die het gemeenschapsrecht de lidstaten verleent bij het organiseren van hun eigen sociale zekerheidsstelsels'* een uitweg. Het hiervoor beschreven pensioensysteem in de Algemene pensioenverzekeringwet wordt gekwalificeerd als een sociaalzekerheidssysteem.

Sociaalzekerheidssysteem

Eenzijds mag op grond van de arresten AG2R en Van der Woude slechts een orgaan, zijnde een onderneming' met de uitvoering van een sociaalzekerheidssysteem worden belast anderzijds wordt door de advocaat-generaal bij het AG2R-arrest gesteld: *'Wat de uitvoering van het solidariteitsbeginsel betreft, lijkt de situatie van het hoofdgeding dus dichter bij van de arresten Poucet en Pistre, Cisal, AOK Bundesverband e.a.en Kattner Stahlbau te liggen, waarin de organen die belast waren met het beheer van de verschillende wettelijke stelsels van sociale bescherming op*

basis van de aan het Hof voorgelegde feitelijke en juridische gegevens niet zijn aangemerkt als ondernemingen in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag.'

Sociale doelstellingen als rechtvaardiging

In het Pavlov arrest wordt als rechtvaardiging genoemd: r.o. 98: *'Ten aanzien van het verzoek van een representatieve organisatie van beoefenaren van een vrij beroep aan de overheid om de deelneming in de door haar gecreeerde beroepspensioenregeling verplicht te stellen, zij erop gewezen dat het is gedaan in het kader van een regeling die overeenkomt met het in verscheidene lidstaten bestaand stelsel voor de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid op sociaal gebied. Een dergelijk stelsel beoogt, de opbouw van aanvullende pensioenen van de tweede pijler te bevorderen en bevat een aantal waarborgen waarvan de minister de inachtneming moet verzekeren, zodat het verzoek van de beoefenaren van een vrij beroep geen schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan opleveren.'*

Bij het onderdeel 'Arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen volgens pensioenakkoord' wordt verwezen naar de Pillar of Social Rights: *'De Pijler geeft aanknopingspunten om te beargumenteren dat een inbreuk op de Dienstenrichtlijn gerechtvaardigd, zo niet dwingend voorgeschreven, is.Daarmee kan betoogd worden dat de lidstaten verplicht zijn (overweging 17) om adequate socialezekerheidsregelgeving voor zelfstandigen (artikel 12, overweging 15) op te stellen'*.

De Richtlijn 98/49/EG van de Raad van 29 juni 1998 betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen maakt geen onderscheid tussen pensioenen voor werknemers en zelfstandigen.

Mogelijkerwijs is een beroep op sociale doelstellingen naar voorgaande voorbeelden - voldoende om een inbreuk op de Levenrichtlijn te rechtvaardigen.

Overig

De deelnemende pensioeninstellingen zullen dan aan de daeb-toets dienen te voldoen. Dit geldt in het bijzonder voor levensverzekeringsondernemingen, die arbeidsgerelateerde bedrijfspensioenvoorzieningen vermarkten. Hier vormt artikel 21 van de Richtlijn betreffen de de toegang tot en de uitoefening van het verzekerings- en herverzekeringsbedrijf een hindernis. Het is te hopen dat de onderzoekers van de EU-tender "Best practices and performance of auto-enrolment mechanisms for pension savings" vorengenoemde hindernissen in hun onderzoeken zullen betrekken.

Discussie

Naar verwachting stevent zo'n veertig procent van de zelfstandigen af op een pensioentekort. Dit kan als een duidelijk signaal worden opgevat dat er door de 'politiek' maatregelen genomen dienen te worden om dit probleem op te lossen. De bij de onderhandelingen over het 'pensioenakkoord' betrokken sociale partners konden het niet eens worden over de invoering van een pensioenplicht in de tweede pijler. De inzet van de vakbonden FNV, CNV en VCP was gericht op de invoering van zo'n pensioenplicht. Dat is begrijpelijk omdat vakbonden geconfronteerd worden met leden (vooral uit de sectoren bouw, zorg & welzijn en overheid), die door hun werkgever min of meer gedwongen worden het werknemerschap op te geven en terug te keren als zelfstandige op dezelfde werkplek (schijnzelfstandigen) en waarvoor het pensioen in de tweede pijler veelal niet althans niet goed is geregeld. De naam van het arrest FNV Kiem is in dit verband veelzeggend (18). De werkgevers hebben meer oog voor de 'echte' zelfstandigen en waarschijnlijk hun pensioen goed geregeld hebben. Er is op dit punt geen overeenstemming bereikt. Als troostprijs hebben de vakbonden de verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen gekregen. Dat is overigens een

welkome voorziening voor de (schijn)zelfstandigen. Schrijver dezes heeft een voorkeur voor een algemene pensioenplicht, maar dat lijkt voornamelijk niet realistisch. Indien een algemene pensioenplicht via een Algemene pensioenverzekeringwet tot stand zou komen dan zullen zelfstandigen zich via een algemeen beroepspensioenfonds een pensioen kunnen verwerven en de meeste onverzekerden in een Algemeen pensioenfonds terechtkomen dan wel via een verbeterde voortzettingregeling van artikel 54 PW in het oude pensioenfonds blijven. Een 'experimenteel artikel' in de Pensioenwet om (schijn)zelfstandigen meer mogelijkheden te bieden heeft het wetsvoorstel Wet toekomst pensioenen niet gehaald. Naar verluid in verband met de beperkende bepalingen van de artikelen 121 t/m 122 Pensioenwet.

Noten

- (1) cursist Leergang pensioenrecht VU Academy Law.
- (2) Soetendal, E & M. Boumans, augustus/september 2018 Pensioen Magazine. Een passende pensioenoplossing voor zzp'ers: nog een lange weg te gaan.
- (3) Naar een nieuw pensioenstelsel. Advies 19/05/Juni 2019.
- (4) J.C.A. Houdijk, Zorg & Mededinging; meer marktwerking, meer mededingingsrecht. Nederlands tijdschrift voor Europees recht, nr 7, juli 2004.
- (5) G.C. Beerepoot, 2008. De Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag. Gezondheidswetgeving in de praktijk. Bohn Stafleu van Loghum. E
- (6) ECLI:EU:C:2002:98.
- (7) A-G Leger. 10 juli 2001, C35/99, Jur. 2002, p 1529.
- (8) ECLI:EU:C:200:151.
- (9) ECLI:EU:C:2000:428
- (10) ECLI:EU:C:2002:97
- (11) ECLI:EU:C:2003:58
- (12) ECLI:EU:C:2003:430
- (13) ECLI:EU:C:2003:304
- (14) ECLI:EU:C:2004:150
- (15) Nr. C-67/96, Jur. 1999, p. 1-5751, C-115/97 t/m 117/97, Jur. 199, p. 1-6025 en C-219/97, Jur. 1999, p.5121.
- (16) HvJ 5 maart 2009 C-350/07
- (17) HvJ EU 3 maart 2011, nr C-437/09, PJ 2011/57
- (18) Arrest van 4 december 2014, zaak C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 FNV Kunsten