

Mededingingstoezicht op pensioenfondsen niet zo vanzelfsprekend

De Nederlandse Mededingingsautoriteit heeft in een beleidsregel van 19 mei 2009 formeel vastgelegd dat zij pensioenfondsen aanmerkt als onderneming in de zin van de Mededingingswet.¹ Met deze uitvoeringsregel beoogt de NMa eventuele onduidelijkheden over de toepassing van de Mededingingswet op pensioenfondsen weg te nemen. Bijvoorbeeld over de vraag hoe de omzet van het pensioenfonds moet worden bepaald in het kader van het concentratietoezicht. Behalve de controle op concentraties meent de NMa dat zij ook toezicht kan houden op de pensioensector ten aanzien van kartelvorming en het misbruiken van een economische machtspositie. De toepassing van deze mededingingsinstrumenten is echter niet vanzelfsprekend.

De timing van de NMa-uitvoeringsregel is bijzonder omdat precies een jaar geleden in *Het Financieele Dagblad* werd bericht dat zelfstandige ondernemingspensioenfondsen in toenemende mate kiezen voor aansluiting bij het bedrijfstakpensioenfonds uit hun sector.² Ook de zogenoemde 'vrijgestelde' ondernemingspensioenfondsen zouden hun zelfstandige status vrijwillig willen opgeven, omdat de verslagleggingseisen en verzwaarde pensioenregels een te grote druk op hen zouden leggen. Bijvoorbeeld de vakcentrale FNV in die periode mee dat zij haar pensioenfonds wilde overdoen aan het pensioenfonds Zorg en Welzijn (voorheen het PGGM).

Te basaal ondernemingsbegrip

Als gezegd is de toepassing van de mededingingsinstrumenten op pensioenfondsen niet vanzelfsprekend. In de eerste plaats hanteert de NMa een veel te basaal ondernemingsbegrip ten aanzien van pensioenfondsen. Weliswaar verwijst de NMa in de toelichting bij de beleidsregel naar de Europese rechtspraak,³ maar uit diezelfde rechtspraak blijkt dat *verplichtgestelde* bedrijfstak- en beroepspensioenfondsen zijn belast met een dienst van algemeen economisch belang (hierna in jargon ook: DAEB).

Desondanks is het juist dat ondernemingen die zijn belast met een dienst van algemeen economisch belang, economische activiteiten verrichten en zich daarmee kwalificeren als entiteiten die onder de mededingingsregels vallen. Alleen geldt voor DAEB-ondernemingen een gematigder mededingingsregime. De mededin-

gingsbepalingen zijn slechts op hun gedragingen van toepassing in zoverre deze – in casu de verplichtgestelde pensioenfondsen – niet verhinderen hun bijzondere taakopdracht te vervullen. Er is geen twijfel over mogelijk dat dit in de praktijk dergelijke fondsen ruimte biedt om zich te onttrekken aan de strenge normen van het mededingingsrecht. Die ruimte wordt alleen beperkt door de noodzaak en evenredigheid van het desbetreffende gedrag in het kader van hun taakuitoefening. Kortom, verplichtgestelde (bedrijfstak)pensioenfondsen kwalificeren zich niet als *gewone* maar als *bijzondere* ondernemingen. Dat verplichte pensioenen mededingingsrechtelijk bijzondere materie is, kan ook worden afgeleid uit de Nederlandse Mededingingswet. Hierin is nog eens ('extra') bepaald dat op overeenkomsten uitsluitend met betrekking tot pensioen, gesloten in het kader van een verplichte bedrijfstak- en beroepspensioenregeling, het kartelverbod niet van toepassing is (art. 16 onder b en c Mw). Dit is de codificatie van de zogenoemde cao-immuniteit (voor sociale partners!) zoals door het hof toegepast in het arrest Albany. Terzijde zij opgemerkt dat het hof in zijn oordeel in het arrest Pavlov niet zo ver ging dat een soortgelijke immuniteit ook zou moeten gelden voor het overeenkomen van verplichtgestelde beroepspensioenregelingen.

Wettelijk verplichte pensioenfondsen zijn bijzonder

Dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen bijzondere ondernemingen zijn, werd negen jaar geleden al duidelijk met de Wet Bpf 2000. In die wet zijn drie voorschriften opgenomen die de zogenoemde markt-en-overheidsproblematiek beogen te reguleren. Deze problematiek heeft betrekking op de spelregels die nodig zijn om gelijke concurrentieverhoudingen te bewerkstelligen in die situatie dat verplichte bedrijfstakpensioenfondsen in concurrentie treden met 'gewone' ondernemingen.

Voor de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen richt de markt-en-overheidsproblematiek zich op de relatie tussen het pensioenfonds en dochterondernemingen of verzekeraars waarmee een samenwerkingsverband is afgesloten (gelieerde verzekeraars), indien – naast de verplichte pensioenverzekering – producten worden aangeboden die niet wezenlijk verschillen van die van commerciële verzekeraars. Hierdoor is met andere verzekeraars ongelijkheid in concurrentiecondities mogelijk. Deze ongelijkheid in concurrentieverhoudingen kan tot uiting komen in: (i) de communicatie tussen verzekeringsdochter/gelieerde verzekeraar en deelnemer, (ii) de communicatie tussen bedrijfstakpensioenfonds en verzekeringsdochter/gelieerde verzekeraar en (iii) de communicatie tussen bedrijfstakpensioenfonds en deelnemer. De respectieve markt- en overheidsbepalingen (art. 5, 6 en 7 Wet Bpf 2000) dienen

1 Stcrt. van 27 mei 2009, nr. 95.

2 FD van 19 mei 2008, Pensioenfonds naar 'moeder'.

3 Zaak C-67/96, Albany, Jur. 1999, p. I-5751 en zaak C-180/98, Pavlov, Jur. p. I-6451.

ertoe om in die situaties gelijke concurrentieverhoudingen te bewerkstelligen.⁴

Indachtig de markt-en-overheidsbepalingen in de Wet Bpf 2000 en de wettelijke taakopdracht, rijst de vraag op welke kartelvorming of misbruik van economische machtspositie door verplichtgestelde (bedrijfstaking)pensioenfondsen de NMa zou doelen.

Concentratietoezicht door NMa lastig

Voor het concentratietoezicht heeft de notie van diensten van algemeen economisch belang ook consequenties voor het NMa-toezicht als verplichtgestelde (bedrijfstaking)pensioenfondsen zouden fuseren. Daargelaten de vraag of het niet wenselijk zou zijn als de beoordeling en goedkeuring van zo'n fusie uitsluitend door De Nederlandse Bank – als sector toezichthouder – zou plaatsvinden, geldt dat de NMa een eventuele fusie slechts kan verbieden als de bijzondere taakopdracht van een of beide fondsen niet in het gedrang komt. Dit volgt uit art. 41, lid 3 Mw dat de evenknie is van de zogenoemde DAEB-bepalingen voor het kartelverbod en misbruikverbod van economische machtspositie (respectievelijk art. 11 en 25 Mw).

De bewijslast in art. 41, lid 3 Mw ligt bij de NMa, zo blijkt uit de redactie van het artikel. Dit in tegenstelling tot een zogenoemd *efficiencyverweer* waar de bewijslast rust bij de verzoekende partijen. Het laat echter onverlet dat de NMa partijen kan verzoeken informatie aan te dragen waaruit al dan niet kan blijken dat de bijzondere taakopdracht wordt verhinderd. Maar hoe je het wendt of keert, ook het concentratietoezicht op ondernemingen belast met een DAEB, is aan minder strenge mededingingsnormen onderworpen dan het concentratietoezicht op gewone ondernemingen.

Ten aanzien van concentraties door pensioenfondsen zij nog het volgende opgemerkt. Een onderneming kan ten behoeve van zijn pensioenregeling kiezen voor het opzetten van een eigen ondernemingspensioenfonds, de regeling bij een verzekeraar onderbrengen of in de nabije toekomst bij een API (Algemene Pensioen Instelling). Wanneer de onderneming op grond van haar activiteiten affiniteit heeft met een bepaalde bedrijfstak kan zij in voorkomend geval ook aansluiting zoeken bij de regeling van het bedrijfstakpensioenfonds. Als echter sprake is van verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, heeft de onderneming geen keuze; deelneming in dat fonds is verplicht, tenzij de onderneming daarvan is vrijgesteld omdat zij bijvoorbeeld een eigen cao heeft.

Wanneer in het laatst genoemde geval een onderneming haar vrijstelling opgeeft, herleeft het wettelijk regime van verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds. Vanaf dat moment geldt dus de wettelijk verplichte pensioenregeling van de bedrijfstak. Als nu het ondernemingspensioenfonds wordt geliquideerd, moet het fonds alle opgebouwde aanspraken overdragen aan de nieuwe pensioenuitvoerder waarmee de

werkgever een uitvoeringsovereenkomst heeft gesloten. Aangezien het in dit voorbeeld gaat om een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, zal de collectieve waardeoverdracht in de praktijk eveneens aan dit fonds plaatsvinden. Het is onwaarschijnlijk dat een verzekeraar die opgebouwde rechten (zogenoemde premievrije aanspraken) zal overnemen. Een dergelijke concentratie aan het toezicht van de NMa onderwerpen lijkt weinig zinvol, omdat de concentratie voortvloeit uit de systematiek van wettelijk verplichte bedrijfstakpensioenfondsen. De NMa kan geen enkele invloed uitoefenen op dit proces. Bovendien zorgt die wettelijke regeling ervoor dat er geen concurrentie plaatsvindt op de markt; er is immers geen keus. En omdat er geen concurrentie plaats kan vinden, kan evenmin worden geoordeeld dat een dergelijke concentratie de 'daadwerkelijke mededinging' significant zou kunnen beperken. Het betreft hier overigens een groot deel van de markt; de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen vertegenwoordigen ten minste tweederde van het aantal mensen dat in Nederland deelneemt in collectieve pensioenregelingen.⁵

Wanneer het daarentegen een aansluiting betreft met een *niet-verplichtgesteld* bedrijfstakpensioenfonds, ligt het anders. In dat geval zijn er geen diensten van algemeen economisch belang in het geding. En kan de NMa een dergelijke transactie tussen 'gewone' ondernemingen in beginsel onderwerpen aan haar concentratietoezicht. Hierbij doet zich evenwel het volgende dilemma voor. Meent de NMa dat het samengaan van de fondsen leidt tot een ongewenste economische machtspositie op de relevante markt, dan zal de NMa de concentratie niet willen toestaan. Hierdoor wordt de werkgever waarschijnlijk gedwongen een andere pensioenuitvoerder te kiezen dan het vrijwillige (bedrijfstaking)pensioenfonds, en het is niet uitgesloten dat die pensioenuitvoerder minder prestaties levert dan het bedrijfstakpensioenfonds, dat immers niet voor niets de eerste/eigen keuze van de werkgever was. Het effect van de NMa-weigering raakt daarmee direct de belangen van de werkgever en de ondernemers, die als afnemers van de diensten van het bedrijfstakpensioenfonds kunnen worden beschouwd. En juist de belangen van afnemers/eindgebruikers beoogt de NMa vaak te beschermen.

Conclusie

Toezicht op pensioenfondsen door de NMa is bij lange na niet vanzelfsprekend. Als er geen diensten van algemeen economisch belang in het geding zijn, dan spelen ten minste de gerechtvaardigde en socialezekerheidsbelangen van werkgevers en werknemers een rol. Deze behoren bij uitstek tot het domein van de sociale partners. Bovendien houdt De Nederlandse Bank in dit verband al toezicht op het adequaat functioneren van pensioenfondsen. In zoverre diensten van algemeen economisch belang in het geding zijn, en dat geldt in ieder geval voor verplichtgestelde (bedrijfstaking)pensioenfondsen, kan de NMa slechts in beperkte mate de gedragingen van deze

4 J.J.M. Sluijs, Gereguleerde marktwerking van sociale zekerheidsbelangen, diss. VU, 2004, p. 140. Een wijziging van de markt-en-overheidsbepalingen, die onder andere 'mazen' dicht, is op handen (TK 2008-2009, 30413, nr. 125).

5 Einde oefening NMa, maar graag wel de filingfee betalen

fondsen onderwerpen aan een reguliere (economische) mededingingsbeoordeling. De NMa dient immers in wezen de publieke belangen te wegen, waarbij de principiële vraag rijst of dit niet marginaal dient te gebeuren. Want heeft een DAEB-onderneming niet een marginale beoordelingsruimte om te bepalen in hoeverre haar (al dan niet beperkende) gedrag noodzakelijk is in het kader van het vervullen van haar taakopdracht? Het is kortom de vraag of de NMa echt duidelijkheid heeft verschaft met haar 'apodictische' wijsheid over

het ondernemingbegrip. De *Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen* waarin de autoriteit de reikwijdte van het concept diensten van algemeen economisch belang lijkt te miskennen, is misschien een goede aanleiding om een breder debat te voeren over het NMa-toezicht bij DAEB's.

Mr. dr. J.J.M. Sluijs⁶

⁶ Jan-Koen J.M. Sluijs is advocaat bij GMW Advocaten in Den Haag.