CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL N. FENNELLY

van 11 mei 2000 *

1. In deze prejudiciële verwijzing is de vraag, of collectieve overeenkomsten betreffende de bijdragen van werkgevers in een vrijwillige aanvullende ziektekostenverzekering voor hun werknemers al dan niet onder de werking van de communautaire mededingingsregels vallen. In zijn arresten van verleden jaar in de zaken Albany, Brentjens en Drijvende Bokken verklaarde het Hof, dat artikel 85 EG-Verdrag (thans artikel 81 EG) niet van toepassing is op collectieve arbeidsovereenkomsten, althans wanneer daarmee zuiver sociale doelstellingen worden nagestreefd. [1]

I — De wettelijke regeling en de feiten

2. H. van der Woude is als hoofd technische dienst in dienst van de Stichting Beatrixoord, die een verzorgingstehuis exploiteert. Hij is geen lid van een vakbond. Zijn arbeidsovereenkomst werd evenwel ten tijde van de feiten mede beheerst door de collectieve arbeidsovereenkomst voor het ziekenhuiswezen (hierna: „CAO"). [2]

3. De Wet van 24 december 1927 op de collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: „CAO-wet") [3], zoals gewijzigd, bepaalt dat vertegenwoordigers van werknemers en werkgevers collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden mogen maken. Ingevolge artikel 14 van de CAO-wet is de werkgever die door een dergelijke overeenkomst gebonden is, verplicht de bepalingen ervan ook na te komen ten aanzien van werknemers die door die overeenkomst niet gebonden zijn.

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — Arresten Hof van 21 september 1999, Albany (C-67/96, Jurispr. blz. I-5751; hierna: „Albany"); Brentjens (C-115/97—C-117/97, Jurispr. blz. I-6025), en Drijvende Bokken (C-219/97, Jurispr. blz. I-6121). Gemakshalve worden die zaken hierna gezamenlijk aangeduid als „Albany".

2 — Hoewel de nationale rechter de overeenkomst waarom het in casu gaat, enkel aanduidt als de CAO, gaat het blijkens de schriftelijke opmerkingen van de Commissie meer bepaald om de CAO-Z. Teneinde verwarring te voorkomen, zal ik evenwel de door de nationale rechter gebruikte terminologie aanhouden. De CAO bleef van kracht tot uiterlijk 31 maart 1998.

3 — Stb. 415.

4. Artikel 32 van de CAO luidt als volgt:

„Ziektekostenregeling IZZ

1. De (...) werknemer kan deelnemen aan de collectieve ziektekostenregeling(en) IZZ.

De voorwaarden voor deelneming voor hem en zijn eventuele mededeelnemer(s) en de omvang van de verstrekking zijn geregeld in het Reglement Ziektekostenregeling van de Stichting IZZ [hierna: ‚Reglement'].

In dit Reglement is tevens de vaststelling van de premie geregeld. Het Reglement (...) wordt, na overleg met partijen bij deze CAO, vastgesteld en gewijzigd door het bestuur van de in lid 2 genoemde stichting.

De hoogte van de eventuele bijdrage(n) van de werkgever in de premie van de betreffende ziektekostenregeling(en) wordt vastgesteld door partijen bij deze CAO. (...)

2. De in lid 1 genoemde regelingen worden uitgevoerd door de Stichting Instituut Ziektekostenvoorziening Ziekenhuiswezen (IZZ). In het bestuur van deze stichting zijn partijen bij deze CAO vertegenwoordigd.

De stichting kan haar werkzaamheden geheel of gedeeltelijk doen uitvoeren door één of meer non-profitziektekostenverzekeraars.

3. De voor de deelname van de (voormalige) werknemer aan de ziektekostenregeling IZZ totaal verschuldigde premie per deelnemer wordt na overleg met partijen bij deze CAO door de Stichting IZZ vastgesteld en wordt door de werkgever gestort in het door voornoemde stichting beheerde Ziektekostenfonds, tenzij in het Reglement anders is bepaald."

5. Ingevolge de artikelen 1, lid 4, en 10, lid 1, van het Reglement hoeft de werkgever in feite enkel maandelijkse bijdragen te betalen voor (voormalige) werknemers die aan de IZZ-regeling deelnemen.

6. Artikel II, sub G, van de CAO bepaalt met betrekking tot de werkingssfeer ervan:

„Voor zover daarin niet anders is bepaald, is het de werkgever niet toegestaan af te wijken van de bepalingen van deze CAO of arbeidsvoorwaarden met de werknemer overeen te komen die in deze CAO geen regeling vinden."

7. Ingevolge artikel 32, lid 1, van de CAO is Beatrixoord verplicht, 50 % van de verschuldigde premie te betalen voor een werknemer die ervoor kiest zich aanvullend te verzekeren bij de Ziektekostenregeling IZZ.

8. In Nederland kan de minister van Sociale zaken ingevolge de Wet van 25 mei 1937 op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, de bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst voor een gehele bedrijfstak of in een gedeelte van het land algemeen verbindend verklaren. [4] Hoewel niet uit het verwijzingsvonnis blijkt, of de CAO algemeen verbindend is verklaard, lijkt de CAO desalniettemin bindend te zijn, nu het in het verwijzingsvonnis heet, dat „Beatrixoord (...) in beginsel gebonden [is] aan de in artikel 32 van de CAO opgenomen ziektekostenregeling".

9. IZZ oefent het verzekeringsbedrijf niet zelf uit. Zij heeft dit uitbesteed aan de Onderlinge Waarborgmaatschappij VGZ (hierna: „VGZ"). Zoals reeds gezegd, mag IZZ op grond van de CAO gebruik maken van de diensten van een non-profitziektekostenverzekeraar. In totaal zijn er circa 750 000 verzekerden (260 000 werknemers en hun gezinnen), waarvan naar schatting 40 % particulier verzekerd is.

10. In Nederland blijkt de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (hierna: „AWBZ"), die voor alle ingezetenen geldt, in gratis basisgezondheidszorg te voorzien. De Ziekenfondswet voorziet in aanspraak op geneeskundige diensten, voor zover met betrekking daartoe geen aanspraak bestaat ingevolge de AWBZ. Het betreft een verplichte ziekteverzekering die geldt voor werknemers met een lager inkomen dan 62 200 NLG per jaar. [5] In het algemeen is de werkgeversbijdrage vastgesteld op 50 %.

4 — Stb. 801.

5 — Degenen met een hoger inkomen dan 62 200 NLG vielen ten tijde van de feiten niet onder de Ziekenfondswet en konden zelf beslissen, of zij zich tegen de door die wet gedekte risico's verzekerden. Het inkomen van Van der Woude bleek die drempel niet te overschrijden.

11. Van der Woude (hierna: „verzoeker"), die thans deelneemt aan de IZZ-regeling, wenst zich aanvullend te verzekeren bij een andere ziektekostenverzekeraar, RZG. Hij betaalt in totaal per maand (inclusief de bijdrage van Beatrixoord) 133 NLG voor de basisverzekering en 33 NLG voor een aanvullende verzekering, welke premies bij RZG 128,50 NLG respectievelijk 19,50 NLG zouden bedragen. Aangezien hij uitgebreide tandheelkundige behandeling behoeft — zes kronen van ongeveer 800 NLG per stuk —, wil hij naar RZG overstappen. RZG zou de kosten van de gehele behandeling voor haar rekening nemen, terwijl hij onder de IZZ-regeling enkel recht heeft op een vergoeding van 450 NLG per stuk. De eventuele extra waarde van de dekking zou 2 100 NLG (dat wil zeggen zes keer 350 NLG) bedragen.

12. Verzoeker vorderde voor het Kantongerecht te Groningen (hierna: „nationale rechter"), dat Beatrixoord hem een bijdrage verleent in zijn aanvullende ziektekostenverzekering, ook al zou hij overstappen van IZZ naar RZG. Partijen bij de CAO kunnen worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG). Artikel 32 van de CAO beperkt de mededinging tussen aanbieders van ziektekostenverzekeringen voor particulieren, althans bevoordeelt een bepaalde onderneming (IZZ/VGZ) ten opzichte van haar concurrenten. De weigering van IZZ/VGZ om voormalige deelnemers die zich ooit elders verzekerden, wederom tot de regeling toe te laten, betekent een verdere beperking van de mededinging. Voorts is — aldus nog steeds verzoeker — door het in het leven roepen van IZZ/VGZ ten behoeve van laatstgenoemde een machtspositie gecreëerd, waarvan zij misbruik maakte door lagere uitkeringen te verstrekken en hogere premies te verlangen dan andere ziektekostenverzekeraars.

13. Naar het oordeel van de nationale rechter kan Beatrixoord slechts worden verplicht een bijdrage voor een andere verzekering te verstrekken, indien de betreffende CAO-regeling nietig is. Volgens het verwijzingsvonnis „is derhalve bepalend de (...) vraag, of het samenstel van artikel II, sub G (...) en artikel 32 (...) van de CAO in strijd is met het bepaalde in de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag". Hij heeft het Hof de volgende vraag voorgelegd:

„Is het samenstel van artikel II, sub G (waarin is bepaald dat van deze CAO niet mag worden afgeweken) en artikel 32 (de ziektekostenregeling) van de CAO in strijd met het bepaalde in de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag?"

14. Na de uitspraak van het arrest Albany, die plaatsvond nadat het verwijzingsvonnis was gewezen, liet de nationale rechter in

antwoord op een vraag van het Hof weten, dat hij zijn verwijzing handhaafde. Hij merkt op, dat in tegenstelling tot de zaken die tot het arrest Albany hebben geleid, het verzekeringsbedrijf in casu was uitbesteed aan IZZ, die op haar beurt voor de desbetreffende verzekeringsdekking een beroep deed op VGZ, „een commerciële verzekeraar". Uit de door de nationale rechter verstrekte gegevens bleek evenwel niet, dat VGZ geen onderlinge waarborgmaatschappij zou zijn, zoals zij in de opmerkingen van de Nederlandse regering wordt omschreven.

II — Opmerkingen

15. Schriftelijke en mondelinge opmerkingen zijn ingediend door verzoeker, het Koninkrijk der Nederlanden, het Koninkrijk Zweden, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland en de Commissie. Die opmerkingen kunnen in het kort worden samengevat als volgt.

16. Verzoeker stelt als enige, dat artikel 85 EG-Verdrag op de CAO van toepassing moet worden geacht. Zijns inziens moet de door het Hof in het arrest Albany aanvaarde uitzondering op de toepassing van dat artikel stricto sensu worden uitgelegd en geldt zij niet voor ziektekostenverzekeringen. Terwijl pensioenen deel uitmaken van de rechtstreekse beloning voor arbeid, maakt de betaling van een bijdrage in een ziektekostenverzekering geen deel uit van de kernpunten van wat normaliter in CAO's wordt geregeld. Bovendien behoeft de verstrekking van een dergelijke verzekering niet van dat artikel te worden uitgesloten, aangezien, anders dan bij pensioenen, waar een groot fonds in stand moet worden gehouden om te voldoen aan eventuele toekomstige verplichtingen, de toekomstige verplichtingen van ziektekostenverzekeraars en derhalve de door hen te heffen premies met veel grotere zekerheid kunnen worden bepaald.

17. De Nederlandse regering, ondersteund door de Zweedse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie, stelt, dat collectieve overeenkomsten die de verstrekking van een aanvullende ziektekostenverzekering regelen, deel uitmaken van het stelsel van industriële democratie waarmee de rechten van werknemers moeten worden beschermd en binnen de werkingssfeer vallen van wat normaliter door CAO's wordt bestreken. Werkgevers mogen zich bezighouden met de vraag, of de ziektekostenverzekering van een werknemer adequaat is.

III — Analyse

18. Verzoeker klaagt in wezen, dat het Beatrixoord op grond van de CAO-regeling zoals die door IZZ en VGZ wordt toegepast, niet is toegestaan de werkgeversbijdrage aan een andere verzekeringsonderneming van verzoekers keuze te betalen. Het staat hem uiteraard vrij naar een andere verzekeraar over te stappen, doch

hij kan dan niet voor de werkgeversbijdrage in aanmerking komen. Bovendien wordt een werknemer die van dit recht gebruik heeft gemaakt, niet meer tot de IZZ-regeling toegelaten.

A — *Artikel 85 EG-Verdrag*

19. De centrale vraag in casu is, of voor een bepaling als artikel 32 van de CAO artikel 85 EG-Verdrag geldt. Derhalve moeten 's Hofs overwegingen in het arrest Albany in herinnering worden gebracht. Het is evenwel niet mijn bedoeling om opnieuw stil te staan bij de belangrijke principiële kwesties waarover het Hof in dat arrest uitspraak heeft gedaan. Ik wil enkel nagaan, of het onderhavige geval onder die beginselen valt, dan wel daarvan kan worden onderscheiden. In het arrest Albany ging het om de verplichte deelneming van werkgevers en werknemers in een bedrijfspensioenfonds. Volgens sommige werkgevers verstoorde het fonds de mededinging, omdat het ondernemingen in de betrokken bedrijfstak het recht ontnam in een ander fonds deel te nemen en het andere verzekeraars dan het bij de betrokken collectieve overeenkomsten opgerichte fonds uitsloot van een „wezenlijk deel van de markt van pensioenverzekeringen". [6]

20. Met betrekking daartoe ging het Hof eerst na, of een collectief besluit tot oprichting van een verplicht pensioenfonds binnen de werkingssfeer van artikel 85 EG-Verdrag viel. Nadat het de leden 1 en 2 van dat artikel in herinnering had gebracht, formuleerde het Hof een zeer belangrijke uitzondering op de materiële werkingssfeer van de onder die bepalingen vallende overeenkomsten. Aan de redenering van het Hof ligt een brede schematische analyse van het Verdrag als geheel ten grondslag. De punten die de kern van die redenering vormen, verdienen het volledig te worden aangehaald, aangezien zij van doorslaggevend belang zijn voor de beslechting van het onderhavige geding [7]:

„54 [Er] dient te worden bedacht, dat volgens artikel 3, sub g en i, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3, lid 1, sub g en j, EG) het optreden van de Gemeenschap niet alleen ‚een regime [omvat] waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst', maar ook ‚een beleid op sociaal gebied'. Artikel 2 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 2 EG) bepaalt immers, dat de Gemeenschap onder meer tot taak heeft ‚het bevorderen van een harmonische en evenwichtige ontwikkeling van de economische activiteit' en van ‚een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming'.

55 Dienaangaande bepaalt artikel 118 EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG-143 EG), dat de Commissie tot taak heeft

6 — Arrest Albany, punt 48. Gemakshalve zal hierna enkel naar punten van dit arrest worden verwezen.

7 — Punten 54-60.

tussen de lidstaten een nauwe samenwerking op sociaal gebied te bevorderen, met name op het terrein van het recht zich te organiseren in vakverenigingen en van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers.

56 Artikel 118 B EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG-143 EG) voegt daaraan toe, dat de Commissie zich beijvert de dialoog tussen de sociale partners op Europees niveau verder te ontwikkelen, hetgeen, als deze laatsten zulks wenselijk achten, tot contractuele betrekkingen kan leiden.

57 Voorts wordt in artikel 1 van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek (PB 1992, C 191, blz. 91) verklaard, dat de Gemeenschap en de lidstaten zich onder meer ten doel stellen de verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden, een adequate sociale bescherming, de sociale dialoog, de ontwikkeling van de menselijke hulpbronnen om een duurzaam hoog werkgelegenheidsniveau mogelijk te maken, en de bestrijding van uitsluiting.

58 Overeenkomstig artikel 4, leden 1 en 2, van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek, kan de dialoog tussen de sociale partners op communautair niveau, indien de sociale partners zulks wensen, leiden tot contractuele betrekkingen, met inbegrip van overeenkomsten, waarvan de tenuitvoerlegging geschiedt hetzij volgens de procedures en gebruiken die eigen zijn aan de sociale partners en aan de lidstaten, hetzij, op gezamenlijk verzoek van de ondertekenende partijen, door een besluit van de Raad op voorstel van de Commissie.

59 Hoewel een zekere mededingingsbeperkende werking eigen is aan collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties, zou de verwezenlijking van de met dergelijke overeenkomsten nagestreefde doelstellingen van sociale politiek ernstig worden belemmerd indien de sociale partners bij hun gezamenlijke inspanning de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren, zich aan artikel 85, lid 1, van het Verdrag moesten houden.

60 Uit een nuttige en coherente uitlegging van de bepalingen van het Verdrag, gelezen in hun onderling verband, volgt derhalve, dat overeenkomsten die, met dergelijke doelstellingen, in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten, wegens hun aard en hun doel moeten worden geacht niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag te vallen."

21. De conclusie die volgt uit het laatste punt van bovenstaande aanhaling, luidt dat „overeenkomsten die (...) in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten" en waarmee „doelstellingen van sociale politiek" worden nagestreefd, „buiten de werkingssfeer

van artikel 85, lid 1, van het Verdrag" vallen. De uitzondering is dus kennelijk niet beperkt tot overeenkomsten betreffende de verplichte deelneming in bedrijfspensioenfondsen.

22. Het Hof ging vervolgens na, „of aard en doel van de in geding zijnde overeenkomst rechtvaardig[d]en, dat deze buiten de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag [viel]". [8]

Het stelde in de eerste plaats vast, dat:

„de in geding zijnde overeenkomst, juist zoals de categorie van bovenbedoelde, uit de sociale dialoog voortgekomen overeenkomsten, is gesloten in de vorm van een collectieve overeenkomst en het resultaat is van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties". [9]

De overeenkomst voldeed dus aan de eerste voorwaarde.

23. Het Hof stelde vervolgens vast: [10]

„Wat (...) het doel ervan betreft, roept de in geding zijnde overeenkomst een aanvullende pensioenregeling voor een bepaalde bedrijfstak in het leven, beheerd door een pensioenfonds waarbij aansluiting verplicht kan worden gesteld. Een dergelijke regeling beoogt over het geheel genomen, aan alle werknemers in de bedrijfstak een bepaald pensioenniveau te verzekeren, en draagt daarmee rechtstreeks bij aan de verbetering van een van de arbeidsvoorwaarden van die werknemers, namelijk hun beloning."

De overeenkomst voldeed dus ook aan de tweede voorwaarde.

Derhalve viel die overeenkomst volgens het Hof „wegens haar aard en doel buiten de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag". [11]

24. Het staat buiten kijf, dat de CAO een collectieve overeenkomst is; aldus wordt zij in het verwijzingsvonnis omschreven. [12] Qua vorm en aard voldoet zij derhalve duidelijk aan het eerste vereiste voor toepassing van de uitzondering. Nagegaan moet ook worden, of de overeenkomst een doel heeft waardoor zij voldoet aan de tweede door het Hof in het arrest Albany gestelde voorwaarde, te weten dat daarmee doelstellingen van sociale politiek

8 — Punt 61.
9 — Punt 62.
10 — Punt 63.
11 — Punt 64.
12 — De Nederlandse regering wijst erop, dat partijen bij de CAO enerzijds 6 werkgeversorganisaties en anderzijds 28 werknemersorganisaties zijn.

worden nagestreefd die rechtvaardigen, dat zij buiten de werkingssfeer van de mededingingsregels valt. [13]

25. Een pensioen staat wellicht in nauwer verband met lonen in de zin van rechtstreekse beloning dan een ziektekostenverzekering. Dit volstaat evenwel niet om een overeenkomst inzake ziektekostenverzekeringen het karakter te ontnemen van een overeenkomst die verband houdt met arbeidsvoorwaarden. Een tussen vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers gesloten overeenkomst betreffende ziektekostenverzekeringen heeft tot doel, de arbeidsvoorwaarden van de werknemers te verbeteren. Dit geschiedt zowel direct als indirect doordat de ongerustheid over de betaling van ziektekosten wordt weggenomen of wordt verminderd.

26. Ook werkgevers hebben er een gerechtvaardigd belang bij, te verzekeren dat hun werknemers zich passende medische verzorging kunnen veroorloven, om zo het aantal ziektedagen tot een minimum te beperken. Zoals de gemachtigde van het Verenigd Koninkrijk ter terechtzitting betoogde, kunnen sociale onderhandelingen onder meer als voordeel hebben, dat de kosten die een werknemer anders voor zijn rekening zou moeten nemen, worden gereduceerd. De concessie van werkgeverszijde in het kader van de CAO had in feite een verhoging van het salaris van werknemers als verzoeker tot gevolg. Aangenomen mag worden, dat de werkgevers in de betrokken bedrijfstak zonder een collectieve overeenkomst niet zouden hebben ingestemd met de betreffende bijdrage of althans met een bijdrage van hetzelfde niveau (50 %).

27. Verzoeker baseerde zich ter terechtzitting op de door advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie in de zaak Albany aangelegde maatstaf. Ik zie geen discrepantie tussen zijn benadering en die van het Hof wat de legitieme werkingssfeer ratione materiae van collectieve overeenkomsten betreft. Volgens zowel de advocaat-generaal als het Hof was het toelaatbaar, dat collectieve overeenkomsten betrekking konden hebben op „arbeidsvoorwaarden" en daarin niet uitsluitend aangelegenheden werden geregeld die rechtstreeks verband hielden met lonen. [14] Mijns inziens vormen ziektekostenverzekeringen voor werknemers een van de legitieme „kernpunten van collectief onderhandelen". [15] Voor het tegenovergestelde standpunt zijn geen argumenten van betekenis aan te voeren.

28. Verzoeker stelt, dat de in het arrest Albany neergelegde uitzondering strikt moet worden uitgelegd en inzonderheid in overeenstemming met het evenredigheids-

13 — De regering van het Verenigd Koninkrijk verzocht het Hof ter terechtzitting te verduidelijken, of die uitzondering op de toepassing van artikel 85 EG-Verdrag gold voor overeenkomsten tussen de sociale partners die op het niveau van de onderneming en niet op het niveau van de bedrijfstak waren gesloten. Hoewel dit punt in casu niet aan de orde is gesteld, zie ik voorshands in beginsel geen reden om dergelijke overeenkomsten, die — naar het Hof is meegedeeld — in het Verenigd Koninkrijk veelvuldig worden gesloten, uit te sluiten van de in het arrest Albany geformuleerde uitzondering, op voorwaarde dat zij het resultaat zijn van echt collectief onderhandelen tussen vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers en enkel betrekking hebben op arbeidsvoorwaarden.

14 — Zie inzonderheid punt 182 van de conclusie.

15 — T.a.p., punt 178.

beginsel moet zijn. Dit is ongetwijfeld juist. Hij stelt evenwel ook, dat de verplichtingen waarvoor een fonds moet worden bijeengebracht, bij een ziektekostenverzekering aanzienlijk makkelijker zijn te berekenen dan bij een aanvullend pensioenstelsel. Wordt een verzekeringsdienst door een derde geleverd, dan dienen zelfs echte collectieve overeenkomsten enkel van de werkingssfeer van artikel 85 EG-Verdrag te worden uitgesloten, voor zover het de uitkering van pensioenen betreft of althans situaties waarin voor de te verstrekken verzekering een groot reservefonds moet worden opgezet en in stand moet worden gehouden. Zijns inziens is dit met aanvullende ziektekostenverzekeringen niet het geval.

29. Ik zie niet op welke logica of ondervinding een dergelijk onderscheid is gebaseerd. Ongetwijfeld moeten bij de bepaling van de hoogte van de bijdragen in de pensioenfondsen respectievelijk ziektekostenregelingen op verschillende basisgegevens verschillende rekenmethodes worden toegepast. Desalniettemin zijn zowel pensioenfondsen als ziektekostenregelingen erop gericht, aan individuen die deel uitmaken van een groep bescherming te bieden, waarmee uitdrukking wordt gegeven aan een sociale noodzaak. De Nederlandse regering heeft gewezen op de belangrijke sociale rol die collectieve overeenkomsten in Nederland spelen waar het gaat om het verschaffen van aanvullende ziektekostenverzekeringen. Zij doelt op de relatief geringe graad van verplichte dekking krachtens de AWBZ en het feit dat veel werknemers met een hoger inkomen niet onder de dekking van de Ziekenfondswet vallen.

30. In dergelijke omstandigheden moet worden aangenomen, dat de overeenkomst valt onder de door het Hof in het arrest Albany geformuleerde uitzondering op de toepassing van artikel 85 EG-Verdrag. Of VGZ al dan niet een onderlinge waarborgmaatschappij is, is niet van doorslaggevend belang; het Hof heeft verklaard, dat „het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd". [16] Een orgaan zonder winstoogmerk kan worden aangemerkt als een onderneming wanneer het een facultatief aanvullend pensioenstelsel beheert. [17] Hoewel ik het dus eens ben met de opvatting die advocaat-generaal Jacobs recentelijk onder woorden heeft gebracht in zijn conclusie in de zaak Pavlov e.a. [18], dat de „bijzondere immuniteit voor collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers niet kan worden uitgebreid tot of naar analogie toegepast op andere typen overeenkomsten of besluiten", is in casu van een dergelijke uitbreiding geen sprake, omdat de overeenkomst alleszins binnen de materiële werkingssfeer van de in het arrest Albany geformuleerde uitzondering op de toepassing van artikel 85 EG-Verdrag valt. In het onderhavige geval gaat het eigenlijk om de afzonderlijke vraag, of voor de toepassing van de uitzondering werkgevers en werknemers verantwoordelijk moeten zijn voor de tenuitvoerlegging van de voorwaarden van wat in beginsel een overeenkomst zou zijn waarvoor de in

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

17 — Arrest van 16 november 1995, Fédération française des sociétés d'assurance e.a., C-244/94, Jurispr. blz. I-4013, punt 22.

18 — Zie conclusie van 23 maart 2000 in zaak Pavlov e.a., C-180/98—C-184/98 (arrest nog niet gewezen), punt 99.

het arrest Albany geformuleerde uitzondering geldt.

31. Naar is gebleken, klaagt verzoeker in wezen (zoals ter terechtzitting duidelijk werd) niet zozeer, dat op grond van de CAO een vaste werkgeversbijdrage in een aanvullende ziektekostenverzekering was vereist, als wel dat de werkgevers werden verplicht die bijdrage aan een bepaalde verzekeraar te betalen, te weten IZZ of haar gevolmachtigde. Verzoeker wil dus in feite zowel profiteren van de collectieve verbintenis van de werkgevers om een bijdrage van 50 % te verstrekken als vrij zijn om te bepalen aan wie die bijdrage moet worden betaald. Hieruit blijkt nog eens het belang dat de nationale rechter hecht aan de kwestie, of de uitbesteding van de betrokken verzekeringsactiviteit aan IZZ/VGZ van invloed is op de toepasselijkheid van het in het arrest Albany geformuleerde beginsel, aan welk belang hij uitdrukking heeft gegeven in zijn antwoord op de door het Hof gestelde vraag (supra, punt 14).

32. Een dergelijke aanzienlijke beperking van collectieve onderhandelingen die buiten de werkingssfeer van artikel 85 EG-Verdrag vallen, zou noodzakelijkerwijs werkgevers en werknemers in hun vrijheid beperken om door middel van dergelijke overeenkomsten consensus over arbeidsvoorwaarden na te streven. Voorts zou de aan collectief onderhandelen inherente solidariteit worden ondermijnd. Mijns inziens is de in het arrest Albany vastgestelde uitzondering, die is gebaseerd op de noodzaak om de doeltreffendheid te verzekeren van echte collectieve overeenkomsten op het gebied van arbeid, ruim genoeg om overeenkomsten als de CAO te omvatten. In dit verband is vermeldenswaardig, dat het Hof bij de afbakening van de omvang van de uitzondering op de toepassing van artikel 85 EG-Verdrag in het arrest Albany, de derde door advocaat-generaal Jacobs gestelde voorwaarde niet, althans niet met zoveel woorden, heeft aanvaard, te weten dat de betrokken collectieve overeenkomst niet „rechtstreeks van invloed [zou moeten zijn] op de betrekkingen tussen werkgevers en derden, zoals afnemers, leveranciers, concurrerende werkgevers of consumenten". [19] Dat wil niet zeggen, dat collectieve overeenkomsten die de mededinging merkbaar beïnvloeden, niet vatbaar zijn voor „mededingingstoetsing door de Commissie of andere bevoegde instanties" [20], aangezien de in het arrest Albany vastgestelde uitzondering als uitzondering op het algemene toepassingsgebied van artikel 85 EG-Verdrag strikt moet worden uitgelegd. [21] Zij die stellen schade te ondervinden door dergelijke mededingingsverstorende beperkingen, zoals verzoeker, kunnen die beperkingen altijd aanvechten op grond dat met de overeenkomst geen echte sociale doelstelling wordt nagestreefd, aangezien de uit de overeenkomst of uit de toepassing ervan voortvloeiende beperkingen verder gaan dan is vereist voor het nastreven van de doelstelling ervan.

33. Mijns inziens is het evenwel toegestaan, dat werkgevers en werknemers collectieve

19 — Punt 193 van de conclusie bij het arrest Albany.

20 — T.a.p.

21 — Zie het soortgelijke standpunt dat advocaat-generaal Jacobs heeft ingenomen in zijn conclusie in de zaak Pavlov e.a., reeds aangehaald in voetnoot 18, inzonderheid punt 101.

afspraken maken over een bepaald aspect van de arbeidsvoorwaarden, zoals de verstrekking van pensioenen of een ziektekostenverzekering, en deelneming aan die overeenkomst — rechtstreeks, zoals in het arrest Albany, of indirect, zoals in casu het geval blijkt te zijn — door een lidstaat verplicht wordt gesteld. Hieruit volgt, dat partijen bij een dergelijke overeenkomst het recht moeten hebben om een afzonderlijke entiteit als IZZ in het leven te roepen teneinde uitvoering aan die overeenkomst te geven. Dat een dergelijke entiteit een andere verzekeraar contracteert, is niet van invloed op de uitsluiting van de onderliggende collectieve overeenkomst van artikel 85 EG-Verdrag. Het algemene profijt dat een collectieve overeenkomst voor werknemers oplevert, zou in gevaar komen wanneer elke individuele werknemer zijn eigen belang zou mogen nastreven door zijn eigen bijdrage en die van zijn werkgever aan die regeling te onttrekken op zoek naar alternatieve concurrerende aanbiedingen en door tegelijkertijd aanspraak te maken op het recht om enkel opnieuw in die regeling te worden opgenomen wanneer de voorwaarden ervan aantrekkelijker zouden zijn. Een dergelijk „à la carte"-gedrag van werknemers zou de beginselen ondermijnen die normaliter voor onderlinge verzekeringen gelden.

34. Wordt artikel 85 toegepast op neerwaartse overeenkomsten als die tussen IZZ en VGZ, waarmee enkel een derde wordt belast met de verantwoordelijkheid om de door de collectieve overeenkomst vereiste verzekeringsdekking te verstrekken, dan zou zulks tot gevolg hebben dat de autonomie van de bij het collectieve-onderhandelingsproces betrokken partijen werd ondermijnd. Derhalve ben ik het niet eens met verzoeker, dat het gemeenschapsrecht vereist, dat dergelijke overeenkomsten worden aanbesteed. Om die reden is de uitzondering op de toepassing van artikel 85 EG-Verdrag niet beperkt tot aangelegenheden die partijen bij de overeenkomst zelf kunnen uitvoeren.

35. Zouden anderzijds de voorwaarden van de volmacht verder gaan dan noodzakelijk is ter bereiking van de sociale doelstelling van de overeenkomst, bijvoorbeeld wanneer de commerciële verzekeraar ook andere verzekeringsdiensten moest verrichten enkel ten voordele van de werkgevers, dan zou er geen reden zijn waarom de overeenkomst niet binnen de werkingssfeer van artikel 85 EG-Verdrag zou vallen. In de stukken van de onderhavige zaak is niet aangevoerd, dat het aan VGZ gegunde contract meer inhoudt dan het verstrekken van de in de CAO overeengekomen verzekeringsdekking. Verzoekers bewering, dat het niveau van de door IZZ via VGZ verrichte dienst lager is dan dat van concurrenten van VGZ, kan, ook al zou zij door de nationale rechter worden geschraagd, de keuze van VGZ als dienstverrichter niet onder artikel 85 EG-Verdrag doen vallen. Afgezien van de mogelijke toepassing van artikel 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG) op IZZ/VGZ, staat het in feite aan de partijen bij de CAO, die uiteraard vertegenwoordigd zijn in het bestuur van IZZ, om na te gaan of de verrichte dienst passend is.

B — *Artikel 86 EG-Verdrag*

36. In de door de nationale rechter voorgelegde vraag wordt ook verwezen naar artikel 86 EG-Verdrag. Vermelding verdient, dat verzoeker in zijn bij het Hof ingediende opmerkingen zijn argumenten uitsluitend ontleent aan de beweerde schending van artikel 85 EG-Verdrag en beantwoording van de vraag niet nodig acht voor zover die betrekking heeft op artikel 86 EG-Verdrag. Gezien mijn bovengenoemd standpunt inzake de niet-toepasselijkheid van artikel 85 EG-Verdrag op een collectieve overeenkomst als de CAO, zou het ongetwijfeld nuttig zijn voor de nationale rechter, wanneer diens vraag betreffende de mogelijke toepassing van artikel 86 EG-Verdrag eveneens werd onderzocht.

37. Om te beginnen zij opgemerkt, dat de door het Hof in het arrest Albany vastgestelde uitzondering op de toepassing van artikel 85 EG-Verdrag, zich niet uitstrekt tot artikel 86 EG-Verdrag. In antwoord op de eerste prejudiciële vraag in de zaak Albany verklaarde het Hof, dat een bedrijfspensioenfonds „een economische activiteit verricht[te] en daarbij met verzekeringsmaatschappijen concurreer[de]", en dat derhalve „het ontbreken van winstoogmerk, alsmede de solidariteitsaspecten waarop het (...)fonds en de regeringen zich hebben beroepen, niet voldoende [zijn] om het (...)fonds zijn hoedanigheid van onderneming in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag te ontnemen".[22] Hoewel dergelijke voorwaarden „het uitsluitend recht van een dergelijk orgaan om een aanvullende pensioenregeling te beheren, [zouden] kunnen rechtvaardigen", beletten zij niet, dat de activiteit van het fonds als een economische activiteit werd aangemerkt.[23] Vervolgens onderzocht het Hof het door de derde prejudiciële vraag aan de orde gestelde geschilpunt, namelijk of artikel 86 EG-Verdrag, gelezen in samenhang met artikel 90 EG-Verdrag (thans artikel 86 EG), eraan in de weg stond, dat aan een dergelijk pensioenfonds het uitsluitend recht werd verleend een aanvullende pensioenregeling te beheren. Het is derhalve duidelijk, dat, in weerwil van de met de regeling nagestreefde sociale doelstelling, voor de activiteiten van het fonds artikel 86 gold.

38. In haar schriftelijke opmerkingen wijst de Commissie erop, dat, nu wordt aangenomen dat de resultaten van echte collectieve onderhandelingen tussen de sociale partners met betrekking tot arbeidsvoorwaarden buiten de werkingssfeer van artikel 85 EG-Verdrag vallen, het Hof terughoudend moet zijn om te concluderen, dat hun activiteiten een inbreuk op artikel 86 EG-Verdrag vormen. Ik deel de bezorgdheid die aan deze verklaring ten grondslag ligt. Terwijl er uiteraard nimmer sprake kan zijn van een „ontheffing" van het verbod van misbruik van een machtspositie, moeten handelingen die enkel worden verricht in het kader van het nastreven van een sociale doelstelling door een orgaan dat is opgericht krachtens een collectieve arbeidsovereenkomst en dat een machtspositie

22 — Arrest Albany, punten 84 en 85.

23 — Arrest Albany, punt 86. Zie eveneens de conclusie van advocaat-generaal Jacobs bij het arrest Pavlov e.a., aangehaald in voetnoot 18, punt 175.

inneemt, niet zonder meer als misbruik worden gekwalificeerd. Enkel indien de betwiste handelingen verder gaan dan ter bereiking van die doelstelling is vereist en niet anderszins gerechtvaardigd kunnen worden, kan er van misbruik sprake zijn.

39. In casu behoeft alleen artikel 86 EG-Verdrag te worden onderzocht, aangezien in de CAO aan IZZ geen uitsluitend recht is verleend en noch de nationale rechter, noch verzoeker artikel 90 EG-Verdrag heeft genoemd. Afgezien van het aantal bij IZZ verzekerde personen, heeft de nationale rechter het Hof geen nauwkeurige informatie verstrekt met betrekking tot de markt waarop IZZ een machtspositie zou moeten innemen. Hoewel het, inzonderheid in het licht van het arrest Albany, duidelijk is, dat IZZ als een onderneming in de zin van artikel 86 kan worden aangemerkt en ook al mag, zoals verzoeker in redelijkheid stelt, worden aangenomen dat het verstrekken van een ziektekostenverzekering aan werknemers een aparte deelmarkt voor verzekeringen vormt waarvan de geografische grenzen samenvallen met het grondgebied van Nederland, de stukken bevatten onvoldoende inlichtingen voor het Hof om een duidelijk standpunt te kunnen innemen over de relatieve macht op de markt waarover IZZ via haar contract met VGZ beschikt ten opzichte van concurrerende verzekeraars als RZG, de door verzoeker gekozen verzekeraar. Derhalve kan de onderhavige zaak worden onderscheiden van de zaak Albany, waar het Hof verklaarde, dat „[e]en bedrijfspensioenfonds (...), dat een uitsluitend recht heeft een aanvullende pensioenregeling te beheren in een tak van nijverheid in een lidstaat, dat wil zeggen op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, (...) dan ook [kan] worden geacht een machtspositie in te nemen in de zin van artikel 86 van het Verdrag".[24] Het staat derhalve aan de nationale rechter om uit te maken, of IZZ ondanks de mededinging van concurrerende verzekeraars als RZG waarmee zij te maken had, toch een zodanige economische machtspositie innam dat zij in staat kon worden geacht zich jegens haar concurrenten onafhankelijk te gedragen en dus een machtspositie in de zin van artikel 86 EG-Verdrag in te nemen.[25] De eventuele macht van IZZ/VGZ op de markt zou enkel kunnen resulteren uit haar „uitsluitend" recht op werkgeversbijdragen ingeval de werknemer ervoor koos een aanvullende ziektekostenverzekering bij IZZ af te sluiten. Zonder een dergelijke macht op de markt kon van een mogelijk misbruik in de zin van artikel 86 EG-Verdrag geen sprake zijn.

40. Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen uiteenzet, wordt voorts de theorie van economische afhankelijkheid, waarop verzoeker zijn stelling lijkt te baseren dat IZZ een machtspositie bekleedde, door de dossierstukken niet gesubstantieerd. Het enkele feit dat de door IZZ geheven premie voor een werknemer als verzoeker 69 NLG lager zou uitvallen dan die welke RZG aanbiedt (zonder de werkgeversbijdrage mee te tellen), betekent op zich niet, dat dergelijke werknemers voor een aanvullende ziektekostenverzekering economisch afhankelijk zijn van IZZ. Gezien het feit dat RZG hem 2 100 NLG meer voor zijn voorgenomen tandheelkundige behandeling zou vergoeden dan IZZ, valt in het geval van verzoeker moeilijk in te zien hoe hij enkel wegens de maandelijkse extra premie van 69 NLG voor zijn

24 — Arrest Albany, punt 92.

25 — Deze omschrijving van machtspositie gaf het Hof in het arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche (85/76, Jurispr. blz. 461, punt 38).

aanvullende ziektekostenverzekering economisch afhankelijk zou zijn van IZZ, tenzij wellicht zijn salaris erg laag is. De dossierstukken staven beslist niet de bewering, dat IZZ dankzij de CAO een machtspositie bekleedde.

41. Zelfs al was ten genoegen van de nationale rechter aangetoond, dat IZZ een machtspositie innam op de Nederlandse ziektekostenverzekeringsmarkt, dan nog zou verzoeker voor de vaststelling van een inbreuk op artikel 86 EG-Verdrag moeten aantonen, dat IZZ misbruik van die machtspositie had gemaakt. Het enkele feit dat de door IZZ geheven premie — wanneer de werkgeversbijdrage werd meegeteld — hoger zou kunnen uitvallen dan de door RZG geheven premie en dat de door IZZ verstrekte dekking op bepaalde punten schijnbaar minder volledig was dan die van RZG, levert als zodanig geen bewijs op van misbruik van een machtspositie. Dit zou inzonderheid wel het geval zijn als, zoals de Nederlandse regering en de Commissie ter terechtzitting betoogden, het IZZ-stelsel was gebaseerd op het beginsel van solidariteit of gemeenschappelijke lasten, waardoor de „premie" bestaande uit de door zowel de werkgever als de werknemer te betalen bijdragen, onveranderd bleef en niet was gerelateerd aan het risico in verband met de gezondheid en leeftijd van individuele werknemers. Ter uitvoering van een dergelijk beleid kan het noodzakelijk zijn, dat een verzekeraar de omvang van de dekking van bepaalde kosten van medische of tandheelkundige behandeling beperkt.

42. Evenzo kunnen voorschriften die eraan in de weg staan, dat werknemers die ervoor kiezen zich bij een andere verzekeraar dan IZZ te verzekeren, wederom in de regeling worden opgenomen, worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de solidariteit te handhaven. Zou het werknemers vrijstaan naar goeddunken of met weinig restricties van de ene naar de andere verzekeraar over te stappen, dan zou het voor concurrerende verzekeraars als RZG ongetwijfeld makkelijk zijn, de betere risico's af te romen. [26] Gesteld dat ten genoegen van de nationale rechter is aangetoond, dat IZZ een machtspositie bekleedt ten voordele van VGZ, dan zou hij evenwel moeten uitmaken, of de restrictieve voorschriften van IZZ betreffende de mogelijkheid voor voormalige deelnemers om wederom tot de regeling te worden toegelaten, gerechtvaardigd waren. Daarbij zou hij bijzondere aandacht moeten besteden aan de vraag, of de regeling zonder die voorschriften kon functioneren en of de voorschriften op eenvormige en consistente wijze werden toegepast. [27]

43. Gelet op een en ander, was er mijns inziens, althans op basis van de in de stukken van het dossier vervatte informatie, in het onderhavige geval geen sprake van misbruik van een machtspositie.

26 — Zie dienaangaande inzonderheid arrest Albany, punt 108.
27 — Zie arrest Albany, punt 121.

IV — Conclusie

44. Ik geef het Hof in overweging, de door het Kantongerecht te Groningen voorgelegde vraag te beantwoorden als volgt:

1) Artikel 85 EG-Verdrag (thans artikel 81 EG) is niet van toepassing op een tussen vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers als resultaat van collectieve onderhandelingen gesloten collectieve overeenkomst die ingevolge de wetgeving van de betrokken lidstaat voor werkgevers bindend is, op voorwaarde dat daarin enkel arbeidsvoorwaarden worden geregeld;

2) Een overeenkomst waarbij werkgevers zich verbinden om een vaste financiële bijdrage te leveren in de kosten van door werknemers afgesloten aanvullende ziektekostenverzekeringen, vormt een arbeidsvoorwaardenovereenkomst voor bovenbedoelde uitzondering op de normale toepassing van artikel 85 EG-Verdrag. Het staat partijen bij een collectieve overeenkomst vrij, te bepalen door wie de verstrekking(en) ter zake van de arbeidsvoorwaarden die het voorwerp van een dergelijke overeenkomst vormen, worden verleend. Een overeenkomst waarbij de voorziening van dergelijke verstrekkingen aan een derde wordt uitbesteed, valt als zodanig niet binnen de werkingssfeer van artikel 85 EG-Verdrag, tenzij zij verder gaat dan is vereist ter bereiking van de sociale doelstelling van de onderliggende collectieve overeenkomst.

3) Artikel 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG) geldt enkel voor een derde als hiervoor genoemd waaraan de voorziening van die verstrekkingen is uitbesteed, indien hij op grond van het hem door partijen bij de collectieve overeenkomst toegekende recht een machtspositie op een afzonderlijke markt inneemt en zijn macht op die markt uitoefent op een wijze die verder gaat dan is vereist ter bereiking van de aan de collectieve overeenkomst ten grondslag liggende sociale doelstelling en die niet anderszins kan worden gerechtvaardigd.