

Zaak C-758/22

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

15 december 2022

Verwijzende rechter:

Bundesverwaltungsgericht (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

27 september 2022

Verzoeksters en verzoeksters tot *Revision*:

Bayerische Ärzteversorgung

Bayerische Architektenversorgung

Bayerische Apothekerversorgung

Bayerische Rechtsanwalts- und Steuerberaterversorgung

Bayerische Ingenieurversorgung-Bau mit
Psychotherapeutenversorgung

Verweerster en verweerster in *Revision*:

Deutsche Bundesbank

Bundesverwaltungsgericht

BESLISSING

[OMISSIS]

[OMISSIS]

In de bestuursrechtelijke procedure tussen

1. Bayerische Ärzteversorgung,
publiekrechtelijke instelling,

- [OMISSIS] München (Duitsland),
2. Bayerische Architektenversorgung,
 3. Bayerische Apothekerversorgung,
 4. Bayerische Rechtsanwalts- und Steuerberaterversorgung,
 5. Bayerische Ingenieurversorgung-Bau mit Psychotherapeutenversorgung, publiekrechtelijke instellingen, [OMISSIS] 81925 München (Duitsland), ad 1 tot en met 5:

vertegenwoordigd door de Bayerische Versorgungskammer,

[OMISSIS] München (Duitsland),

verzoeksters en verzoeksters tot *Revision*

[OMISSIS]

en

Deutsche Bundesbank,

[OMISSIS] Frankfurt am Main (Duitsland),

verweerster en verweerster in *Revision*,

heeft de 8e Senat van het Bundesverwaltungsgericht (hoogste federale bestuursrechter, Duitsland)

na de mondelinge behandeling op 21 september 2022

[OMISSIS]

op 27 september 2022 het volgende beslist:

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) wordt krachtens artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen betreffende de uitlegging van verordening (EU) 2018/231 van de Europese Centrale Bank van 26 januari 2018 voor wat betreft statistische rapportagevereisten voor pensioenfondsen (ECB/2018/2) (PB 2018, L 45, blz. 3), gelezen in samenhang met verordening (EU) nr. 549/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende het Europees systeem van nationale en regionale rekeningen in de Europese Unie (PB 2013, L 174, blz. 1; hierna: „verordening nr. 549/2013”):

1. a) Vereist punt 3.19, eerste alinea, onder b), van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 dat alle consumenten de vrijheid hebben de door de producent aangeboden goederen wel of niet te kopen, en kiezen op basis van de gevraagde prijzen?

Indien deze vraag ontkennend wordt beantwoord:

b) Wordt, indien de grote meerderheid van die consumenten, zonder een dergelijke keuzevrijheid te hebben, op grond van een wettelijk verplichte deelname bij de producent, van hem goederen ontvangt ter waarde van meer dan de helft van zijn output en verplichte premies tegen het door hem vastgestelde bedrag moet betalen, voldaan aan de vereisten van voormelde bepaling indien een minderheid de mogelijkheid had om zich vrijwillig bij de producent aan te sluiten, en daarvan gebruik heeft gemaakt, om de goederen tegen dezelfde premies als de verplichte deelnemers te ontvangen?

2. Is er altijd sprake van een marktoutput tegen economisch significante prijzen in de zin van de punten 3.17 tot en met 3.19 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013, zodra wordt voldaan aan het in punt 3.19, derde alinea, derde en vierde volzin, van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 gedefinieerde „50 %-criterium”, volgens hetwelk over meerdere jaren ten minste de helft van de kosten door verkopen wordt gedekt, of moet dit criterium daarentegen niet als een voldoende (op zichzelf staande) maar als een noodzakelijke voorwaarde worden opgevat, die komt bovenop de twee voorwaarden van punt 3.19, eerste alinea, tweede volzin, onder a) en b), van bijlage A bij verordening nr. 549/2013?

3. Moet bij het onderzoek of institutionele eenheden marktproducenten in de zin van punt 3.24 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 zijn, behalve met de punten 3.17, 3.19 en 3.26 van bijlage A, ook rekening worden gehouden met de aanvullende vereisten waarin punt 1.37, tweede alinea, van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 voorziet?

4. a) Vereist punt 2.107 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 voor de indeling van een institutionele eenheid in subsector S.129 dat al haar uitkeringen aan alle deelnemers op basis van een contract worden verstrekt?

Indien dit het geval is:

b) Is aan het vereiste van een contractuele grondslag voor de uitkeringen in deze zin reeds voldaan wanneer de verplichte deelname, de verplichte premies en de verplichte uitkeringen van de institutionele eenheid weliswaar door de overheid bij statuten zijn geregeld, maar ook de verplichte deelnemers door de betaling van vrijwillige extra premies rechten op aanvullende uitkeringen kunnen verwerven?

5. Moet artikel 1, punt 1, derde volzin, onder f), van verordening (EU) nr. 2018/231 aldus worden uitgelegd dat op grond van die bepaling alleen

die institutionele eenheden van het begrip „pensioenfonds” in de eerste volzin van deze bepaling zijn uitgesloten, die aan elk van beide in punt 2.117 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 genoemde criteria voldoen, of geldt deze uitzondering ook voor andere institutionele eenheden die volgens punt 17.43 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 als pensioenregelingen sociale zekerheid moeten worden beschouwd zonder dat aan alle vereisten in punt 2.117 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 wordt voldaan?

6. a) Verwijst het begrip „overheid” in punt 2.117, [eerste alinea,] onder b), en punt 17.43 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 alleen naar de betrokken basistentiteit of omvat het ook op een wettelijke grondslag ingestelde, juridisch zelfstandige pensioenfondsen met het recht op zelfbestuur en een eigen financiële rapportage die op basis van verplichte deelname zijn georganiseerd en uit premies worden gefinancierd?

Indien dat laatste het geval is:

b) Houdt de vaststelling van premies en uitkeringen als bedoeld in punt 2.117, [eerste alinea,] onder b), van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 een vaststelling van bedragen in of volstaat het dat een wet de minimaal te dekken risico's en het minimale dekkingsniveau voorschrijft en de beginselen en beperkingen voor de inning van premies regelt, maar de berekening van premies en uitkeringen binnen dit kader aan het pensioenfonds overlaat?

c) Omvat het begrip „overheidsinstelling” in de zin van punt 20.39 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 alleen institutionele eenheden die voldoen aan alle vereisten van de punten 20.10 en 20.12 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013?

Motivering

I

- 1 Partijen zijn het oneens over de vraag of verzoeksters informatieplichtigen zijn in de zin van verordening (EU) 2018/231 van de Europese Centrale Bank van 26 januari 2018 voor wat betreft statistische rapportagevereisten voor pensioenfondsen (ECB/2018/2) (PB 2018, L 45, blz. 3).
- 2 Verzoeksters zijn bij het Gesetz über das öffentliche Versorgungswesen (wet op de openbare voorzieningen; hierna: „VersoG”) van de deelstaat Beieren (Duitsland) in de versie die is bekendgemaakt op 16 juni 2008 (BayGVBl. blz. 371), laatstelijk gewijzigd bij artikel 32a, lid 18, van de wet van 10 mei 2022 (BayGVBl. blz. 182), als publiekrechtelijke instellingen met rechtspersoonlijkheid in de deelstaat Beieren opgericht. Zij verstrekken onder de in deze wet en hun statuten bepaalde voorwaarden uitkeringen aan hun deelnemers bij arbeidsongeschiktheid, ouderdom en overlijden. Daarbij moeten zij voldoen aan

- de voorwaarden voor een vrijstelling van hun deelnemers van de verzekeringsplicht bij de wettelijke pensioenverzekering (artikel 28, derde volzin, VersoG). Zij mogen geen winstoogmerk hebben en hun middelen en vermogen uitsluitend gebruiken voor de vervulling van hun uitkeringstaak (artikel 9, leden 1 en 3, VersoG). Hun administratieve uitgaven, met inbegrip van de salarissen aan werknemers en uitkeringen aan uitkeringsgerechtigden, moeten zij uit eigen middelen bekostigen (artikel 9, lid 2, eerste volzin, VersoG).
- 3 De overgrote meerderheid van de deelnemers van elk van de verzoeksters is wettelijk tot deelname verplicht omdat zij hun beroep in de deelstaat Beieren uitoefenen (artikel 30, lid 1, gelezen in samenhang met artikelen 33 e.v. VersoG). Een vrijstelling van de verplichte deelname is volgens artikel 30, lid 2, VersoG alleen toegestaan in uitzonderlijke gevallen zoals een marginale beroepsuitoefening of deelname aan een andere pensioenregeling. Artikel 30, lid 3, VersoG bepaalt dat uitgetreden verplichte deelnemers overeenkomstig de statuten vrijwillig aan de regeling kunnen blijven deelnemen om pensioenrechten tegen dezelfde premies als verplichte deelnemers op te bouwen. Verzoeksters regelen de inning van premies of heffingen voor de financiering van de vervulling van hun taken alsmede de voorwaarden, de aard, het bedrag en het verval van pensioenrechten bij statuten met inachtneming van de wettelijke voorschriften (artikel 10, leden 2 en 3, VersoG). De statuten kunnen deelnemers toestaan om vrijwillig aanvullende betalingen te verrichten om extra pensioenrechten op te bouwen, mits de som van de aanvullende betalingen en de verplichte premie het wettelijke maximum voor premies niet overschrijdt (artikel 31, lid 4, VersoG). Elke verzoekster verstrekt – dit is niet in geschil – meer dan 50 % van haar uitkeringen als verplichte uitkeringen aan haar verplichte deelnemers.
 - 4 Bij brieven van 7 september 2018 en 25 maart 2019 heeft verweerster verzoeksters ad 1 tot en met 4 afzonderlijk meegedeeld dat zij op grond van de artikelen 1 en 2 van verordening (EU) 2018/231 onderworpen zijn aan de statistische rapportagevereisten als pensioenfondsen en vanaf de peildatum 30 september 2019 op kwartaalbasis nader omschreven gegevens over hun financiële situatie aan verweerster moeten verstrekken. Verzoekster ad 5 is bij brieven van verweerster van 12 november 2018 en 17 juli 2019 in bijna dezelfde bewoordingen gevraagd om jaarlijks een kleiner aantal gegevens te verstrekken. Met hun beroepen vorderen verzoeksters elk vernietiging van de aan hen gerichte kennisgevingen en, subsidiair, vaststelling van het feit dat zij geen informatieplichtigen zijn. [OMISSIS] [overwegingen met betrekking tot de voorlopige voorzieningen]
 - 5 De bestuursrechter in eerste aanleg heeft de beroepen in zijn vonnis van 4 november 2021 verworpen en geoordeeld dat verzoeksters pensioenfondsen in de zin van artikel 1, punt 1, van verordening (EU) 2018/231 en ingevolge artikel 2, lid 1, van die verordening informatieplichtig zijn. Zij zijn marktproducenten die tot de financiële instellingen behoren en onder subsector S.129 van verordening nr. 549/2013 vallen. Hun hoofdactiviteit is het verstrekken van pensioenuitkeringen. Hiervoor hebben zij economisch significante prijzen

gevraagd. Dit geldt ook voor de verplichte uitkeringen omdat deze volgens artikel 9, lid 2, eerste volzin, VersoG economisch moeten worden berekend. Bij gebrek aan staatssteun zijn verzoeksters gedwongen de premies en uitkeringen zo te regelen dat hun draagkracht gewaarborgd blijft. In elk geval vloeit de indeling (ook) van de verplichte uitkeringen als marktoutput voort uit punt 3.19 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 omdat verzoeksters over meerdere jaren ten minste 50 % van hun kosten dekken door de verkoop van hun producten. Punt 1.37 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 verzet zich daar niet tegen. Deze bepaling geldt alleen voor entiteiten in de publieke sector. Verzoeksters vallen hier niet onder omdat zij niet onder zeggenschap van de overheid staan. Derhalve is ook een indeling in subsector 1314 (socialezekerheidsfondsen) uitgesloten, in welk geval de rapportagevereisten uit hoofde van artikel 1, punt 1, derde volzin, onder f), van verordening (EU) 2018/231 niet van toepassing zijn. Punt 20.39 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 bevestigt deze indeling. Een door een overheidsinstelling ingestelde toegezegdepremieregeling met fondsvorming is volgens die bepaling niet als een socialezekerheidsregeling te behandelen wanneer de overheid – zoals verzoeksters – de hoogte van de te betalen uitkeringen niet garandeert en de hoogte van die uitkeringen afhangt van de gerealiseerde vermogenswaarden; deze is dan noodzakelijkerwijs in zoverre onzeker.

- 6 In hun beroepen tot *Revision* van de beslissingen in eerste aanleg stellen verzoeksters dat zij geen marktproducenten zijn. Hun verplichte uitkeringen, die het grootste deel van hun output uitmaken – hetgeen niet wordt betwist –, zouden niet tegen economisch significante prijzen worden verkocht. In zoverre zouden de verplichte deelnemers niet, zoals vereist in punt 3.19, eerste alinea, onder b), van bijlage A bij verordening nr. 549/2013, de vrijheid hebben om voor het verwerven van de pensioenuitkeringen te kiezen op basis van de gevraagde premies. De 50 %-regel in punt 3.19, derde alinea, van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 is niet relevant; zij dient enkel om de output te bepalen. In ieder geval behoren verzoeksters tot de sociale zekerheid net zoals de wettelijke pensioenverzekering.
- 7 Verweerster verdedigt het bestreden vonnis.

II

- 8 De procedure moet worden geschorst en het Hof moet krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU om een prejudiciële beslissing worden verzocht. De uitlegging van artikel 1, punt 1, van verordening (EU) 2018/231 en de in het dictum genoemde bepalingen van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 is niet zo evident dat redelijkerwijze geen twijfel bestaat en mag worden aangenomen dat dit even evident zou zijn voor de rechterlijke instanties van de andere lidstaten van de Europese Unie [betreffende dit criterium zie arrest van de Grote kamer van 6 oktober 2021, *Conorzio*, C-561/19 (EU:C:2021:799), punt 40].
- 9 De prejudiciële vragen zijn relevant voor de beslissing over de *Revision*. De *Revision* tegen de beslissing in eerste aanleg is ontvankelijk. [OMISSIS]

[overwegingen over de ontvankelijkheid van het beroep en de *Revision* tegen de beslissing in eerste aanleg]

- 10 Of de beroepen tot *Revision* gegrond zijn, hangt af van de vraag of verzoeksters krachtens artikel 2, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 1, punt 1, eerste volzin, van verordening (EU) 2018/231 zijn onderworpen aan de statistische rapportagevereisten voor pensioenfondsen. Volgens artikel 2, lid 1, van de verordening bestaat de feitelijke populatie van informatieplichtigen uit de pensioenfondsen die ingezet zijn in de eurogebiedlidstaten. Artikel 1, punt 1, eerste volzin, van die verordening definieert het begrip „pensioenfonds” onder verwijzing naar subsector S.129 van verordening nr. 549/2013 en vereist dat het gaat om een financiële vennootschap of quasivennootschap met als hoofdfunctie financiële intermediatie door middel van het poolen van sociale risico's en behoeften van verzekerden (sociale verzekering). Volgens de tweede volzin van de bepaling verschaffen pensioenfondsen als socialezekerheidsregelingen inkomen aan gepensioneerden en kunnen ze uitkeren bij overlijden en invaliditeit. Volgens de derde volzin, onder f), van die bepaling valt de subsector socialezekerheidsfondsen zoals bedoeld in punt 2.117 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 echter niet onder de definitie.
- 11 Verzoeksters zijn in Duitsland gevestigde rechtspersonen. Zij vervullen de in artikel 1, punt 1, eerste en tweede volzin, van verordening (EU) 2018/231 beschreven hoofdfunctie van de sociale verzekering met financiële intermediatie door het verstrekken van uit premies gefinancierde ouderdoms-, nabestaanden- en invaliditeitspensioenen aan hun deelnemers. Er moet nog worden verduidelijkt of zij moeten worden ingedeeld als financiële instellingen in de zin van subsector S.129 van verordening nr. 549/2013 dan wel of de rapportagevereisten op hen niet van toepassing zijn omdat zij onderdeel van de sociale verzekering zijn.
- 12 1. Tot de financiële instellingen van sector S.12 van verordening nr. 549/2013 behoren institutionele eenheden met eigen rechtspersoonlijkheid van wie de hoofdactiviteit als marktproducent bestaat in de productie van financiële diensten. Verzoeksters zijn publiekrechtelijke rechtspersonen en voldoen dus aan de eerste voorwaarde. Zij zijn volgens punt 3.24 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 marktproducenten wanneer het grootste deel van hun output marktoutput in de zin van punten 3.17 en volgende van bijlage A bij die verordening is. Alleen de output tegen economisch significante prijzen van verkochte goederen is hier relevant (punt 3.18, onder a). Volgens punt 3.19, eerste alinea, van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 zijn economisch significante prijzen prijzen die een aanzienlijke invloed hebben op de hoeveelheden producten die producenten willen leveren of die kopers willen kopen. Deze prijzen komen tot stand wanneer aan beide van de volgende voorwaarden wordt voldaan:
 - a) de producent wordt gestimuleerd om het aanbod aan te passen hetzij met het doel om [...] winst te maken, hetzij ten minste kapitaal- en andere kosten te dekken, en

- b) consumenten hebben de vrijheid wel of niet te kopen, en kiezen op basis van de gevraagde prijzen.
- 13 Volgens de Senat moet aan beide voorwaarden cumulatief worden voldaan. Dit volgt uit het gebruik van het meervoud in de Duitse taalversie en wordt bevestigd door de Franse (*la réunion des deux conditions*) en de Engelse versie (*both*). Aan de eerste voorwaarde is waarschijnlijk voldaan omdat verzoeksters verplicht zijn om hun administratieve uitgaven, met inbegrip van de salarissen en uitkeringen, uit eigen middelen te dekken (zie punt 2 [van dit verzoek om een prejudiciële beslissing], betreffende artikel 9, lid 2, eerste volzin, VersoG). Aan de tweede kan alleen worden voldaan indien de begrippen „koop” en „prijzen” ook een verwerving van rechten op grond van publiekrechtelijke statuten en door de overheid geheven premies omvatten, en indien het bovendien niet noodzakelijk is dat iedere consument of althans iedereen die diensten van de producent afneemt, vrij over de koop van deze diensten kan beslissen en kiest op basis van de gevraagde prijzen.
- 14 Een ruime uitlegging van de begrippen „koop” en „prijzen” wordt ondersteund door het feit dat in verordening nr. 549/2013 bij de afbakening van de publieke en de particuliere sector niet wordt uitgegaan van de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtsvorm van de institutionele eenheid of de vorm van de deelnameverhoudingen of verhoudingen van de rechten, maar van de vraag of de eenheid onder zeggenschap van de overheid staat [zie punt 1.35 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013; arresten van 11 september 2019, FIG en FISE, C-612/17 (EU:C: 2019:705), punten 34 e.v., 73 en 78, en 28 april 2022, Secrétariat général de l’enseignement catholique, C-277/21 (EU:C:2022:318), punten 25 e.v.]. Zelfs bij een ruime uitlegging, die ook ziet op door de overheid ingevoerde rechten en dienovereenkomstig geheven premies, blijft het problematisch dat niet alle consumenten over de in voorwaarde onder b) verlangde keuzevrijheid beschikken. Personen die noch verplichte deelnemers van verzoeksters zijn noch voldoen aan de strikte voorwaarden voor een vrijwillige deelname, kunnen geen pensioenuitkeringen verwerven. Consumenten die bij de wet tot deelname verplicht zijn of aan wie de wet de deelname openstelt, hebben niet de vereiste keuzevrijheid, in ieder geval niet de verplichte deelnemers ten aanzien van de verplichte uitkeringen. Tenzij zij voldoen aan de voorwaarden voor een uitzonderlijke vrijstelling van de verplichte deelname, kunnen zij zich niet onttrekken aan de verwerving van rechten of de premieplicht. Het staat hun alleen vrij extra premies te betalen om aanvullende uitkeringen te verkrijgen. Dit leidt tot de in dictum 1, onder a), geformuleerde vraag of punt 3.19, eerste alinea, onder b), van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 vereist dat alle consumenten de vrijheid hebben de door de producent aangeboden goederen wel of niet te kopen, en kiezen op basis van de gevraagde prijzen.
- 15 De bewoordingen van de onder b) genoemde voorwaarde („consumenten”) zouden kunnen suggereren dat alle consumenten met betrekking tot het gehele aanbod van de producent moeten beschikken over de vereiste keuzevrijheid en moeten kiezen op basis van de prijzen. Indien voor de systematische uitlegging

moet worden uitgegaan van het voor de indeling naar sector vastgelegde onderscheid tussen markt en niet-markt (punt 1.37 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013) (zie dienaangaande de derde prejudiciële vraag), zou ook de in de tweede alinea, punt 1, genoemde voorwaarde van de verkoop aan eenieder wie bereid is de prijs te betalen, voor een dergelijke uitlegging kunnen pleiten. Hetzelfde geldt voor de hier onder punt 3 gestelde aanvullende voorwaarde dat er sprake is van een effectieve markt wanneer verkopers en kopers toegang tot en informatie over de markt hebben. In de volgende zin wordt evenwel gepreciseerd dat er ook dan sprake kan zijn van een effectieve markt wanneer niet volledig aan deze voorwaarden wordt voldaan. De Senat kan uit verordening nr. 549/2013 en de bestaande rechtspraak niet zonder enige twijfel afleiden van welke aard en intensiteit de toegangsbeperkingen of afnameverplichtingen moeten zijn om marktactiviteiten en economisch significante prijzen uit te sluiten. De twee hierboven in punt 14 aangehaalde beslissingen van het Hof en het arrest van 3 oktober 2019 [Fonds du Logement de la Région Bruxelles-Capitale, C-632/18 (EU:C:2019:833), punten 36 e.v.] hebben betrekking op de voorwaarden voor de indeling van verschillende entiteiten in de sector overheid; er wordt echter niet ingegaan op voornoemde vraag of op de keuzevrijheid van consumenten als voorwaarde voor de marktoutput.

- 16 2. Indien de eerste vraag onder a) ontkennend wordt beantwoord, staat de vraag centraal of reeds aan de voorwaarde van punt 3.19, eerste alinea, onder b), van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 is voldaan omdat een klein aantal consumenten zich vrijwillig bij verzoeksters aansluit en in dit verband vrij kan beslissen over de aan de deelname verbonden verwerving van de pensioenrechten tegen dezelfde premies als de verplichte deelnemers, ook al vormen die consumenten de minderheid van de deelnemers en maken de verplichte uitkeringen aan de verplichte deelnemers het grootste deel van de output van verzoeksters uit [eerste vraag, onder b)]. Volgens verweerster is de beslissing om zich vrijwillig aan te sluiten een uiting van een op de prijs gebaseerde vrije koopbeslissing en is het gerechtvaardigd om ook verplichte premies ter hoogte van hetzelfde bedrag als economisch significante prijzen te beschouwen. De Senat betwijfelt of deze slotsom houdbaar is omdat de door vrijwillige deelnemers betaalde premies niet het resultaat zijn van een samenspel van vraag en aanbod onder marktvoorwaarden, zoals punt 3.19 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 blijkt vereist. Aan het merendeel van de verplichte deelnemers, zonder mogelijkheid van vrijstelling, verstrekken verzoeksters hun uitkeringen als monopoliehouders. Aangezien een vrijwillige deelname krachtens artikel 30, lid 3, VersoG alleen mogelijk kan worden gemaakt voor voormalige verplichte deelnemers, kunnen niet alle andere consumenten vrij kiezen voor het verkrijgen van uitkeringen van verzoeksters. Vanuit het oogpunt van de consument wordt er dus zelfs niet voldaan aan de laagst mogelijke vereisten voor een markttoegang. Bovendien wordt het bedrag van de verplichte premies niet afgeleid van de premies van de vrijwillige deelnemers. Integendeel, de door de overheid vastgestelde verplichte premies bepalen de hoogte van de premies die de vrijwillige deelnemers voor dezelfde uitkeringen moeten betalen.

- 17 3. In het bestreden vonnis is er daarom met een de beslissing zelfstandig ondersteunde overweging van uitgegaan dat de premies in elk geval als economisch significante prijzen moeten worden beschouwd volgens het 50 %-criterium van punt 3.19, derde alinea, derde en vierde volzin, van bijlage A bij verordening nr. 549/2013. De aangehaalde bepalingen luiden als volgt:

Voor de output van andere institutionele eenheden [*als de in de tweede volzin bedoelde ondernemingen zonder eigen rechtspersoonlijkheid in de sector particuliere huishoudens*] wordt met behulp van een kwantitatief criterium (het 50 %-criterium), waarbij gebruik wordt gemaakt van de verhouding tussen verkopen en productiekosten, nagegaan of zij in staat zijn tegen economisch significante prijzen een marktactiviteit uit te oefenen. Om een marktproducent te zijn, moet de eenheid over een periode van meerdere jaren ten minste 50 % van haar kosten door verkopen dekken.

- 18 In het bestreden vonnis wordt het feit dat ten minste de helft van de kosten door verkopen wordt gedekt, opgevat als een voldoende (op zichzelf staande) voorwaarde voor het bestaan van economisch significante prijzen. Ook in de motivering van de conclusie van advocaat-generaal Hogan van 28 februari 2019 in zaak FIG en FISE [C-612/17 (EU:C:2019:149), punt 31] wordt hier blijkbaar van uitgegaan. Daarin wordt aangenomen dat alleen indien minder dan de helft van de kosten wordt gedekt, de betrokken organisatie wordt geacht niet-marktproducent te zijn. Volgens deze uitlegging moeten verzoeksters reeds als marktproducenten worden aangemerkt omdat zij, zoals in eerdere instantie is vastgesteld, ten minste de helft van hun kosten dekken door het innen van premies, zelfs als niet wordt voldaan aan de in punt 3.19, eerste alinea, onder a) en b), van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 vastgelegde voorwaarden, die hierboven in punten 12 en volgende zijn besproken.
- 19 Het 50 %-criterium volgens derde alinea, derde en vierde volzin, van deze bepaling zou echter ook kunnen worden opgevat als een noodzakelijke, maar op zich nog niet voldoende (dus niet op zichzelf staande) voorwaarde voor de marktoutput. In dat geval zou het de voorwaarden van de eerste alinea, onder a) en b), aanvullen, maar het ontbreken ervan niet kunnen compenseren. Hiervoor pleit dat het 50 %-criterium in punt 3.19, derde alinea, van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 alleen wordt gebruikt om na te gaan of de mogelijkheid bestaat dat een marktactiviteit wordt uitgeoefend en niet, zoals de voorwaarden in de eerste alinea, als een criterium van de definitie van de marktoutput wordt vastgelegd. Dit wordt bevestigd door de Franse en de Engelse taalversie („*la capacité de réaliser une activité marchande*” en „*the ability to undertake a market activity*”). Volgens die versies is het feit dat ten minste de helft van de kosten wordt gedekt, (slechts) beslissend om na te gaan of de mogelijkheid bestaat een marktactiviteit uit te oefenen en niet om vast te stellen of er sprake is van een marktactiviteit. Dit geldt ook voor de systematisch vergelijkbare bepaling in punt 20.29, derde alinea, van bijlage A bij verordening nr. 549/2013, die eveneens ter afbakening van de markt en niet-markt dient. Indien men de uitlegging van het 50 %-criterium in punt 3.19, derde alinea, derde volzin, van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 als een

noodzakelijke maar niet voldoende (niet op zichzelf staande) voorwaarde volgt, heeft het de functie van een uitsluitingscriterium: in dat geval is er, zelfs indien aan beide criteria van de definitie in de eerste alinea is voldaan, geen sprake van een marktoutput tegen economisch significante prijzen wanneer de verkopen over een periode van meerdere jaren minder dan de helft van de kosten dekken. Het lijkt voor de hand te liggen om een zo zwaar verliesgevende productie die zelfs op middellange termijn niet onder marktvoorwaarden kan worden gefinancierd, niet meer als marktoutput te beschouwen. Omgekeerd zou het feit dat ten minste de helft van de kosten wordt gedekt, op zich alleen nog geen grond opleveren om aan te nemen dat er sprake is van een marktoutput, indien niet is voldaan aan de voorwaarden als bedoeld in punt 3.19, eerste alinea, onder a) of b), van bijlage A bij verordening nr. 549/2013.

- 20 Uit de bestaande rechtspraak van het Hof blijkt niet duidelijk welke uitlegging van punt 3.19, derde alinea, derde en vierde volzin, van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 juist is. In zijn arrest van 11 september 2019 [FIG en FISE, C-612/17 (EU:C:2019:149)] worden de verenigingen, die destijds het beroep hebben ingesteld, als instellingen zonder winstoogmerk en dus als niet-marktproducenten behandeld (zie punten 2.129 en 2.130 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013), zonder dat wordt ingegaan op het in punt 9 van het arrest als „markt-/niet-markttoets” aangehaalde, vergelijkbare 50 %-criterium in punt 20.29 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 dat voor eenheden geldt die onder zeggenschap van de overheid staan. Het is mogelijk dat de kwestie van de kostendekking destijds niet van belang was voor de beslechting van het geding omdat een indeling van de verenigingen als financiële instellingen alleen al door het ontbreken van het winstoogmerk of in elk geval de kostendekking uitgesloten was (zie de regels in punten 20.19 tot en met 20.28, waarnaar wordt verwezen in punt 20.29, tweede alinea, van bijlage A bij verordening nr. 549/2013, met name punt 20.21, tweede volzin, en punt 20.23 van bijlage A bij die verordening). In dat geval zou het voor de hand liggen om ook bij de toepassing van de parallelle regeling in punt 3.19 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 – ongeacht de kostendekking – alleen uit te gaan van een marktoutput indien aan beide voorwaarden overeenkomstig de eerste alinea, onder a) en b), van de bepaling is voldaan.
- 21 4. Of punt 1.37 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 kan worden gebruikt voor de systematische uitlegging om de resterende twijfels bij de uitlegging van punt 3.19, eerste en derde alinea, van bijlage A bij die verordening weg te nemen, is het onderwerp van de derde prejudiciële vraag. Indien de indeling als marktproducent volgens punt 3.24 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 vereist dat naast de voorwaarden van punt 3.19 ook aan de voorwaarden voor een marktactiviteit volgens punt 1.37 is voldaan, zouden verzoeksters als niet-marktproducenten moeten worden aangemerkt. In tegenstelling tot de eerste alinea van deze bepaling streven zij noch naar winstmaximalisatie op lange termijn, noch verkopen zij vrijwillig op de markt hun diensten aan wie bereid is de gevraagde prijs te betalen. Beide activiteiten zijn hun bovendien naar het toepasselijke nationale recht verboden. Zoals vermeld in punt 2 [van dit verzoek om een

prejudiciële beslissing], moeten verzoeksters al hun inkomsten gebruiken voor de uitvoering van hun taken, dus met name voor het verstrekken van pensioenuitkeringen en het dekken van de daarmee verband houdende kosten. Zij mogen de pensioenuitkeringen ook niet verstrekken aan iedere consument die bereid is om de premies te betalen, maar alleen aan hun wettelijk verplichte deelnemers en de strikt beperkte groep van hun vrijwillige deelnemers.

- 22 De Senat betwijfelt of punt 1.37 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 – zoals verweerster stelt – alleen van toepassing is op eenheden van de publieke sector. Volgens de eerste alinea dient deze bepaling zowel ter afbakening van markt en niet-markt als („en”) ter afbakening van de particuliere en de openbare sector. Het lijkt echter problematisch om de tweede alinea, punt 1, aan te halen omdat de daarin gestelde vereisten verder gaan dan de hier volgens punt 3.24 van bijlage A van die verordening toepasselijke vereisten in punt 3.19 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013. Mogelijkerwijs moet punt 3.19 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 de in punt 1.37 genoemde criteria voor het onderscheid tussen markt- en niet-marktproducenten concretiseren. Punt 1.37 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 verwijst naar het in tabel 1.1 weergegeven algemene schema voor de indeling naar sectoren, waarin voor eenheden in handen van de overheid en in particuliere handen telkens een onderscheid wordt gemaakt tussen marktoutput en niet-marktoutput. De hiervoor vastgelegde criteria, waarbij de verkoper streeft naar winstmaximalisatie en de koper naar optimalisatie van de prijs-kwaliteitverhouding, zijn strenger dan de twee voorwaarden voor de aanneming van een marktoutput in punt 3.19, eerste alinea, onder a) en b), bij verordening nr. 549/2013, te weten een berekening van het aanbod die ten minste op kostendekking gericht is, en een vrije beslissing van de consument over de koop op basis van de prijs. Derhalve is het mogelijk dat punt 1.37 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 slechts dient te worden toegepast voor zover de daarin vastgelegde algemene criteria niet in strijd zijn met de meer specifieke criteria in punt 3.19 van bijlage A bij die verordening, maar alleen de ook daar veronderstelde voorwaarden beschrijven, bijvoorbeeld een minimum aan vrije markttoegang of een concurrentiesituatie als voorwaarde voor de vorming van marktprijzen. De Senat verzoekt het Hof om ook dit punt te verduidelijken.
- 23 5. De vierde vraag betreft punt 2.107, tweede volzin, van bijlage A bij verordening nr. 549/2013, waarin er sprake is van uitkeringen van pensioenfondsieregelingen die ingevolge verzekeringscontracten worden verstrekt. Dit zou erop kunnen wijzen dat hieronder geen eenheden vallen die – zoals verzoeksters – hun uitkeringen uitsluitend op basis van overheidsregelingen verstrekken. De definitie van het begrip in punt 2.105 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 stelt echter geen eisen aan de rechtsgrondslag van de uitkeringen en punt 2.107 van bijlage A bij die verordening bevat geen (nadere) definitie, maar voorbeelden. Met de vermelding van verzekeringscontracten zou daarom alleen een typische, maar niet voor het begrip noodzakelijke vorm van de uitkeringsverhouding kunnen worden bedoeld. Punt 2.109 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 preciseert uitdrukkelijk dat pensioenfondsieregelingen ook door de overheid kunnen zijn georganiseerd, zonder zich uit te spreken over

de kwestie van de contractvorm. Ook in punt 20.39 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 wordt voor de indeling van grensgevallen van andere criteria uitgegaan. Dit kan echter te wijten zijn aan het feit dat een situatie als bedoeld in punt 2.107 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 wordt verondersteld. Het doel van de regelingen en de overwegingen van de toepasselijke verordeningen kunnen de twijfels van de Senat over de uitlegging niet volledig wegnemen. Indien er geen contractuele regeling vereist is, blijft het volgens de Senat de vraag of een publiekrechtelijke regeling die overwegend op verplichte deelnemers is gericht, voldoende is, mits alle deelnemers de omvang van de uitkeringen door het betalen van vrijwillige premies kunnen vergroten, ook al kan slechts een minderheid de uitkeringsverhouding vrijwillig door toe- of uittreding aangaan en beëindigen.

- 24 De eerste tot en met vierde vraag over de individuele voorwaarden voor de marktoutput en de indeling in subsector S.129 zijn niet overbodig, bijvoorbeeld omdat duidelijk vaststaat dat verzoeksters onder de uitzondering voor socialezekerheidsfondsen als bedoeld in artikel 1, punt 1, derde volzin, onder f), van verordening (EU) 2018/231 vallen. Of dit het geval is, hangt af van de vijfde en zesde uitleggingsvraag, die eveneens niet kunnen worden beantwoord zonder de prejudiciële beslissing waarom is verzocht.
- 25 6. Artikel 1, punt 1, derde volzin, onder f), van verordening (EU) 2018/231 verwijst voor de bepaling van de subsector sociale zekerheid naar punt 2.117 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013. Volgens die bepaling omvat deze subsector institutionele eenheden op centraal, deelstaat- en lokaal niveau waarvan de hoofdactiviteit bestaat in het verstrekken van sociale uitkeringen en die aan elk van de volgende twee criteria voldoen:
- a) bepaalde bevolkingsgroepen zijn bij wet- of regelgeving verplicht aan de regeling deel te nemen dan wel premies te betalen, en
 - b) de overheid is verantwoordelijk voor het beheer van de instelling wat de vaststelling of goedkeuring van de premies en uitkeringen betreft, ongeacht haar rol als toezichthoudend orgaan of werkgever.
- 26 In punt 2.110, onder a), van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 wordt gepreciseerd dat institutionele eenheden die aan elk van beide criteria voldoen, niet tot de subsector pensioenfondsen (S.129) maar tot de subsector socialezekerheidsfondsen behoren.
- 27 Niet alle criteria van de definitie in punt 2.117 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 zijn echter terug te vinden in de definitie van pensioenregelingen sociale zekerheid in punt 17.43 van bijlage A bij die verordening. Dit leidt tot de vijfde prejudiciële vraag. Indien de eerste bepaling moet worden opgevat als een definitie van de subsector sociale zekerheid en de tweede als een meer specifieke bepaling voor een differentiatie binnen die subsector, vereist punt 17.43 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 dat aan alle definities van punt 2.117 van

bijlage A bij die verordening wordt voldaan en vult het deze ter afbakening van de pensioenregelingen sociale zekerheid met andere criteria aan. In dat geval zouden verzoeksters niet als sociale zekerheidsfondsen kunnen worden aangemerkt indien zij niet voldoen aan de voorwaarde in punt 2.117, [eerste alinea,] onder b), van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 (zie dienaangaande ook onder 7, punt 28). In de tegenovergestelde opvatting wordt de definitie in punt 17.43 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 als onafhankelijk en uitputtend beschouwd. Voorts worden volgens die opvatting onder het daar gebruikte begrip „overheid” ook publiekrechtelijke rechtspersonen verstaan die van de basisentiteit onafhankelijk zijn. In dat geval zouden verzoeksters onder de pensioenregelingen sociale zekerheid vallen omdat de wet hun verplichte deelnemers verplicht om aan hun pensioenregeling deel te nemen en omdat zij hun uitkeringen verstrekken als institutionele eenheden van een land – de deelstaat Beieren – met eigen rechtspersoonlijkheid.

- 28 7. De zesde vraag, onder a), of het begrip „overheid” in punt 2.117, [eerste alinea,] onder b), en punt 17.43 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 ook dergelijke institutionele eenheden omvat dan wel of alleen verwijst naar de betrokken basisentiteit, kan niet zonder meer in de ene of de andere zin worden beantwoord. Omdat punt 2.117, [eerste alinea,] onder b), van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 spreekt van een beheer dat verder gaat dan de toezichtfunctie, zou als overheid in ieder geval daar alleen de basisentiteit kunnen zijn bedoeld die belast is met het toezicht op de institutionele eenheden met het recht op zelfbestuur (autonomie). Bij een consistent gebruik van de begrippen zou ook het begrip „overheid” in punt 17.43 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 in deze strikte zin moeten worden opgevat. Het begrip zou daar echter ook andere overheidsinstellingen of zelfs ten opzichte van de basisentiteit als orgaan van de wettelijke pensioenverzekering onafhankelijke publiekrechtelijke instellingen kunnen omvatten, die hun deelnemers in staat moeten stellen om van de wettelijke pensioenverzekering te worden vrijgesteld en voor bepaalde beroepsgroepen een pensioenuitkering in eigen beheer moeten garanderen die gebaseerd is op hun premie- en uitkeringsniveau, zonder onder zeggenschap van de overheid te staan. Dit zou kunnen worden ondersteund door de afbakeningsregel in punt 20.39 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013, die ervan uitgaat dat de regeling ook door een „afzonderlijke institutionele eenheid [kan worden] uitgevoerd”. Punt 20.12 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 gaat er echter van uit dat de socialezekerheidsregelingen van toepassing zijn op de gehele gemeenschap of een groot deel daarvan; dit is bij regionale pensioenregelingen voor bepaalde beroepen vermoedelijk normaal gesproken niet het geval.
- 29 Afhankelijk van de uitlegging van het begrip „overheid” in de ene en de andere bepaling, rijst met betrekking tot punt 2.117, [eerste alinea,] onder b) van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 voorts de vraag [zesde vraag, onder b)], of de vaststelling van premies en uitkeringen door de overheid vereist dat de basisentiteit in elk toepassingsgeval de hoogte van beide in de zin van de berekenbaarheid vaststelt. Het begrip „vaststelling” wijst op de noodzaak van een definitieve regeling. Volgens de tegengestelde opvatting van verzoeksters moet

het echter volstaan dat de basisentiteit het in de prejudiciële vraag nader omschreven wettelijke kader schept waarbinnen de autonome eenheid het bedrag van de premies en de aard en de omvang van de uitkeringen kan regelen.

- 30 Ten slotte rijst bij de toepassing van de voor grensgevallen vastgestelde afbakeningsregel in punt 20.39 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 de vraag of het begrip „overheidsinstelling” alleen institutionele eenheden omvat die aan alle vereisten van punten 20.10 en 20.12 van bijlage A bij die verordening voldoen. In dat geval zou volgens de bindende vaststellingen van de feitenrechter [§ 137, lid 2, Verwaltungsgerichtsordnung (wetboek van bestuursprocesrecht)] niet worden voldaan aan het criterium van aanzienlijke overdrachten uit de overheidsbegroting (punt 20.10). Of verzoeksters onder zeggenschap van de overheid staan, zou bijgevolg alleen relevant kunnen zijn indien punt 20.12 en niet punt 20.10 van toepassing zou zijn. Indien zij volgens de juiste uitlegging van verordening nr. 549/2013 noch marktproducenten zijn noch deel uitmaken van de sociale zekerheid, moeten zij waarschijnlijk als particuliere instellingen zonder winstoogmerk worden aangemerkt en zijn zij als zodanig – ongeacht de vraag of zij onder zeggenschap van de overheid staan of niet – geen informatieplichtigen.

[OMISSIS] [ondertekeningen]

WERKDOCUMENT