

# De verplichtstelling en het Europees mededingingsrecht: exclusiviteit géén reden tot strijdigheid?

TPV 2025/34

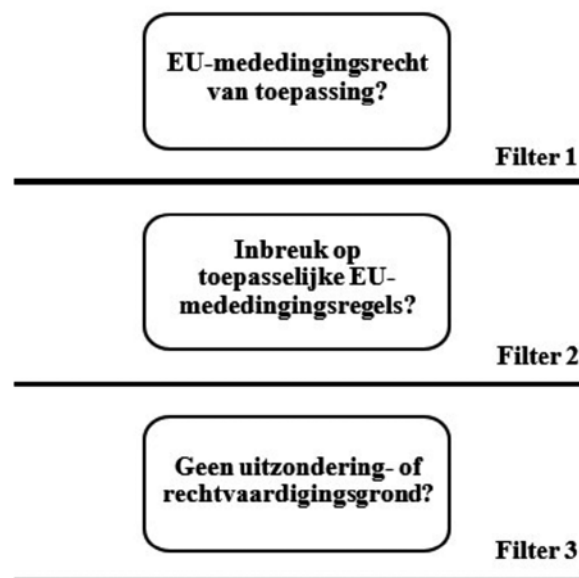
## 1. Inleiding

In deze bijdrage onderzoek ik of het besluit van Onze Minister om deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, op aanvraag van de sociale partners, verplicht te stellen in strijd is met bepaalde Europese mededingingsrechtelijke regels.<sup>2</sup> Bij de totstandkoming van de Wet toekomst pensioenen (Wtp) was de verenigbaarheid van deze 'Nederlandse verplichtstelling' met het Europees recht een van de discussiepunten.<sup>3</sup> In de praktijk is met name aandacht besteed aan de vraag of er een uitzonderings- of rechtvaardigingsgrond op de Nederlandse verplichtstelling van toepassing is, ook in de context van de Wtp. Vooral betreft dit onderzoek naar de exceptie voor diensten van algemeen economisch belang (DAEB) in artikel 106, tweede lid, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).<sup>4</sup> De mogelijke inbreuk op het Europees mededingingsrecht is minder besproken. Met dit artikel beoog ik in belangrijke mate in deze leemte te voorzien. Deze bespreking is waardevol nu bij het ontbreken van een inbreuk de Nederlandse verplichtstelling reeds de toetsing aan het Europees mededingingsrecht doorstaat.

## 2. Algemeen kader en afbakening

Toetsing van de Nederlandse verplichtstelling aan het Europees mededingingsrecht kan grofweg in drie stappen worden opgedeeld. In de eerste plaats dient te worden bepaald of het Europees mededingingsrecht van toepassing is. Ten tweede rijst de vraag of de verplichtstelling inbreuk maakt op de toepasselijke Europese mededingingsregels. Tot slot dient te worden nagegaan of eventueel een rechtvaardigings- of uitzonderingsgrond voorhanden is. In mijn proefschrift duid ik deze drieslag als filtermechanisme.<sup>5</sup> De Nederlandse verplichtstelling is toelaatbaar onder het Europees mededingingsrecht indien zij bij een filter blijft steken. Dat is het geval indien een vraag uit figuur 1 negatief wordt beantwoord.

Figuur 1: filtermechanisme EU-mededingingsrecht



Deze bijdrage gaat louter in op de tweede filter; de mogelijke inbreuk op het Europees mededingingsrecht. In dit verband moet voorts worden gespecificeerd dat in relatie tot de Nederlandse verplichtstelling verschillende EU-mededingingsrechtelijke regels relevant zijn. In dit artikel zal ik ingaan op de vraag of het verplichtstellingsbesluit van de minister in strijd is met artikel 106, eerste lid, VWEU, gelezen in samenhang met het misbruikverbod uit artikel 102 VWEU. Om te kunnen beoordelen of het verplichtstellingsbesluit van de minister inbreuk maakt op deze bepalingen dient te worden vastgesteld, in de eerste plaats, of verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen kwalificeren als 'openbare bedrijven' of als ondernemingen waaraan de Nederlandse overheid 'bijzondere rechten' of 'exclusieve rechten' verleent.<sup>6</sup> Artikel 106, eerste lid, VWEU schrijft voor dat met betrekking tot zulke ondernemingen de lidstaten geen maatregelen handhaven of treffen die in strijd komen met de Verdragen. Hieruit volgt dat deze bepaling toepassing van een andere Verdragsbepaling verlangt, zoals het misbruikverbod uit artikel 102 VWEU. Daarom is in de tweede plaats vereist dat de bestanddelen van dit misbruikverbod worden onderzocht, waaronder de afbakening van de relevante product- en geografische markt en of zich een effect

<sup>1</sup> Mr. Daniek Straten is promovenda bij het Onderzoekcentrum Onderneming en Recht aan de Radboud Universiteit. Zij schrijft een proefschrift over de juridische toelaatbaarheid van verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen in het licht van bepaalde regels van Europees (economisch) recht. Het onderzoek wordt gefinancierd door Instituut Gak. De bijdrage is gebaseerd op een onderdeel van een van de hoofdstukken van het proefschrift. Zij is haar promotoren, Mark Heemskerk en Johan van de Gronden, dankbaar voor hun nuttige feedback.

<sup>2</sup> Art. 2 lid 1 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Stb. 2000, 628) (Wet Bpf 2000).

<sup>3</sup> Wet toekomst pensioenen (Stb. 2023, 216).

<sup>4</sup> Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (PbEU 2016, C 202/47) (VWEU).

<sup>5</sup> Geïnspireerd op de door Wirtz gehanteerde 'zeefmethode', zie M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2006, p. 6.

<sup>6</sup> Art. 106 lid 1 VWEU.

op de tussenstaatse handel kan voordoen.<sup>7</sup> In deze bijdrage concentreer ik me op het element 'misbruik'.<sup>8</sup>

### 3. Toetsingsmaatstaf: relatie exclusief recht en (mogelijk) misbruik

Verplichtstelling resulteert in een exclusief recht voor het betreffende bedrijfstakpensioenfonds om de arbeidsvoorwaarde pensioen in de bedrijfstak uit te voeren. Op basis van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (Hof) lijkt het aannemelijk dat tot een schending van artikel 106, eerste lid, VWEU in combinatie met artikel 102 VWEU kan worden geconcludeerd indien het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds misbruik maakt van haar economische machtspositie door het loutere uitoefenen van het haar verleende exclusieve recht, dan wel dat exclusieve recht een situatie kan scheppen waarin zij daartoe wordt gebracht.<sup>9</sup> Een risico op misbruik is daarbij al voldoende: niet is vereist dat het misbruikelijk gedrag zich daadwerkelijk voordoet.<sup>10</sup>

Om een schending van artikel 106, eerste lid, VWEU, gelezen in samenhang met het misbruikverbod uit artikel 102 VWEU, vast te kunnen stellen is vereist dat een relevante 'theory of harm' wordt gevonden.<sup>11</sup> Dat wil zeggen, in wezen, een onderbouwing waarom een bepaalde praktijk concurrentiebeperkend is of kan zijn.<sup>12</sup> In *Albany International BV, Brentjens' Handelsonderneming BV en Maatschappij Drijvende Bokken BV*, waarin de Nederlandse verplichtstelling aan toetsing werd onderworpen, heeft het Hof daar weinig aandacht aan besteed. Het Hof wees niet exact aan wat nu maakte dat bij de bedrijfstakpensioenfondsen van misbruik sprake was of zou kunnen zijn. In paragraaf 4 ga ik op zoek naar relevante theorieën of harm.

### 4. Toetsing in relatie tot verplichtstelling: wat is de theory of harm?

Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen kunnen in mijn optiek drie vormen van misbruik van machtsposi-

tie in de zin van het Europees mededingingsrecht worden onderscheiden. Of daadwerkelijk sprake is van een schending van artikel 106, eerste lid, VWEU in combinatie met artikel 102 VWEU vereist een nauwkeurige (economische) analyse per bedrijfstakpensioenfonds. Ik ga in op de mate van aannemelijkheid dat een bepaald misbruik bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds optreedt. Ik zal achtereenvolgens ingaan op (1) de 'hefboomwerking' ('le-veraging') van marktmacht en uitbreiding van de machtspositie, (2) het kennelijk onvermogen om aan de marktvraag te voldoen en (3) de dubbele petten problematiek. Vooropgesteld zij niettemin dat andere vormen van misbruik denkbaar zijn. Op basis van de mij beschikbare gegevens zie ik daartoe vooralsnog echter geen aanleiding.

#### 4.1 'Leveraging' van marktmacht

Een eerste mogelijke vorm van misbruik heeft te maken met de hefboomwerking van marktmacht. Daarmee bedoel ik dat het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds haar marktmacht op de markt waarop zij een machtspositie bezit kan proberen over te hevelen naar een afzonderlijke (maar doorgaans gerelateerde) markt om haar macht daarin te vergroten.<sup>13</sup> In de context van artikel 106, eerste lid, VWEU, gelezen in samenhang met artikel 102 VWEU, zijn meermaals arresten gewezen inzake de uitbreiding van de machtspositie van de betrokken onderneming.<sup>14</sup> Het is in mijn optiek weinig aannemelijk dat om deze reden een schending van artikel 106, eerste lid, VWEU in combinatie met artikel 102 VWEU kan worden aangenomen bij de Nederlandse verplichtstelling. Van een hefboomwerking van marktmacht en uitbreiding van de machtspositie zal niet snel sprake zijn. Nederlandse wet- en regelgeving bemoeilijkt dat. Het verbod op nevenactiviteiten betekent voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen dat zij zich enkel mogen bezighouden met activiteiten die verband houden met het tweedepijlerpensioen en bijvoorbeeld dus niet producten uit de derde pijler kunnen aanbieden.<sup>15</sup> Voor zover de markt voor tweedepijlerpensioenen voor werkzame personen die niet verplicht zijn tot deelneming als afzonderlijke markt dient te worden gezien, vormen de domeinafbakening en de artikelen 121 en 121a van de Pensioenwet voorts belangrijke beperkingen.<sup>16</sup> In de eerste plaats kan het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds vanwege de domeinafbakening slechts pensioenproducten uit de tweede pijler uitvoeren binnen de bedrijfstak(ken) waarbinnen zij actief

7 Zie bijv. J.W. van de Gronden, *Mededingingsrecht in de EU en Nederland*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2022, p. 437; art. 102 VWEU; zie bijv. ook HvJ EU 21 september 2023, C-510/22, ECLI:EU:C:2023:694 (*Romaqua Group SA*), r.o. 26, 29-35.

8 Dat heeft er mee te maken dat de analyse van art. 106 lid 1 VWEU in combinatie met het misbruikverbod uit art. 102 VWEU erg omvangrijk is en ik het in beginsel aannemelijk acht dat voor het overige de voorwaarden van die bepalingen zullen zijn vervuld. Het vereiste misbruik is een nadere beschouwing waard.

9 J.W. van de Gronden, *Mededingingsrecht in de EU en Nederland*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2022, p. 438; zie bijv. uitgebreider over deze materie A. Jones, B. Sufrin & N. Dunne, *Jones & Sufrin's EU competition law. Text, cases, and materials*, Oxford: Oxford University Press 2023, p. 611-631; zie onder meer HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV*), r.o. 93, 95; HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 (*Firma Ambulanz Glöckner*), r.o. 39; HvJ EU 21 september 2023, C-510/22, ECLI:EU:C:2023:694 (*Romaqua Group SA*), r.o. 34.

10 R. Whish & D. Bailey, *Competition law*, Oxford: Oxford University Press 2021, p. 240; zie bijv. HvJ EU 21 september 2023, C-510/22, ECLI:EU:C:2023:694 (*Romaqua Group SA*), r.o. 34.

11 Zie hierover bijv. A. Jones, B. Sufrin & N. Dunne, *Jones & Sufrin's EU competition law. Text, cases, and materials*, Oxford: Oxford University Press 2023, p. 64.

12 Zie bijv. A. Jones, B. Sufrin & N. Dunne, *Jones & Sufrin's EU competition law. Text, cases, and materials*, Oxford: Oxford University Press 2023, p. 64.

13 A. Jones, B. Sufrin & N. Dunne, *Jones & Sufrin's EU competition law. Text, cases, and materials*, Oxford: Oxford University Press 2023, p. 423.

14 Zie hierover bijv. A. Jones, B. Sufrin & N. Dunne, *Jones & Sufrin's EU competition law. Text, cases, and materials*, Oxford: Oxford University Press 2023, p. 630; deze auteurs refereren o.a. aan de volgende arresten: HvJ EU 17 juli 2014, C-553/12 P, ECLI:EU:C:2014:2083 (*Commissie/DEI*); HvJ EG 13 december 1991, C-18/88, ECLI:EU:C:1991:474 (*RTT*); HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 (*Firma Ambulanz Glöckner*).

15 Art. 1 en art. 116 lid 1 Pensioenwet (*Stb.* 2006, 705) (PW); zie bijv. M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 330; zie ook Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 7 september 1999 (*Kamerstukken II* 1998/99, 26537, nr. 2), p. 2.

16 Zie hierover bijv. ook Bijlage 820265 bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34801, nr. 7, p. 56, 57, 59, 63, 64; zie over vrijwillige aansluitingen en het misbruikverbod ook E. Lutjens, 'Vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds in relatie tot taakafbakening en mededingingsrecht', *TPV* 2018/12, p. 14-15.

is.<sup>17</sup> Dat beperkt de mogelijkheid tot vrijwillige aansluiting bij dat fonds. Immers, is een bepaalde werkgever niet gebonden aan de bedrijfstak in kwestie, dan zal hij de met zijn werknemer(s) gesloten pensioenovereenkomst(en) in beginsel niet bij dat bedrijfstakpensioenfonds kunnen onderbrengen. De artikelen 121 en 121a van de Pensioenwet begrenzen bovendien de mogelijkheid van vrijwillige aansluiting van werkgevers buiten de statutaire werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en bij verruiming daarvan. Vrijwillige aansluiting is dan alleen mogelijk in een drietal situaties, gespecificeerd in artikel 121 van de Pensioenwet. Het voorgaande beperkt in belangrijke mate de mogelijkheden van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds om de (pensioen)markt te bedienen. Haar werkzaamheden gaan niet verder dan het tweedepijlerpensioen en bovendien is vrijwillige aansluiting niet onbegrensd. Hefboomwerking van marktmacht en uitbreiding van de machtspositie ligt in mijn optiek niet voor de hand.<sup>18</sup>

#### 4.2 Kennelijk onvermogen om aan de marktvraag te voldoen

Een vorm van misbruik die bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds eerder op de loer ligt, althans op het eerste gezicht, heeft betrekking op de marktvraag. Ik ga na wanneer in dit verband sprake is van een met artikel 106, eerste lid, VWEU strijdig misbruik en de aannemelijkheid dat dit bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds optreedt.

Vertrekpunt is dat het in strijd is met artikel 106, eerste lid, VWEU als de lidstaat het uitsluitende recht zo inricht dat bij het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds sprake is van een kennelijk onvermogen om aan de marktvraag te voldoen.<sup>19</sup> In mijn optiek kan in de rechtspraak in dit verband een tweedeling worden gemaakt tussen zaken waarin vanuit *kwantitatief* oogpunt kennelijk niet aan de marktvraag kan worden voldaan, en zaken waarin dat *kwalitatief* gezien zo is. Tot die eerste categorie behoren arresten waarin de geprivilegieerde onderneming bijvoorbeeld een bepaalde aanvullende dienst geheel niet aanbood (of zou kunnen aanbieden) of niet de gehele marktvraag aankon en daarom duldde dat de betreffende activiteit tot op zeke-

re hoogte door anderen werd verricht.<sup>20</sup> De kwaliteit van de marktvraag was *mogelijkerwijs* voorwerp van geschil in *Albany International BV, Brentjens' Handelsonderneming BV* en *Maatschappij Drijvende Bokken BV*. De term 'mogelijkerwijs' gebruik ik hier bewust nu de analyse van het Hof in deze zaken in mijn optiek op het punt van het mogelijk misbruik uitermate betreurenswaardig is en in belangrijke mate verstoken blijft van de benodigde duidelijkheid. De beperkte aandacht die het Hof heeft besteed aan de *theory of harm*, doet het volgende vermoeden. Het Hof lijkt te suggereren dat de verleende exclusieve rechten resulteren in een kennelijk onvermogen om aan de marktvraag te voldoen, gelet op het feit dat bepaalde ondernemingen een betere pensioenregeling wilden treffen voor hun werknemers maar dat niet mogelijk was omdat zij het beheer daarvan niet konden opdragen aan één enkele verzekeraar.<sup>21</sup> Partijen klaagden bij het Hof dat de pensioenen van de bedrijfstakpensioenfonds niet (langer) aansloten op hun behoeften.<sup>22</sup> Zo zouden de pensioenuitkeringen te gering zijn.<sup>23</sup> Mogelijk vond het Hof daarmee dat de fondsen de *kwaliteit* van de vraag niet aankonden. Het kennelijk onvermogen om aan de marktvraag te voldoen vanuit kwalitatief oogpunt is ook terug te vinden in andere arresten. In *AG2R Prévoyance* werd geklaagd dat verzekeraars betere waarborgen kenden dan die aangeboden door de geprivilegieerde entiteit.<sup>24</sup> De onmogelijkheid om een aanvullende zorgverzekering af te sluiten bij een andere instantie en de concurrentiebeperking die daaruit voortvloeide, vloeide direct voort uit het toegekende exclusieve recht.<sup>25</sup> Volgens het Hof bleek uit de beschikbare gegevens niet dat de door de geprivilegieerde onderneming aangeboden diensten niet voldeden aan de wensen van de betreffende ondernemingen.<sup>26</sup> In *Pavel Pavlov e.a.* oordeelde het Hof dit laatste ook, en voegde daaraan toe dat de betrokken medisch specialisten niet de wens hadden geuit om hun pensioen onder te brengen bij een verzekeraar.<sup>27</sup> Een schending van (de voorlopers van) de artikelen 102 en 106 VWEU werd niet aangenomen.<sup>28</sup>

17 Art. 1 PW; zie bijv. *Asser/Lutjens 7-XI 2023/840*, 851.

18 Ik verwacht dat de mogelijke vrijwillige deelneming van zelfstandigen in een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds in het kader van de experimenteerruimte die is gecreëerd in het nieuwe pensioenstelsel, die conclusie niet anders zal maken. Gelet op de omvang van deze bijdrage valt dit verder buiten de reikwijdte daarvan; ik begrijp Sluijs zo, dat hij met betrekking tot vrijwillige pensioenregelingen een risico op misbruik in verband met hefboomwerking identificeert, zie J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen. Het mededingingsrecht en vrij verkeer van diensten voor zorg- en pensioenbelangen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 142-143. Gelet op de begrenzingen uit Nederlandse wet- en regelgeving die ik in paragraaf 4.1 uiteen heb gezet lijkt me dat risico evenwel niet aannemelijk. Zie over verplichtstelling van dergelijke regelingen bijv. *Asser/Lutjens 7-XI 2023/372*.

19 Zie bijv. A. Jones, B. Sufrin & N. Dunne, *Jones & Sufrin's EU competition law. Text, cases, and materials*, Oxford: Oxford University Press 2023, p. 629, 655; zie bijv. HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Klaus Höfner en Fritz Elser*), r.o. 29-31, 34; HvJ EU 3 maart 2011, C-437/09, ECLI:EU:C:2011:112 (*AG2R Prévoyance*), r.o. 68-72; HvJ EG 12 september 2000, C-180 – 184/98, ECLI:EU:C:2000:428 (*Pavel Pavlov e.a.*), r.o. 127-130.

20 HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Klaus Höfner en Fritz Elser*), r.o. 4, 8-10, 31, 34; Gerecht EU 25 maart 2015, T-556/08, ECLI:EU:T:2015:189 (*Slovenská pošta a.s.*), r.o. 9, 10, 30, 348; met de term 'geprivilegieerde onderneming' doel ik op 'openbare bedrijven' of ondernemingen met 'bijzondere rechten' of 'uitsluitende rechten', zie art. 106 lid 1 VWEU.

21 Zie bijv. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV*), r.o. 95, 97; in deze bijdrage zal ik niet ook verwijzen naar *Maatschappij Drijvende Bokken BV* en *Brentjens' Handelsonderneming BV*; Van der Poel is een andere mening toegedaan, zie M.J.C.M. van der Poel, *De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds en beroeps-pensioenregelingen. Toetsing aan het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging*, Amsterdam: Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam 2013, p. 44, 49.

22 HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV*), r.o. 94.

23 HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV*), r.o. 94.

24 HvJ EU 3 maart 2011, C-437/09, ECLI:EU:C:2011:112 (*AG2R Prévoyance*), r.o. 66, 70.

25 HvJ EU 3 maart 2011, C-437/09, ECLI:EU:C:2011:112 (*AG2R Prévoyance*), r.o. 71.

26 HvJ EU 3 maart 2011, C-437/09, ECLI:EU:C:2011:112 (*AG2R Prévoyance*), r.o. 72.

27 HvJ EG 12 september 2000, C-180 – 184/98, ECLI:EU:C:2000:428 (*Pavel Pavlov e.a.*), r.o. 2, 128, 129.

28 HvJ EG 12 september 2000, C-180 – 184/98, ECLI:EU:C:2000:428 (*Pavel Pavlov e.a.*), r.o. 130.

Het lijkt me niet aannemelijk dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds in kwantitatieve termen kennelijk niet kan voldoen aan de marktvraag naar de activiteiten ten aanzien waarvan zij een exclusief recht bezit. Anders gezegd, ik acht de kans verwaarloosbaar klein dat zij klaarblijkelijk niet in staat zou zijn de tweedepijlerpensioenen te verzorgen in de bedrijfstak(ken) voor alle werkzame personen die onder de betreffende verplichtstelling vallen. In *Albany International BV, Brentjens' Handelsonderneming BV* en *Maatschappij Drijvende Bokken BV* refereerde het Hof daar ook niet aan. Het ligt mijns inziens meer voor de hand dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds vanuit kwalitatief oogpunt kennelijk niet aan de marktvraag kan voldoen. Bijvoorbeeld omdat bij dat fonds betrokken goede risico's bij particuliere verzekeringsmaatschappijen betere voorwaarden kunnen bedingen.<sup>29</sup> Toch dient ook hier niet te snel tot de conclusie te worden overgegaan dat van een inbreuk op artikel 106, eerste lid, VWEU sprake is. In de rechtspraak is niet duidelijk bepaald wanneer kwalitatief gezien men geacht kan worden kennelijk niet (langer) aan de marktvraag te kunnen voldoen. De duidelijkste aanwijzing geeft het Hof in *Job Centre coop. arl*, waarin het refereert aan het onvermogen om aan een aanzienlijk gedeelte van de vraag te voldoen.<sup>30</sup> Voor zover deze formulering relevantie heeft in zaken waarin de kwaliteit ter discussie staat leid ik daaruit af dat het feit dat een enkele (gewezen) deelnemer of pensioengerechtigde een betere pensioenregeling kan bedingen bij een verzekeraar, niet voldoende is.<sup>31</sup> Wanneer deze drempel dan wel wordt overschreden, is vooralsnog onduidelijk. Een objectieve maatstaf bestaat niet.

Het voorgaande in acht nemende, is mijn verwachting dat een schending van artikel 106, eerste lid, VWEU in combinatie met artikel 102 VWEU vanwege een kennelijk onvermogen om in kwantitatieve termen aan de marktvraag te voldoen, uiterst onwaarschijnlijk is. Het is aannemelijker dat een inbreuk op die artikelen wordt gemaakt omdat het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds in kwalitatieve zin klaarblijkelijk niet in staat is aan de marktvraag te voldoen. Dan kan worden gesteld dat de inrichting van het exclusieve recht door de lidstaat – Nederland – mededingingsrechtelijk in beginsel onhoudbaar is. Een uitgemaakte zaak is dit in mijn optiek echter niet, en het zal bovendien afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Gelet op de rechtspraak komt daarbij volgens mij onder meer relevantie toe aan de volgende aspecten. Ten eerste: of de tweedepijlerpensioenen bij het verplichte bedrijfstakpensioenfonds niet langer voldoen aan de behoeften van de bij dat pensioenfonds betrokken personen. Ten tweede: of andere pensioenuitvoerders betere voorwaarden bieden welke het betreffende bedrijfstakpen-

sioenfonds niet kan offeren. Ten derde: of een aanzienlijk aantal personen de wens uiten om hun tweedepijlerpensioenen bij die andere instellingen onder te brengen.<sup>32</sup>

#### 4.3 Dubbele petten problematiek: verplichtstelling én vrijstelling

Een derde vorm van misbruik die zich bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds kan voordoen heeft te maken met de zogeheten 'dubbele petten problematiek'. In de context van de verplichtstelling bedoel ik daarmee dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds niet alleen belast is de verplichtstelling uit te voeren, maar daarnaast ook bevoegd is over vrijstellingen te besluiten (artikel 13 lid 1 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000). Wanneer ik aan de dubbele petten problematiek refereer doel ik dus op deze dubbele rol van verplichtstelling én vrijstelling. Uit de rechtspraak volgt dat het Hof het dragen van een dubbele pet onder omstandigheden accepteert.<sup>33</sup> De praktijkvoorbeelden die ik in deze paragraaf bespreek zijn louter illustratief.

In *Albany International BV, Brentjens' Handelsonderneming BV* en *Maatschappij Drijvende Bokken BV* stond het Hof de beschreven dubbele pet van de verplichte bedrijfstakpensioenfonds toe.<sup>34</sup> Hier moet met name worden benadrukt dat het Hof ten aanzien van de verplichte vrijstelling geen moeilijkheden vond, omdat het fonds op dit punt slechts toetst of de voorwaarden die door de minister zijn gesteld, zijn vervuld.<sup>35</sup> Met betrekking tot de vrijwillige vrijstellingsbevoegdheid overwoog het dat de uitoefening daarvan een ingewikkelde beoordeling inhoudt, welke een ruime beoordelingsmarge vereist.<sup>36</sup> Gegeven die ingewikkeldheid en de risico's die inwilliging van vrijstellingsverzoeken meebrengt voor de verwezenlijking van de sociale taak waarmee het bedrijfstakpensioenfonds is belast, kan een lidstaat van mening zijn dat de vrijstellingsbevoegdheid niet aan een ander dient te worden toegekend.<sup>37</sup> Wel is belangrijk dat de nationale rechter in voorkomend geval de afwijzing van het vrijstellingsverzoek toetst en daarbij controleert dat geen sprake is van willekeur, het

29 Vgl. bijv. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV*), r.o. 108.

30 HvJ EG 11 december 1997, C-55/96, ECLI:EU:C:1997:603 (*Job Centre coop. arl*), r.o. 34.

31 Vgl. in deze zin over *Pavel Pavlov e.a.* M.J.C.M. van der Poel, *De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds en beroepspensioenregelingen. Toetsing aan het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging*, Amsterdam: Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam 2013, p. 47.

32 Of in dit verband enige relevantie toekomt aan het vereiste van een 'belangrijke meerderheid' in art. 2 lid 1 Wet Bpf 2000 bij aanvraag van de verplichtstelling en de periodieke representativiteitstoets uit art. 12 Wet Bpf 2000, is mij op dit moment niet duidelijk.

33 Zie over deze problematiek bijv. Van Bael & Bellis, *Competition law of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2021, p. 910-915; zie bijv. HvJ EG 13 december 1991, C-18/88, ECLI:EU:C:1991:474 (*RTT*), r.o. 25, 26, 28; HvJ EG 12 februari 1998, C-163/96, ECLI:EU:C:1998:54 (*Silvano Raso e.a.*), r.o. 28-32; HvJ EG 1 juli 2008, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*MOTOE*), r.o. 51-53; zie in relatie tot de verplichtstelling bijv. M.J.C.M. van der Poel, *De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds en beroepspensioenregelingen. Toetsing aan het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging*, Amsterdam: Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam 2013, p. 53-54.

34 Overigens is niet geheel duidelijk of het Hof de opmerkingen over de dubbele petten problematiek plaatste in de context van wat nu art. 106 lid 1 óf lid 2 VWEU betreft, zie ook A. Jones, B. Sufrin & N. Dunne, *Jones & Sufrin's EU competition law. Text, cases, and materials*, Oxford: Oxford University Press 2023, p. 629-630.

35 Zie bijv. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV*), r.o. 116-117.

36 Zie bijv. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV*), r.o. 118-119.

37 Zie bijv. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV*), r.o. 120.

non-discriminatiebeginsel is gerespecteerd en andere wet-tigheidsvereisten.<sup>38</sup>

In latere rechtspraak is de betreffende *theory of harm* met betrekking tot de dubbele petten problematiek nader ingekleurd. De vraag rijst of een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds in haar beleid met betrekking tot vrijstelling van de plicht tot deelneming riskeert misbruik te maken van haar machtspositie. Is dat het geval, dan kan een schending van artikel 106, eerste lid, VWEU, gelezen in samenhang met artikel 102 VWEU, worden aangenomen. Uit de rechtspraak inzake de dubbele petten problematiek kunnen een aantal gezichtspunten worden afgeleid die voor deze toetsing relevant zijn. Deze zal ik bespreken en toepassen op de Nederlandse verplichtstelling. Daarbij zij opgemerkt dat óf strijdigheid met artikel 106, eerste lid, VWEU in combinatie met artikel 102 VWEU aannemelijk is per bedrijfstakpensioenfonds kan verschillen en nader onderzoek vereist. Hier volgt opnieuw een beschouwing op hoofdlijnen. Ik ga in op verplichte en vrijwillige vrijstelling.

Ten aanzien van het verlenen van verplichte vrijstellingen lijkt het in mijn optiek op het eerste gezicht uitgesloten dat op dit punt het Hof tot een schending zou concluderen. Dat heeft ermee te maken dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds bij de beoordeling van verzoeken inzake verplichte vrijstelling volledig gebonden is aan de vereisten die in het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (Vrijstellings- en boetebesluit) zijn gesteld.<sup>39</sup> Vrijstelling *moet* volgen indien deze zijn vervuld. Niettemin lijkt zij wel enige vrijheid te hebben bij de vaststelling van voorschriften die bij de vrijstelling kunnen worden gevoegd. Ik ga daar bij de bespreking van vrijwillige vrijstellingen nader op in.

Ten aanzien van vrijwillige vrijstelling beschikt het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds over meer vrijheid. Dit behelst immers een discretionaire bevoegdheid.<sup>40</sup> Zij kan, binnen de grenzen van de wet, haar eigen beleid bepalen.<sup>41</sup> Het risico dat in dit verband op de loer ligt is dat het bedrijfstakpensioenfonds een beleid voert waarbij zij haar eigen diensten bevoordeelt door ingediende vrijstellingsverzoeken af te wijzen.<sup>42</sup> Via haar vrijwillige vrijstellingsbeleid is zij in wezen in staat te bepalen of andere marktdeelnemers tweedepijlerpensioendiensten kunnen gaan aanbieden aan de werknemers ten aanzien van wie om vrijstelling is verzocht, en kan zij concurrenten zodoende de toegang tot een gedeelte van de markt weigeren.<sup>43</sup> Het beleid van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds op dit punt zal niettemin

mededingingsrechtelijk aanvaardbaar zijn indien het deugdelijk is vormgegeven. Of daar sprake van is, hangt af van een aantal factoren. In de eerste plaats hecht het Hof belang aan de vraag of de uitoefening van de bevoegdheid in kwestie is onderworpen aan restricties, verplichtingen en controle waarmee het risico op misbruik kan worden weggenomen.<sup>44</sup> Relevant is enerzijds of die bevoegdheid wordt afgepaald door materiële criteria die helder en nauwkeurig zijn en bovendien transparant.<sup>45</sup> Daarmee kan willekeur en discriminatie worden voorkomen en wordt effectief toezicht mogelijk.<sup>46</sup> Anderzijds zijn procedurele regelingen nodig die transparant zijn en niet-discriminatoir, in het bijzonder inzake relevante termijnen.<sup>47</sup> Deze regelingen en materiële criteria dienen bovendien op voorhand op toegankelijke wijze te zijn uitgegeven.<sup>48</sup>

Ten aanzien van de procedurele regelingen kan in ieder geval worden opgemerkt dat het Vrijstellings- en boetebesluit termijnen vastlegt en dat bezwaar, beroep en hoger beroep mogelijk zijn overeenkomstig de Algemene wet bestuursrecht.<sup>49</sup> Dat is transparant en lijkt zo bezien niet discriminatoir. Of dat reeds voldoende inkadering is in procedureel opzicht van de bevoegdheid tot vrijwillige vrijstelling volgt niet duidelijk uit de rechtspraak, alhoewel het Hof de termijnen in het bijzonder van belang lijkt te achten.<sup>50</sup> Mogelijk is een relevante overweging in hoeverre verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen daarnaast enig relevant procedureel beleid op dit punt hebben gepubliceerd. Het (verplichtgestelde) Bedrijfstakpensioenfonds Levensmiddelen heeft bijvoorbeeld in een document uit 2022 inzake haar vrijstellingenbeleid een paragraaf opgenomen over de vrijstellingsprocedure.<sup>51</sup> Een ander mogelijk voorbeeld betreft de informatie over de bezwaarprocedure in een bijlage bij het uitvoeringsreglement van december 2023 van Stichting Bedrijfstakpensioenfonds Mode-, Interieur-, Tapijt- en

38 Zie bijv. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV*), r.o. 121.

39 Vgl. bijv. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV*), r.o. 116-117; voor de verplichte vrijstellingsgronden zie art. 1 onder g, art. 2, art. 3, art. 4, art. 4a en art. 5 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (*Stb.* 2000, 633); voor een nadere uitwerking hiervan zie ook Regeling vrijstellingen Wet Bpf 2000 (*Stcrt.* 2023, 17727).

40 Zie bijv. *Asser/Lutjens* 7-XI 2023/408, 452; art. 1 onder g en art. 6 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

41 Zie bijv. *Asser/Lutjens* 7-XI 2023/408, 452, 453.

42 Vgl. bijv. HvJ EG 12 februari 1998, C-163/96, ECLI:EU:C:1998:54 (*Silvano Raso e.a.*), r.o. 28-30.

43 Vgl. bijv. HvJ EG 1 juli 2008, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*MOTOE*), r.o. 38, 51, 52.

44 HvJ EU 21 december 2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (*European Superleague Company SL*), r.o. 134, 138, 147; zie bijv. ook HvJ EG 1 juli 2008, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*MOTOE*), r.o. 52, 53; overigens zij opgemerkt dat hoewel in *European Superleague Company SL* art.106 lid 1 VWEU niet centraal stond, daar wel meermaals aan werd gerefereerd en ook relevante rechtspraak in dat verband werd aangehaald. Dat rechtvaardigt te meer dat de overwegingen van het Hof in deze zaak in het onderhavige onderzoek worden betrokken.

45 HvJ EU 21 december 2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (*European Superleague Company SL*), r.o. 135, 147, 148; vgl. ook HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 (*Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*), r.o. 90, 91, 99.

46 HvJ EU 21 december 2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (*European Superleague Company SL*), r.o. 135.

47 HvJ EU 21 december 2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (*European Superleague Company SL*), r.o. 136, 147, 148.

48 HvJ EU 21 december 2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (*European Superleague Company SL*), r.o. 151.

49 Art. 1a Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000; zie bijv. M. Heemskerck, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 356-357; zie bijv. ook *Asser/Lutjens* 7-XI 2023/412 en *Asser/Lutjens* 7-XI 2023/423; Algemene wet bestuursrecht (*Stb.* 1992, 315); de mogelijkheid van rechterlijke toetsing van het door het verplichte bedrijfstakpensioenfonds genomen besluit lijkt in ieder geval een relevante omstandigheid te zijn, zie bijv. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV*), r.o. 121; zie in dit verband bijv. ook Van Bael & Bellis, *Competition law of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2021, p. 914, 915.

50 HvJ EU 21 december 2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (*European Superleague Company SL*), r.o. 136.

51 Paragraaf 1.6 'Vrijstellingsbeleid', bpf.nl, 2022.

Textielindustrie (MITT).<sup>52</sup> Daarin zijn onder meer bepalen opgenomen inzake de bezwaarschriftcommissie, de indiening en ontvankelijkheid van een bezwaarschrift en het hoorrecht.<sup>53</sup> Wat betreft de materiële criteria die het verplichte bedrijfstakpensioenfonds gebruikt in haar besluitvorming inzake vrijwillige vrijstelling, kan worden opgemerkt dat het Vrijstellings- en boetebesluit in dat verband haar veel ruimte laat.<sup>54</sup> Het is zaak dat het verplichte bedrijfstakpensioenfonds gebruikmaakt van heldere en nauwkeurige criteria, die bovendien transparant zijn.<sup>55</sup> Het is lastig dat uit de rechtspraak (nog) niet duidelijk volgt wanneer hieraan is voldaan. Vereist de transparantie dat de materiële criteria inzake het vrijwillige vrijstellingenbeleid via de website van het betreffende fonds zijn te raadplegen, zoals het geval is bij MITT, of is het reeds voldoende dat dit bij haar opvraagbaar is?<sup>56</sup> Wat betreft de duidelijk- en nauwkeurigheid van deze criteria is illustratief het uitvoeringsreglement uit 2024 van de Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn (PFZW). Daarin is opgenomen dat enkel "(...) zeer bijzondere omstandigheden (...)" reden kunnen zijn tot vrijwillige vrijstelling.<sup>57</sup> Dat is het geval, indien de belangen van werkgever zo gewichtig zijn dat deze voorrang moeten krijgen boven het belang van PFZW om het verzoek niet in te willigen.<sup>58</sup> Dat lijkt zo gezien een zeer ruime maatstaf. Het bakent de discretionaire bevoegdheid van PFZW om over vrijwillige vrijstellingen te beslissen immers nauwelijks af. Discriminatie en willekeur liggen dan eerder in het verschiet.<sup>59</sup> Evenwel dient ook hier terughoudendheid te worden betracht, omdat het Hof en het Gerecht zich eerst nader dienen uit te laten over het criterium van nauwkeurigheid en duidelijkheid.

Mogelijk komt in dit verband nog bijzondere relevantie toe aan de overwegingen van het Hof in *Albany International BV, Brentjens' Handelonderneming BV en Maatschappij Drijvende Bokken BV* ten aanzien van de ingewikkelde beoordeling die de vrijwillige vrijstellingsbevoegdheid met zich meebrengt voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen, en de ruime beoordelingsmarge die daarbij

is vereist.<sup>60</sup> Of, en zo ja op welke wijze, die overwegingen passen in de voorgaande analyse is vooralsnog niet duidelijk. Ik durf evenwel de verwachting uit te spreken dat toepassing van de bedoelde overwegingen van het Hof betekent dat de drempel hoger ligt voor het vinden van een mededingingsrechtelijke inbreuk als bedoeld in deze bijdrage, gelet op de ingewikkeldheid van de beoordeling die het fonds moet uitvoeren en de sociale taak waarmee zij is belast.<sup>61</sup> Daarmee bedoel ik dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds in mijn ogen mogelijk meer ruimte heeft in de vormgeving en uitvoering van haar vrijwillige vrijstellingenbeleid dan normaliter op andere beleidsterreinen bij een dubbele pet het geval zou zijn. Dat kan betekenen dat een materieel criterium zoals gehanteerd door PFZW in haar uitvoeringsreglement uit 2024 eerder als toelaatbaar kan worden beschouwd. Wordt een vrijstellingsbesluit aan de nationale rechter voorgelegd, dan zal hij terughoudend toetsen.

De bevoegdheid om voorschriften te stellen bij de verplichte of vrijwillige vrijstelling dient naar verwachting met dezelfde waarborgen te zijn omlijnd. Met name artikel 7, eerste lid, van het Vrijstellings- en boetebesluit lijkt in dat verband beleidsvrijheid aan het bedrijfstakpensioenfonds toe te kennen door te bepalen dat zij "(...) ter verzekering van een goede uitvoering van de wet" voorschriften kan stellen.<sup>62</sup> Die bevoegdheid is niet geheel onbelangrijk, want het overtreden van een dergelijk voorschrift kan het einde betekenen van een verleende vrijstelling.<sup>63</sup> De Greef merkt op dat de bevoegdheid uit artikel 7, eerste lid, van het Vrijstellings- en boetebesluit zelden wordt gebruikt in de praktijk.<sup>64</sup> Dat laat echter onverlet dat deze bepaling een bedrijfstakpensioenfonds in theorie zou kunnen aanmoedigen tot misbruik. Met het stellen van voorschriften kan zij immers de toegang tot de markt beïnvloeden. Materiële criteria en procedurele regelingen zoals hierboven beschreven dienen de discretionaire ruimte van het verplichte bedrijfstakpensioenfonds op dit punt in te kaderen. Zo noemt De Greef dat het instellen van bezwaar en beroep mogelijk is ten aanzien van haar besluit om voorschriften te koppelen aan vrijstelling.<sup>65</sup> In haar beleidsregels uit 2024 noemt het Pensioenfonds Metaal en Techniek expliciet dat bezwaar tegen de door haar gestelde voorschriften mogelijk is.<sup>66</sup> In materiële zin benoemt zij ook in die beleidsregels welke voorschriften zij bij vrijstelling zal voegen.<sup>67</sup> Of de koppeling van de mogelijkheid om voorschriften te stellen in artikel 7, eerste lid, van het Vrijstellings- en boetebesluit aan

52 Bijlage B 'Uitvoeringsreglement Stichting Bedrijfstakpensioenfonds Mode-, Interieur-, Tapijt- en Textielindustrie', pensioenfondsmitt.nl, 31 december 2023.

53 Art. 2, art. 3, art. 5, art. 6 en art. 7 bijlage B 'Uitvoeringsreglement Stichting Bedrijfstakpensioenfonds Mode-, Interieur-, Tapijt- en Textielindustrie', pensioenfondsmitt.nl, 31 december 2023.

54 Art. 6 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 spreekt in algemene zin over 'andere redenen'.

55 Zie bijv. HvJ EU 21 december 2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (*European Superleague Company SL*), r.o. 135, 147, 148.

56 Zie met name art. 5 bijlage A en art. 12.1 'Uitvoeringsreglement Stichting Bedrijfstakpensioenfonds Mode-, Interieur-, Tapijt- en Textielindustrie', pensioenfondsmitt.nl, 31 december 2023; zie ook paragraaf 3 'Vrijstellingsbeleid per 1 januari 2023', pensioenfondsmitt.nl, 1 januari 2023.

57 Art. 2.6 lid 1 en lid 2 '4. Uitvoeringsreglement. Statuten en reglementen 2024 Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn', pfzw.nl, januari 2024.

58 Art. 2.6 lid 2 '4. Uitvoeringsreglement. Statuten en reglementen 2024 Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn', pfzw.nl, januari 2024; voor vergelijkbare bepalingen zie bijv. art. 17.1.2 'Uitvoeringsreglement 2024', bpf schilders.nl, januari 2024; zie bijv. ook art. 5 bijlage A 'Uitvoeringsreglement Stichting Bedrijfstakpensioenfonds Mode-, Interieur-, Tapijt- en Textielindustrie', pensioenfondsmitt.nl, 31 december 2023.

59 Vgl. bijv. HvJ EU 21 december 2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (*European Superleague Company SL*), r.o. 135; vgl. bijv. ook HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV*), r.o. 121.

60 Zie bijv. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV*), r.o. 118-120.

61 Zie bijv. ook Van Bael & Bellis, *Competition law of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2021, p. 914-915; zie bijv. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany International BV*), r.o. 119-120.

62 Art. 7 lid 1 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

63 Art. 8 lid 1 en lid 3 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

64 De Greef, in: *T&C Pensioenrecht*, art. 7 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000, aant. 1b (online, bijgewerkt 1 april 2025).

65 De Greef, in: *T&C Pensioenrecht*, art. 7 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000, aant. 1c (online, bijgewerkt 1 april 2025).

66 Bijlage 3 'Beleidsregels 2024', pmt.nl, 1 januari 2024.

67 Bijlage 3 'Beleidsregels 2024', pmt.nl, 1 januari 2024.

“(…) een goede uitvoering van de wet” in materieel opzicht reeds voldoende is, is mij niet duidelijk.<sup>68</sup>

Het is lastig harde uitspraken te doen over de aannemelijkheid van een schending van artikel 106, eerste lid, VWEU in combinatie met artikel 102 VWEU vanwege de dubbele petten problematiek bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. De belangrijkste reden daarvoor is dat de gezichtspunten uit met name *European Superleague Company SL* in de rechtspraak eerst nader dienen te worden verduidelijkt. De toetsingsmaatstaf voor het vinden van een inbreuk is op dit moment te weinig concreet. Wel wil ik enige algemene verwachtingen uitspreken. In de eerste plaats lijkt me aannemelijk dat problemen eerder zullen optreden bij vrijwillige vrijstelling dan verplichte vrijstelling, vanwege het karakter van de betreffende bevoegdheden. Ook verwacht ik dat bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds minder snel tot een schending zal worden geconcludeerd in vergelijking tot andere entiteiten, gelet op haar sociale taak en de ingewikkelde beoordeling die zij moet uitvoeren naar aanleiding van een verzoek tot vrijwillige vrijstelling. Omdat het Hof in zijn rechtspraak in het bijzonder het stellen van termijnen een belangrijk punt vond voor de procedurele inkadering en het Vrijstellings- en Boetebesluit deze opsomt, verwacht ik voorts hier niet zo snel moeilijkheden. Het gebrek in de rechtspraak aan de benodigde duidelijkheid betekent dat er een risico ligt voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Een goed ingekaderd en vormgegeven vrijstellingenbeleid zal de kans op mededingingsrechtelijke problemen niettemin verkleinen.

De voorgaande discussie heeft zich gecentreerd op de *inrichting* van het vrijstellingenbeleid van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Het *niemals* inwilligen van vrijwillige vrijstellingsverzoeken zal echter naar verwachting ook inbreuk maken op de artikelen die centraal staan in deze bijdrage.<sup>69</sup> Zo staat in het uitvoeringsreglement uit 2018 van het Bedrijfspensioenfondsen voor het Bakkersbedrijf: “[h]et beleid van het fonds is geen vrijstelling te verlenen om andere redenen”.<sup>70</sup> In zoverre dit een ‘per se nee-beleid’ betreft lijkt me dat mededingingsrechtelijk waarschijnlijk niet houdbaar aangezien het bedrijfstakpensioenfonds zodoende een gedeelte van de ‘vrije pensioenmarkt’ zonder nadere afweging aan zichzelf zou voorbehouden.<sup>71</sup>

## 5. Conclusie en aanbevelingen

In deze bijdrage heb ik onderzocht of het verplichtstellingsbesluit van de minister in strijd is met artikel 106, eerste lid, VWEU, gelezen in samenhang met het misbruikverbod uit artikel 102 VWEU. Daarbij heb ik gelet op de omvang van de analyse louter de aandacht gevestigd op het mogelijke misbruik.

Naar mijn mening lijkt in dat verband de *theory of harm* bij de Nederlandse verplichtstelling in bepaalde opzichten relatief dun. Dat betekent dat een schending niet per se voor de hand ligt. *Leveraging* van marktmacht en uitbreiding van de machtspositie lijkt me gelet op Nederlandse wet- en regelgeving weinig aannemelijk. Ik zie daarnaast niet in dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds in kwantitatieve zin de marktvraag kennelijk niet zou aankunnen. Hoewel het voorstelbaarder is dat zij vanuit kwalitatief oogpunt klaarblijkelijk niet aan de marktvraag kan voldoen, staat ook dat niet vast. Wat betreft de dubbele petten problematiek is met name noodzakelijk een nadere verduidelijking van de institutionele grenzen die in de rechtspraak zijn ontwikkeld. De kans op mededingingsrechtelijke moeilijkheden acht ik het grootst bij het hanteren van een ‘per se nee-beleid’: het verplichte bedrijfstakpensioenfonds zal zich dan naar verwachting op glad ijs begeven.

Ik wil hierbij onder andere nog een viertal aanbevelingen doen. In de eerste plaats: waarborgen uit Nederlandse wet- en regelgeving zoals het verbod op nevenactiviteiten verkleinen de kans op een schending aanzienlijk. Het behoud daarvan is daarom vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt wenselijk. Ten tweede zou monitoring van het vermogen van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds om in kwantitatieve en met name kwalitatieve zin aan de marktvraag te voldoen de sociale partners, het betreffende fonds en de Nederlandse autoriteiten in staat stellen een vinger aan de pols te houden. Een relevant signaal kan bijvoorbeeld zijn dat een aanzienlijke groep bij het bedrijfstakpensioenfonds betrokken personen zou willen overstappen naar een andere uitvoerder die gunstigere voorwaarden biedt. Ten derde: verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen dienen te zorgen voor een goed ingekaderd en deugdelijk vormgegeven vrijstellingenbeleid, in lijn met de gezichtspunten uit de Europese rechtspraak ten aanzien van de dubbele petten problematiek. In de vierde plaats verdient aanbeveling dat voor zover verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen een ‘per se nee-beleid’ hanteren ten aanzien van vrijwillige vrijstellingen, dergelijk beleid onmiddellijk wordt afgeschaft. Tot slot zij opgemerkt dat wat betreft de vormen van misbruik die bij de Nederlandse verplichtstelling wellicht het meest aannemelijk zijn in belangrijke mate onzekerheid bestaat over de te hanteren toetsingsmaatstaven uit de rechtspraak van het Hof. Verduidelijking daarvan door het Hof (en het Gerecht) zal een betere inschatting van de juridische risico's mogelijk maken.

Gelet op de nog bestaande onzekerheid kan ik niet uitsluiten dat een verplichtstellingsbesluit van de minister inbreuk maakt op artikel 106, eerste lid, VWEU, gelezen in samenhang met artikel 102 VWEU. Ik verwacht evenwel,

68 Art. 7 lid 1 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

69 Vgl. bijv. HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 (*Firma Ambulanz Glöckner*), r.o. 40; zie hierover ook J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen. Het mededingingsrecht en vrij verkeer van diensten voor zorg- en pensioenbelangen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 136.

70 Art. 11.2 'Uitvoeringsreglement Stichting Bedrijfspensioenfondsen voor het Bakkersbedrijf', bakkerspensioen.nl, 5 oktober 2018; zie bijv. ook art. 11.2 'Uitvoeringsreglement van Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor Vlees, Vleeswaren, Gemaksvlees en Pluimveevlees', vlep.nl, 1 januari 2024.

71 Zie voor deze term ook J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen. Het mededingingsrecht en vrij verkeer van diensten voor zorg- en pensioenbelangen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 136; vgl. in dit verband bijv. HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 (*Firma Ambulanz Glöckner*), r.o. 40.

met de nodige voorzichtigheid, dat in ieder geval het gros van de verplichtstellingsbesluiten deze toetsing zal kunnen doorstaan. Dat is een buitengewoon belangrijke constatering. Zoals uitgelegd in paragraaf 1 is immers in de praktijk met name aandacht besteed aan de uitzonderings- of rechtvaardigingsgronden en in het bijzonder de DAEB-exceptie in artikel 106, tweede lid, VWEU. Dat onderzoeksperspectief is begrijpelijk. Ik denk dat daarvoor twee mogelijke verklaringen zijn. In de eerste plaats leeft bij sommige auteurs mogelijk nog de idee dat het verlenen van het exclusieve recht als zodanig *per definitie* in strijd is met het Europees mededingingsrecht en rechtvaardiging behoeft.<sup>72</sup> Van deze aanpak is het Hof echter afgestapt: de toets is, zoals nader uitgelegd in paragraaf 3, of de onderneming in kwestie misbruik maakt van haar economische machtspositie door het loutere uitoefenen van het haar verleende exclusieve recht, dan wel dat exclusieve recht een situatie kan scheppen waarin zij daartoe wordt gebracht.<sup>73</sup> In de tweede plaats zijn de overwegingen van het Hof in *Albany International BV, Brentjens' Handelonderneming BV* en *Maatschappij Drijvende Bokken BV* ten aanzien van de mogelijke inbreuk op wat nu artikel 106, eerste lid, VWEU en artikel 102 VWEU betreffen in belangrijke mate buitengewoon onduidelijk. Ik noemde de analyse van het Hof ten aanzien van het vermoedelijke misbruik eerder al betreurenswaardig. Het biedt weinig houvast voor de rechtspraktijk. De gebrekkige redenering van het Hof inzake de *theory of harm* bij de verplichtstelling werkt door naar actuele discussies in de Nederlandse rechtspraktijk over de juridische toelaatbaarheid van die rechtsfiguur, bijvoorbeeld in de context van de Wtp. Daaraan is tot dusverre weinig aandacht besteed.

De mogelijke EU-mededingingsrechtelijke inbreuk verdient in mijn optiek meer aandacht. Het belang van dergelijk onderzoek mag niet worden onderschat. Tenslotte, maakt de Nederlandse verplichtstelling géén inbreuk op die regels dan hoeft de zoektocht naar een uitzonderings- of rechtvaardigingsgrond niet te worden gestart. Daarbij zij opgemerkt dat deze bijdrage slechts *a small piece of the puzzle* vormt, zowel met betrekking tot het EU-mededingingsrechtelijke toetsingskader, de handelingen die aan die EU-mededingingsrechtelijke toetsing dienen te worden onderworpen als de EU-mededingingsrechtelijke toetsingsvoorwaarden. Bovendien, mocht de Nederlandse verplichtstelling juridisch toelaatbaar zijn onder het Europees mededingingsrecht betekent dat niet dat het Europees recht zich in zijn geheel daar niet tegen verzet. In het bijzonder zij gewezen op de vrijheid van dienstverrichting en het transparantiebeginsel. In mijn proefschrift passeren ook deze deelgebieden de revue.

72 Zie hierover bijv. J.W. van de Gronden & C.S. Rusu, *Competition law in the EU. Principles, substance, enforcement*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2024, p. 476; HvJ EG 19 mei 1993, C-320/91, ECLI:EU:C:1993:198 (*Paul Corbeau*).

73 Zie hierover bijv. J.W. van de Gronden, *Mededingingsrecht in de EU en Nederland*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2022, p. 438; HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 (*Firma Ambulanz Glöckner*), r.o. 39; HvJ EU 21 september 2023, C-510/22, ECLI:EU:C:2023:694 (*Romaqua Group SA*), r.o. 34.