

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Advies

voor Ministerie SZW
van Erik Pijnacker Hordijk en Sebastiaan Cnossen (kantoor landsadvocaat)
datum 20 september 2021
inzake Advies experimenteerruimte zelfstandigen
zaaknr 11016724

1 Inleiding en achtergrond vraagstelling

- 1.1 In het wetsvoorstel Toekomst pensioenen is een zogeheten experimenteerbepaling opgenomen. Die bepaling voorziet erin dat het pensioenuitvoerders¹ zal worden toegestaan om een tweedepijlerpensioenregeling (ook) aan te bieden aan zelfstandigen, daar waar zij zo'n regeling nu doorgaans alleen aanbieden aan werknemers. Als gevolg hiervan wordt het keuzeaanbod van zelfstandigen als het gaat om hun pensioenvoorziening verruimd; zij kunnen voor hun pensioenvoorziening niet alleen maar terecht bij aanbieders van (individueel toegesneden) derdepijlerproducten ("**derdepijleraanbieders**"), maar ook bij aanbieders van (collectieve) tweedepijlerpensioen-regelingen ("**tweedepijleraanbieders**"). De experimenteerbepaling brengt daarmee een verandering mee van het concurrentieel speelveld op het gebied van pensioenen.
- 1.2 U heeft gevraagd of deze verandering van de 'marktordening' op mededingingsrechtelijke bezwaren stuit. Ook heeft u gevraagd de mededingingsrechtelijke beoordeling uit de concept-memorie van toelichting te beoordelen. Tot slot heeft u verzocht in te gaan op de vraag of er nog bezwaren bestaan vanuit het perspectief van het Unierechtelijke vrij verkeer van diensten.
- 1.3 Met deze notitie voldoen wij graag aan uw verzoek. In paragraaf 2 vindt u een samenvatting van onze conclusie. In paragraaf 3 gaan wij in op de (achtergrond van) de het wetsvoorstel en de daarin opgenomen experimenteerbepaling. Paragraaf 4 bevat onze mededingingsrechtelijke analyse. In paragraaf 5 gaan wij tot slot in op het vrij verkeer van diensten.

¹ Het gaat dan om (verplicht gestelde) bedrijfstakpensioenfondsen, ondernemingspensioenfondsen, algemene pensioenfondsen, premiepensioeninstellingen (PPI) en verzekeraars.

2 Conclusie

2.1 Onze conclusie is dat er geen mededingingsrechtelijke bezwaren bestaan tegen de experimenteerbepaling:

- Het kartelverbod (artikel 101 VWEU) komt niet in beeld, ook niet in samenhang met de op Nederland als EU-lidstaat rustende verplichting tot Unietrouw (artikel 4 lid 3 VEU), omdat geen sprake is van (opleggen of begunstigen door de overheid van of aanzetten door de overheid tot) mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen.
- Ook van een (mogelijke) schending van artikel 102 VWEU (verbod van misbruik economische machtspositie) is volgens ons geen sprake. Artikel 102 VWEU is niet rechtstreeks van toepassing op maatregelen van overheden, maar komt denkbaar in beeld in samenhang met artikel 106 VWEU, en wel indien door de overheidsmaatregel een exclusief recht in het leven wordt geroepen, waarbij bovendien een situatie wordt gecreëerd dat de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van het exclusieve recht misbruik van haar economische machtspositie maakt of indien het exclusieve recht een situatie kan creëren waarin deze onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht. Aan deze voorwaarden wordt met de experimenteerbepaling niet voldaan, alleen al omdat deze bepaling geen (nieuw) exclusief recht voor pensioenfondsen in het leven roept; aan toepassing van c.q. toetsing aan artikel 102 VWEU (in samenhang met artikel 106 VWEU) met betrekking tot de experimenteerbepaling wordt dan ook niet toegekomen.

2.2 Ook vanuit het perspectief van het vrij verkeer van diensten bestaan er volgens ons geen bezwaren, omdat de experimenteerbepaling geen beperking van het vrij verkeer van diensten oplevert en de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is.

3 De experimenteerregeling nader beschouwd

3.1 In het wetvoorstel Toekomst pensioenen is een **experimenteerbepaling** opgenomen, waarmee het pensioenuitvoerders zal worden toegestaan om een tweedepijlerpensioenregeling aan te bieden aan zelfstandigen. In de huidige situatie kan een tweedepijlerregeling in beginsel alleen worden aangeboden aan werknemers.² De experimenteerbepaling wordt opgenomen in de Pensioenwet en creëert een grondslag om bij algemene maatregel van bestuur bij wijze van experiment af te kunnen wijken van enkele bepalingen uit de Pensioenwet.

² Hierop bestaan uitzonderingen. In sommige gevallen zijn zelfstandigen, net als werknemers, verplicht verzekerd bij bijv. een bedrijfstakpensioenfonds. Dit is bijvoorbeeld het geval voor zelfstandige schilders. Verder geldt dat zelfstandigen gebruik kunnen maken van de mogelijkheid van vrijwillige voortzetting nadat zij eerder als werknemer onder een pensioenregeling vielen. Daarnaast kunnen zelfstandigen die in vrije beroepen werkzaam zijn als beroepsgenoot deelnemen in een beroepspensioenregeling.

- 3.2 Kort en goed voorziet de experimenteerbepaling erin dat zelfstandigen de mogelijkheid krijgen om zich vrijwillig aan te sluiten bij:
- (a) een pensioenregeling in de tweede pijler die geldt voor de bedrijfstak waarin de zelfstandige werkzaamheden verricht (uitgaande van de situatie dat in de bedrijfstak een (verplichtgesteld) bedrijfstakpensioenfonds actief is en de pensioenregeling ook is opengesteld voor vrijwillige aansluiting door zelfstandigen) of de pensioenregeling die de opdrachtgever in zijn hoedanigheid als werkgever aan zijn werknemers aanbiedt en die ook is opengesteld voor vrijwillige aansluiting door zelfstandigen; of
 - (b) een pensioenregeling in de tweede pijler die wordt aangeboden door een algemeen pensioenfonds, verzekeraar of premiepensioeninstelling en die is opengesteld voor vrijwillige aansluiting door zelfstandigen.
- 3.3 Verder geldt dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen geen pensioenregeling mogen aanbieden aan zelfstandigen die niet binnen (het deel van) de bedrijfstak(ken) werken die het desbetreffende bedrijfstakpensioenfonds omvat. Zij kunnen hun tweedepijlerregeling dus niet uitbreiden naar zelfstandigen die werkzaam zijn in een andere sector. Voor ondernemingspensioenfondsen geldt dat er verplichte binding met de onderneming moet zijn.³ Voor verzekeraars, algemene pensioenfondsen en premiepensioeninstellingen geldt het vereiste van binding met een (deel van de) bedrijfstak of opdrachtgever niet. Zij beslissen autonoom om wel of niet een tweedepijlerpensioenregeling te introduceren en/of open te stellen voor zelfstandigen.
- 3.4 De experimenteerbepaling opent aldus de weg voor pensioenuitvoerders (bedrijfstakpensioenfondsen, ondernemingspensioenfondsen, het algemeen pensioenfonds, premiepensioeninstellingen, respectievelijk pensioenverzekeraars) om tweedepijlerpensioenregelingen (ook) aan te bieden aan zelfstandigen, daar waar zij zo'n regeling nu doorgaans alleen aanbieden aan werknemers. Als gevolg hiervan wordt het keuzeaanbod van zelfstandigen als het gaat om hun pensioenvoorziening verruimd; zij kunnen voor hun pensioenvoorziening niet alleen maar terecht bij derdepijleraanbieders, maar ook bij aanbieders van (collectieve) tweedepijlerpensioenregelingen.
- 3.5 De aansluiting door een zelfstandige bij een tweedepijlerpensioenregeling geschiedt ofwel op eigen initiatief van de zelfstandige ('opt in') of op initiatief van een pensioenuitvoerder (die daartoe het middel van 'automatische aanschrijving'⁴ als

³ Gedachte is dat hiermee wordt aangesloten bij de onderbouwing van de huidige taakafbakeningsbepalingen in de Pensioenwet. Voor bedrijfstakpensioenfondsen en ondernemingspensioenfondsen geldt voorts dat de beslissing om de pensioenregeling open te stellen voor vrijwillige aansluiting door zelfstandigen genomen moet worden door respectievelijk de sociale partners of de betreffende werkgever.

⁴ Daarmee wordt bedoeld dat het pensioenuitvoerders mogelijk wordt gemaakt om gewezen deelnemers die in dezelfde sector of voor hetzelfde bedrijf als zelfstandige werkzaam te zijn, actief aan te schrijven om hen een pensioenregeling aan te bieden. Om automatische aanschrijving te faciliteren, is het vereist dat gegevens uit de pensioenadministratie van pensioenuitvoerders vergeleken kunnen worden met gegevens uit het handelsregister.

wervingsinstrument kan inzetten). Het gaat in beide gevallen echter om een pensioenregeling op vrijwillige basis: er is instemming van de zelfstandige vereist om tot een pensioenovereenkomst te komen.

Ratio experimenteerbepaling

- 3.6 De ratio achter de experimenteerbepaling is dat zelfstandigen, die een steeds grotere aandeel van de werkzame bevolking vertegenwoordigen, in veel gevallen slechts een beperkt aanvullend pensioen hebben opgebouwd aan het einde van hun loopbaan. Dit kan leiden tot een armoedeval en maakt dat deze groep een steeds groter beroep zal moeten doen op de socialezekerheidsregelingen en de bijstand.
- 3.7 De vrijwillige aansluiting van zelfstandigen bij een pensioenregeling in de tweede pijler beoogt dan ook ertoe bij te dragen dat meer zelfstandigen voldoende pensioen opbouwen. De gedachte is dat zelfstandigen mogelijk baat hebben bij het collectieve karakter van tweedepijlerpensioenregelingen, zoals de voordelen van risicodeling tussen deelnemers(groepen)). Bovendien is de gedachte dat voor zelfstandigen die deels in loondienst werkzaam zijn/waren het aantrekkelijk kan zijn het gehele pensioen bij dezelfde pensioenuitvoerder op te (blijven) bouwen, al dan niet door de gevoelde binding met de sector en het feit dat zij zich vertrouwd voelen met een bepaalde pensioenuitvoerder.⁵

Tot slot: de experimenteerbepaling verandert niets aan de verplichtstelling

- 3.8 Tot slot zij opgemerkt dat de experimenteerbepalingen geen veranderingen meebrengt voor de in Nederland verplichtgestelde pensioenregelingen, zowel voor de verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenregelingen als voor de verplichte deelneming in beroepspensioenregelingen.

4 Mededingingsrechtelijke analyse

- 4.1 Zoals ook in de conceptmemorie wordt aangegeven, zijn de in deze mogelijk relevante bepalingen van Europees mededingingsrecht te vinden in het VWEU. Het betreft artikel 101 (kartelverbod)⁶, artikel 102 (verbod misbruik machtspositie) en artikel 106 VWEU (regels met betrekking tot exclusieve rechten en diensten van algemeen economisch belang, DAEB's). Daarnaast wijzen in dit verband op het beginsel van Unietrouw (artikel 4 lid 3 VEU), op grond waarvan lidstaten de verplichtingen van het Europees recht (i.e. het mededingingsrecht) moeten nakomen en geen maatregelen mogen nemen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de EU-Verdragen in gevaar

⁵ Zie conceptmemorie, p. 166.

⁶ Artikel 101 lid 1 VWEU verbiedt overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen van ondernemingen als mede besluiten van ondernemersverenigingen die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden en die tot doel of gevolg hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Het tweede lid van artikel 101 bepaalt dat overeenkomsten etc. die strijdig zijn met het eerste lid van rechtswege nietig zijn. Het derde lid bepaalt dat het eerste lid niet van toepassing is op overeenkomsten etc. die aan de in het derde lid omschreven voorwaarden voor vrijstelling voldoen. Waar in het navolgende wordt gerefereerd aan (het kartelverbod van) artikel 101 VWEU, wordt met name bedoeld op artikel 101 lid 1 VWEU.

kunnen brengen.⁷ In de conceptmemorie wordt terecht onderkend dat pensioenuitvoerders als ondernemingen kwalificeren en derhalve binnen het bereik van de mededingingsregels vallen.

- 4.2 Zoals hieronder nader zal worden toegelicht, is van belang te benadrukken dat het feit dat de Europese mededingingsregels *van toepassing* zijn nog niet meebrengt dat sprake is van een *inbreuk* van de mededingingsregels (die vervolgens zou moeten worden *gerechtvaardigd*). Voordat wij dit nader toelichten en ingaan op de mededingingsrechtelijke analyse van de experimenteerbepaling, staan wij eerst kort stil bij de vaste Europese jurisprudentie over de in Nederland verplichtgestelde pensioenregelingen, omdat (mede) uit deze jurisprudentie inzichtelijk wordt in hoeverre de hiervoor genoemde bepalingen en leerstukken een rol spelen bij de mededingingsrechtelijke analyse van de experimenteerbepaling.

Startpunt analyse; mededingingsrechtelijke geoorloofdheid verplichte pensioenregelingen

- 4.3 Het Hof van Justitie van de EU ("**Hof van justitie**") heeft zich in het verleden al enkele malen uitgesproken over de toepassing van de Europese mededingingsregels op Nederlandse pensioenregelingen. In de arresten *Albany*, *Brentjens* en *Drijvende Bokken* (hierna gezamenlijk kortweg aangeduid als "*Albany*")⁸ heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de verplichtstelling van deelname in de Nederlandse bedrijfs(tak)pensioenfondsen niet in strijd komt met het Europese mededingingsrecht (ook niet in samenhang met de verplichting tot Unietrouw respectievelijk artikel 106 VWEU). In het arrest *Pavlov*⁹ heeft het Hof van Justitie overeenkomstig – zij het met een iets andere benadering – geoordeeld waar het een beroepspensioenfonds voor zelfstandigen betrof.
- 4.4 De Europese mededingingsregels (artikel 101, 102 en 106 VWEU) speelden in die zaken als volgt.
- 4.5 Artikel 101 VWEU (kartelverbod) is alleen van toepassing op gedragingen van ondernemingen. In *Albany* was het kartelverbod niet van toepassing, omdat de

⁷ De toepassing van het beginsel van Unietrouw vindt plaats in combinatie met een andere bepaling van Europees recht. Sinds het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *GB-Inno-BM* (C-13/77, ECLI:EU:C:1977:185, punten 24-38) heeft het Hof van Justitie herhaaldelijk duidelijk gemaakt het overheidsingrijpen in de mededinging kan worden getoetst aan artikel 101 en 102/106 VWEU, daarbij (in ieder geval in de zaak *GB-Inno-BM*) verwijzend naar het beginsel van Unietrouw. Daar waar het beginsel van Unietrouw bij toetsing van een overheidsmaatregel aan artikel 101 VWEU de norm blijft (zie bijv. HvJEU, 9 september 2003, C-198/01 (*CIF*), ECLI:EU:C:2003:430), toetst het Hof van Justitie door de overheid toegekende exclusieve rechten doorgaans rechtstreeks aan artikel 102 jo. artikel 106 VWEU, zonder daarbij nog (expliciet) te verwijzen naar het beginsel van Unietrouw (zie bijv. HvJEG 10 december 1991, C-179/90 (*Porto di Genova*) en HvJEU 17 juli 2014, C-553/12 P (*Greek Lignite*), ECLI:EU:C:2014:2083).

⁸ Het gaat om de volgende drie arresten van dezelfde datum: HvJ EU 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*), ECLI:EU:C:1999:430, HvJ EU 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97 en C-117/97 (*Brentjens*), ECLI:EU:C:1999:434 en HvJ EU 21 september 1999, C-219/97 (*Drijvende Blokken*), ECLI:EU:C:1999:437. Hierna worden de arresten aangehaald als de *Albany*-arresten of wordt verwezen naar *Albany*

⁹ HvJ EU 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 tot en met C-184/98 (*Pavlov*), ECLI:EU:C:2000:428.

afspraken die ten grondslag lagen aan de betreffende verplichtgestelde pensioenregeling konden profiteren van de zogeheten 'cao-exceptie'. Met andere woorden: het ging hier niet om afspraken tussen ondernemingen, maar om afspraken tussen ondernemingen c.q. een werkgeversorganisatie en werknemers c.q. vakbonden. In *Pavlov* lag dit anders; in die zaak lag aan de verplichtstelling (mede) een besluit van een beroepsorganisaties van zelfstandige medische specialisten ten grondslag, dat mededingingsrechtelijk gezien kwalificeerde als besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 101. Daarom oordeelde het Hof van Justitie dat, anders dan in *Albany*, artikel 101 VWEU van toepassing was op de pensioenregeling voor medische specialisten. Omdat volgens het Hof van Justitie echter geen sprake was van een *beperving* van de mededinging (onder meer gelet op de relatief geringe impact van pensioenafspraken op de concurrentie tussen medisch specialisten), oordeelde het Hof van Justitie dat, ondanks dat artikel 101 VWEU wel van *toepassing* was, in die zaak geen sprake van een *schending* van het verbod van artikel 101 VWEU. In de context van de Nederlandse pensioenregelingen, maakt *Pavlov* dus duidelijk dat artikel 101 VWEU weliswaar van toepassing is voor zover aan een verplichtstelling afspraken tussen ondernemingen of een besluit van een ondernemingsvereniging ten grondslag liggen, maar dat dit niettemin in beginsel geen overtreding oplevert van artikel 101 VWEU.

4.6 Artikel 102 VWEU komt, zo volgt uit zowel *Albany* als *Pavlov*, in samenhang met artikel 106 VWEU in beeld, voor zover aan pensioenfondsen exclusieve rechten zijn toebedeeld. Het Hof van Justitie oordeelde in beide zaken dat een verplichtstelling van overheidswege kan worden gelijkgesteld aan de verlening van een exclusief recht, wat volgens het Hof van Justitie automatisch meebrengt dat een pensioenfonds over een economische machtspositie komt te beschikken in de zin van artikel 102 VWEU voor zover het betreft de activiteiten waarop het exclusieve recht ziet. Daarmee komt de (vervolg)vraag aan de orde of met het exclusieve recht een situatie in het leven wordt geroepen waarbij de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van het exclusieve recht misbruik van haar economische machtspositie maakt of het exclusieve recht een situatie kan creëren waarin deze onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht.

4.7 In *Pavlov* kon het Hof van Justitie het beroep op artikel 102 *juncto* 106 VWEU afdoen met de feitelijke constatering dat het in de stellingen van partijen geen enkel aanknopingspunt voor het bestaan van een dergelijke situatie had gevonden.¹⁰ In de eerdere zaak *Albany* bleek uit de voorliggende feiten volgens het Hof van Justitie dat sommige ondernemingen in de bedrijfstak hun werknemers een verdergaande pensioenregeling wilden aanbieden dan die van het betrokken pensioenfonds, maar dat niet konden omdat zij het beheer van een dergelijke pensioenregeling als gevolg van het exclusieve recht van het pensioenfonds niet bij één verzekeraar konden onderbrengen. Dit was voor het Hof van Justitie aanleiding om het exclusieve recht in

¹⁰ *Pavlov*, punt 128.

Albany te toetsen aan artikel 106 lid 2 VWEU.¹¹ Het Hof van Justitie heeft vervolgens geoordeeld dat, voor zover de toekenning van de exclusieve rechten aan (op solidariteit gebaseerde) pensioenfondsen al een inbreuk kan vormen op artikel 102 jo. artikel 106 lid 1 VWEU, een dergelijke inbreuk kan worden gerechtvaardigd op grond van artikel 106 lid 2 VWEU omdat het uitvoeren van pensioenregelingen door die pensioenfondsen kan worden gezien als een dienst van algemeen economisch belang (DAEB). In dat kader stelde het Hof van Justitie voorop dat als een pensioenfonds niet langer de uitsluitende rechten zou hebben om de aan hem opgedragen pensioenregelingen uit te voeren, dit ertoe zou kunnen leiden dat hij de aan hem opgedragen DAEB niet meer op economisch aanvaardbare voorwaarden kan verrichten en dat zijn financieel evenwicht in gevaar komt. Dat betekent dat voor zover dus al beperkingen zouden voortvloeien uit de exclusieve rechten van een (op solidariteit gebaseerd) pensioenfonds, deze beperkingen van de mededinging volgens het Hof van Justitie kunnen worden gerechtvaardigd op grond van artikel 106 lid 2 VWEU.¹²

- 4.8 De crux van deze zaken is dat de Nederlandse verplicht gestelde aanvullende pensioenregelingen van de tweede pijler – en de exclusieve rechten die daar inherent aan verbonden zijn – door de Unierechter expliciet zijn getoetst aan en verenigbaar zijn geoordeeld met het Europese mededingingsrecht. Diezelfde lijn is recent nog eens bevestigd door het gerechtshof Den Haag in een zaak waarin de verplichte deelneming van zelfstandige schilders in het bedrijfstakpensioenfonds van de schildersbranche werd aangevochten op grond van vermeende strijd met de mededingingsregels. Onder verwijzing naar *Albany* en *Pavlov* oordeelde het hof dat de voor de zelfstandige schilders verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds niet in strijd is met het (Europese) mededingingsrecht.¹³

Mededingingsrechtelijke beoordeling experimenteerbepaling

- 4.9 De arresten *Albany* en *Pavlov* maken inzichtelijk wanneer en in hoeverre de mededingingsregels van toepassing zijn op regelgeving over pensioenregelingen. Dat neemt niet weg dat de relevantie van de arresten voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van de experimenteerbepaling gering is. Hoewel uit deze arresten volgt dat de verplichtstellingen uit het Nederlands pensioenstelsel als zodanig geoorloofd zijn in het licht van het Europese mededingingsrecht, komt men aan een toetsing zoals door het Hof van Justitie uitgevoerd in (met name) *Albany* en *Pavlov* niet toe.
- 4.10 Wij lichten dat toe.
- 4.11 Als het gaat om (de toepassing van) artikel 101 VWEU geldt allereerst dat, anders dan in *Albany* en *Pavlov*, geen sprake is van afspraken tussen ondernemingen die vervolgens door de overheid worden bekrachtigd door middel van een verplichtstelling.

¹¹ *Albany*, punt 98.

¹² Vgl. HvJ EU 21 september 1999, C -67/96 (*Albany*), ECLI:EU:C:1999:430, punt 111.

¹³ Gerechtshof Den Haag 22 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2384.

In dit geval is sprake van een wettelijke maatregel zonder dat daaraan enige privaatrechtelijke afspraak ten grondslag ligt. Ingevolge vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie is het kartelverbod van artikel 101 VWEU in beginsel niet van toepassing op wettelijke maatregelen. Dat wordt alleen anders wanneer die wettelijke maatregelen een met het kartelverbod strijdige afspraak zouden opleggen of begunstigen, de werking van een dergelijke afspraak zouden versterken of wanneer een economische interventie zou worden overgedragen aan marktpartijen. Dit volgt uit de op de lidstaten rustende verplichting om zich te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking het de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen (het beginsel van Unietrouw, zoals neergelegd in artikel 4 lid 3 van het Verdrag betreffende Europese Unie). Van die gevallen is met de experimenteerbepaling evident geen sprake.

- 4.12 Voor wat betreft toetsing aan artikel 102 VWEU jo. artikel 106 VWEU geldt het volgende. Zoals ook volgt uit *Albany* en *Pavlov* is een toetsing aan artikel 102 VWEU jo. artikel 106 VWEU enkel aan de orde wanneer sprake is van verlening van een exclusief recht. De experimenteerbepaling creëert echter geen exclusief recht. Het is weliswaar zo dat partijen die exclusieve rechten hebben (i.e. verplichtgestelde pensioenfondsen) de mogelijkheid wordt geboden hun activiteiten uit te breiden naar zelfstandigen. Daarmee is echter nog geen sprake van een (uitbreiding van een) exclusief recht dat vatbaar zou zijn voor toetsing aan artikel 102 in samenhang met 106 VWEU, laat staan dat mogelijk sprake zou zijn van een inbreuk op één van die bepalingen. Integendeel: aan de verplicht gestelde pensioenfondsen wordt geen exclusief recht toegekend in relatie tot zelfstandigen. Zelfstandigen kunnen hun pensioen onder brengen bij andere aanbieders (verzekeraars, algemeen pensioenfonds, premiepensioeninstelling of een buitenlandse pensioeninstelling).¹⁴

NB: Het feit dat sommige (verplichtgestelde) bedrijfstakpensioenfondsen reeds een bepaalde schaalgrootte zouden hebben, waardoor zij kostenefficiënter kunnen werken dan andere marktpartijen betekent nog niet dat daarmee aan hen een exclusief recht is toebedeeld en daarmee artikel 102 VWEU jo artikel 106 VWEU in beeld komt. Datzelfde geldt voor het 'voordeel' dat deze pensioenfondsen hebben van de 'automatische inschrijving'.¹⁵ Het feit dat de betreffende pensioendiensten in concurrentie worden aangeboden met die van andere aanbieders volstaat voor de conclusie dat van een exclusief recht geen sprake kan zijn.¹⁶

- 4.13 Gelet op het voorgaande zien wij geen mededingingsrechtelijke bezwaren tegen de experimenteerbepaling. Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat dit onverlet laat dat verplichtgestelde pensioenfondsen, die immers een economische machtspositie hebben, zich bij hun gedragingen moeten houden aan de (Europese)

¹⁴ Bovendien geldt dat met het wetsvoorstel het fiscale kader gelijk wordt voor alle pensioenregelingen en het concurrentieel speelveld op dat punt dus gelijk is.

¹⁵ Volledigheidshalve merken wij ook nog op dat ook het staatssteunverbod (artikel 107 en 108 VWEU) hier niet in beeld komt, omdat geen sprake is van een met staatsmiddelen bekostigd voordeel in de zin van artikel 107 VWEU.

¹⁶ Vgl. *Pavlov*, punt 121.

mededingingsregels, in het bijzonder het verbod van misbruik van een economische machtspositie.

Suggesties concept-memorie van toelichting; enkele praktische overwegingen

4.14 Het voorgaande brengt ons tot de volgende praktische voorstellen met betrekking tot de huidige versie van de concept-memorie van toelichting:

- Bij de mededingingsrechtelijke beoordeling in hoofdstuk 12.5 zou kort kunnen worden toegelicht dat op grond van Europese jurisprudentie de exclusieve rechten van verplichtgestelde pensioenfondsen zijn toegestaan en dat het wetsvoorstel op dit punt geen verandering meebrengt.¹⁷ Wij vragen ons af of het nodig is om een apart hoofdstuk te wijden aan "Juridische aandachtspunten bij de houdbaarheid van de verplichtstelling" (par. 10.2.9). De experimenteerregeling verandert materieel gezien immers niets aan die verplichtstellingen.
- We zouden ons daarom kunnen voorstellen in de memorie bij een bespreking van de mededingingsrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel alleen wordt genoemd dat het Hof van Justitie in het verleden heeft bepaald dat de verplichtstellingen van bedrijfstak- en beroepspensioenfondsen niet in strijd komen met het Europese mededingingsrecht. Daar kan dan aan worden toegevoegd dat het wetsvoorstel materieel geen wijzigingen meebrengt in de aard van de verplichtstellingen en dat die beoordeling van het Hof van Justitie dus nog als uitgangspunt kan worden genomen, zowel bij de beoordeling van de solidaire premiereregeling als de flexibele premiereregeling. Zoals hiervoor toegelicht wordt aan een toetsing aan artikel 102 jo. artikel 106 VWEU, zoals ingekleurd door *Albany* en *Pavlov*, niet toegekomen, al was het maar omdat geen sprake is van (uitbreiding van) een van overheidswege verleend exclusief recht.
- De huidige analyse gaat uit van het vertrekpunt dat een mededingingsrechtelijke analyse zou zijn vereist, omdat er een beperking van de mededinging zou kunnen ontstaan als gevolg van het feit dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen door bepaalde schaalvoordelen meer kunnen bereiken dan aanbieders die niet te maken hebben met de verplichtstelling en dat dit zou kunnen leiden tot oneerlijke concurrentie.¹⁸ Of, anders gezegd, dat een mededingingsanalyse nodig zou zijn omdat "[d]e vrijwillige aansluiting van zelfstandigen tot een pensioenregeling in de tweede pijler leidt tot een herordening van de markt voor aanvullende pensioenproducten voor zelfstandigen, wat noopt tot een nieuwe toets op het mededingingsrecht."¹⁹ Deze vertrekpunten raden wij aan te verlaten: een

¹⁷ Deze toets is dus niet nodig: "Bij het mogelijk maken van de vrijwillige aansluiting van zelfstandigen bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds (via opt in en via de automatische aanschrijving) dient te worden beoordeeld in hoeverre deze aansluiting invloed kan hebben op de elementen die naar huidig recht dienen als rechtvaardiging voor de verplichtstelling."

¹⁸ Zie onder meer p. 173 conceptmemorie.

¹⁹ Zie p. 173 conceptmemorie.

eventueel effect op de concurrentieverhoudingen als gevolg van wetgeving is op zichzelf nog geen grond voor toetsing van die wetgeving aan het mededingingsrecht. Relevant is of artikel 101 VWEU (in samenhang met het beginsel van Unietrouw) respectievelijk artikel 102 VWEU jo. artikel 106 VWEU van toepassing is en of mogelijk sprake is van een schending van die bepalingen. Zoals hiervoor toegelicht, is dit ons inziens niet aan de orde.

- In lijn met het voorgaande kan óók de aannahme dat voornoemde 'gevolgen voor de mededinging' een inbreuk zouden opleveren (die vervolgens zou moeten worden gerechtvaardigd) worden verlaten. Niet valt in te zien hoe de experimenteerregeling een inbreuk oplevert op de mededingingsregels. Voor zover in par. 12.5.1 en 12.5.2 wordt gesproken over inbreuken c.q. beperkingen van de mededinging, zouden wij voorstellen deze passages te schrappen. Dat geldt ook voor passages waarin wordt gesuggereerd dat een afweging zou moeten worden gemaakt tussen het algemeen belang en het belang van mededinging;²⁰ een dergelijke belangenafweging is op grond van het mededingingsrecht niet vereist.
- Volgens ons zou al met al de mededingingsrechtelijke analyse relatief beperkt kunnen zijn. Voldoende zou moeten zijn om, in lijn met onze analyse hiervoor, in de memorie (kort) aan te stippen waarom toepassing van c.q. toetsing aan artikel 101 (in samenhang met het beginsel van Unietrouw) respectievelijk artikel 102 VWEU jo. artikel 106 VWEU niet aan de orde is en waarom de experimenteerbepaling dan ook niet op mededingingsrechtelijke bezwaren stuit.

5 Vrij verkeer van diensten

- 5.1 Artikel 56 VWEU verbiedt beperkingen van het vrij verkeer van diensten, tenzij voor die beperking een rechtvaardiging bestaat. Wij zien geen aanknopingspunt voor de gedachte dat de experimenteerbepaling het vrij verkeer van diensten zou belemmeren. Immers, niets staat een aanbieder van pensioenproducten eraan in de weg om (tweede pijler) pensioendiensten aan te bieden aan zelfstandigen. Van een belemmering vanuit het perspectief van het vrij verkeer van diensten is dan ook geen sprake. Voor zover de experimenteerregeling de vrijheid van bedrijfstakpensioenfondsen beperkt om pensioendiensten aan te bieden aan zelfstandigen die buiten de betreffende bedrijfstak werkzaam zijn, sluit deze beperking naadloos aan bij de afbakening van het werkveld van bedrijfstakpensioenfondsen waar het pensioendiensten voor werknemers (i.e., de kerntaak van bedrijfstakpensioenfondsen) betreft. Wij zien dan ook evenmin bezwaren tegen de experimenteerbepaling vanuit het perspectief van het vrij verkeer van diensten.

²⁰ Zie bijv. p. 173 conceptmemorie: "Een beperking van de mededinging en de mate waarin, is toegestaan voor zover die beperking kan worden gerechtvaardigd. Hiervoor dient te worden onderbouwd dat het algemeen belang van pensioensparen door zelfstandigen en de collectieve solidaire pensioenopbouw, die met dit wetsvoorstel wordt beoogd, zwaarder wegen dan het algemene belang van een eerlijke mededinging. De inbreuk op de mededinging mag niet verder gaan dan noodzakelijk voor het behalen van het doel."

Wij wijzen er ten overvloede op dat op grond van artikel 2, lid 2 sub de Dienstenrichtlijn²¹ niet van toepassing is op pensioendiensten. Een toetsing aan de Dienstenrichtlijn is daarom niet aan de orde.

²¹ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.