

## RECHTSPRAAK

***Verplichte deelneming van zzp-schilders in het bedrijfstakpensioenfonds van Bpf Schilders is niet in strijd met het mededingingsrecht.****Feiten*

Zelfstandigen Bouw is een vereniging die belangen behartigt van zelfstandigen zonder personeel (hierna: zzp'ers) in de bouw. Onder haar leden bevinden zich onder meer zzp'ers die werkzaam zijn in de sector 'schilderen en onderhoud'. Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf (hierna: Bpf Schilders) voert de geldende pensioenregeling uit. De Staat der Nederlanden heeft deelneming in Bpf Schilders verplicht gesteld. De verplichtstelling is voor het laatst vastgelegd bij Besluit van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot wijziging van de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor het schilders-, afwerkings- en glaszetbedrijf van 15 september 2015 (hierna: Verplichtstellingsbesluit). Het Verplichtstellingsbesluit is gebaseerd op de Wet Bpf 2000. Aan het Verplichtstellingsbesluit lag een gezamenlijke aanvraag ten grondslag van de Koninklijke Vereniging OnderhoudNL, de vereniging van (restauratie)schilders- en (totaal-)onderhoudsbedrijven, industriële onderhouds- en glaszetbedrijven (hierna: OnderhoudNL), FNV en CNV Vakmensen. Bij brief van 6 februari 2015 hebben de sociale partners verzocht om de verplichtstelling tot deelneming in Bpf Schilders te wijzigen in verband met de Wet verhoging AOW- en Pensioenrichtleeftijd (hierna: het verplichtstellingsverzoek). Het verplichtstellingsverzoek is met het Verplichtstellingsbesluit gehonoreerd. Als gevolg van de verplichte deelneming zijn zelfstandige schilders zonder personeel (hierna: zzp-schilders) ertoe gehouden om, ten behoeve van de vorming van aanvullend pensioen, premies aan Bpf Schilders af te dragen. In het bestreden vonnis heeft de rechtbank onder meer geoordeeld dat de overeenkomst van de sociale partners om te komen tot een wijziging van de aansluitplicht en indiening van een verplichtstellingsverzoek niet in strijd is met het kartelverbod van artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU.

*Oordeel*

*Valt de verplichte deelneming voor zzp-schilders binnen de werkingssfeer van artikel 101 VWEU en artikel 6 Mw?*

Niet in geschil is dat zzp-schilders als ondernemingen (en dus niet als 'schijnzelfstandigen') in de zin van het mededingingsrecht zijn aan te merken, en dat zowel bij OnderhoudNL als bij FNV en CNV Vakmensen zzp-schilders aangesloten zijn. De overeenkomst die ten grondslag ligt aan het Verplichtstellingsbesluit is dus mede tot stand gekomen tussen ondernemingen,

en is in zoverre niet zuiver het resultaat van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties. Gelet op de arresten van het Hof van Justitie, in het bijzonder het arrest *FNV Kiem*, kan dus niet worden gezegd dat de overeenkomst reeds op grond van haar aard buiten de werkingssfeer van artikel 101 lid 1 VWEU valt. Uit overweging 98 van het *Pavlov*-arrest kan ook niet worden afgeleid dat het Verplichtstellingsbesluit reeds buiten de werkingssfeer van artikel 101 lid 1 VWEU in samenhang met artikel 4 lid 3 VEU valt, omdat de totstandkoming van dit besluit plaatsvindt binnen de context van de uitoefening van een regelgevende bevoegdheid op sociaal gebied.

*Is sprake van een niet-merkbare mededingingsbeperking?*

Volgens het hof dient de overeenkomst die ten grondslag ligt aan het Verplichtstellingsbesluit niet als strekkingsbeperking te worden gezien. Voor de bepaling van de gevolgbeperking heeft de rechtbank bij haar beoordeling van de merkbaarheid het *Pavlov*-arrest tot uitgangspunt genomen. Het hof zal hetzelfde doen. Als de zzp-schilders niet bij Bpf Schilders aangesloten zouden zijn, zouden zij op een andere manier in hun pensioen moeten voorzien. De merkbaarheid van de mededingingsbeperking kan dus niet worden bepaald aan de hand van een vergelijking met een situatie waarin de zzp-schilders in het geheel geen kosten zouden maken voor het treffen van een adequate pensioenvoorziening. Het is verder juist om, net als het Hof van Justitie in *Pavlov*, alleen rekening te houden met de uitvoeringskosten van de pensioenregeling en niet met de premie. Tegenover de premie staat immers de pensioenuitkering. De kostenverschillen zijn in absolute zin te gering om merkbare gevolgen te hebben voor de mededinging, en Zelfstandigen Bouw c.s. heeft onvoldoende feitelijk onderbouwd dat dit in hun geval anders zou zijn.

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 22-12-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2020:2384

**Zaaknummer:** 200.264.993/01

**Rechters:** P. Glazener, S.A. Boele en H.J.M. Burg

**Advocaten:** J.J.M. Sluijs, E. Lutjens en E.H. Pijnacker Hordijk

**Wetsartikelen:** 4 VEU, 101 VWEU, 102 VWEU, 106 VWEU en 6 Mw