

# PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

## Advies

voor Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
van Kantoor landsadvocaat (kantoor landsadvocaat)  
datum 26 juni 2025  
inzake Vragen pensioenopbouw schijnzelfstandigen  
zaaknr 11023130

---

### 1 Aanleiding en achtergrond

- 1.1 Als een pensioenregeling is ondergebracht bij een pensioenfonds geldt het uitgangspunt *geen premie, wel recht*. Door dit uitgangspunt kunnen pensioenfondsen (op termijn) geconfronteerd worden met voor hen onbekende deelnemers die pensioenaanspraken of –rechten (hierna: “**pensioenaanspraken**”) claimen waarvoor geen premies zijn afgedragen. Dit probleem speelt ook bij schijnzelfstandigen. Zij kunnen – als de overeenkomst op grond waarvan zij werkzaam waren op enig moment wordt ge(her)kwalificeerd als een arbeidsovereenkomst – mogelijk pensioen claimen bij een pensioenfonds. Zeker voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is dit geen denkbeeldig perspectief. Als een geherkwalificeerde medewerker onder de werkingssfeer van een verplichtstelling valt en aan de voorwaarden voor opbouw is voldaan, kan hij namelijk automatisch aanspraak maken op pensioen. Daarvoor is geen nadere afspraak vereist.
- 1.2 Met de groei van het aantal *zelfstandigen* in de afgelopen jaren is volgens het kabinet ook het aantal *schijnzelfstandigen* toegenomen. Deze categorie vormt daarmee (in toenemende mate) een potentieel financieel risico voor pensioenfondsen doordat zij op een later moment (zelfs nog tientallen jaren later) mogelijk pensioen kunnen opeisen, terwijl daar geen premies voor zijn afgedragen. Weliswaar hebben fondsen mogelijkheden om die premies alsnog te verhalen, maar die lijken in de praktijk niet altijd (voldoende) toereikend.
- 1.3 Het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: “**SZW**”) is al enige tijd met sociale partners en de Pensioenfederatie in overleg over – kortweg – pensioenopbouw door schijnzelfstandigen en de (on)mogelijkheden om die opbouw op basis van het principe *geen premie, wel recht* (hierna ook: “**gpwr**”) te beperken.

Tijdens de overleggen is een aantal juridische vragen gerezen. Die vragen zijn door SZW aan ons voorgelegd. Onze antwoorden hebben wij gebundeld in dit advies.

### Leeswijzer

- 1.4 Dit advies bestaat uit drie delen. Deel (i) betreft een managementsamenvatting van de door SZW voorgelegde vragen. In deel (ii) worden de juridische kaders van enerzijds het principe *geen premie, wel recht* en anderzijds het eigendomsrecht in kaart gebracht. In deel (iii) zijn de antwoorden op de door SZW gestelde vragen in afzonderlijke hoofdstukken uitgewerkt.

### **Deel (i) – Aanleiding, achtergrond en managementsamenvatting**

- Hoofdstuk 1: Aanleiding en achtergrond  
Hoofdstuk 2: Managementsamenvatting

### **Deel (ii) – Juridische kaders**

- Hoofdstuk 3: Het principe geen premie, wel recht  
Hoofdstuk 4: Eigendomsrecht

### **Deel (iii) – Uiteenzetting beantwoording vragen**

- Hoofdstuk 5: Vloeit “geen premie wel recht”(gpwr) voort uit de (Pensioen)wet óf (ook) uit het reglement al dan niet in combinatie met een verplichtstelling ex Wet Bpf 2000? Maakt het daarbij uit of het gaat om een verplichtgesteld fonds of niet?
- Hoofdstuk 6: Kan het deelnemersbegrip in een pensioenreglement worden ingeperkt? Kunnen aan het ontstaan van pensioenaanspraken voorwaarden worden gesteld - zodat geen premie hoeft te worden uitbetaald als geen premie is betaald – om op die wijze zelfstandigen van pensioenuitkering uit te sluiten? En zo ja, waar ligt dan de grens? En in dat verband, is het mogelijk om een uurtarief als criterium op te nemen?
- Hoofdstuk 7: In hoeverre is het in het licht van het door artikel 1 EP EVRM beschermde eigendomsrecht mogelijk de pensioenaanspraken van schijnzelfstandigen die voortvloeien uit het uitgangspunt gpwr naar het verleden toe in te perken?
- Hoofdstuk 8: Als in het verleden een dergelijke clausule [met aanvullende voorwaarden] was opgenomen, betekent dat dan dat er geen pensioenrechten zijn opgebouwd als niet aan die voorwaarden is

voldaan? En als deze clause wordt opgenomen geldt dan voor de toekomst dat er geen rechten worden opgebouwd?

- Hoofdstuk 9: Is het juist dat pensioenfondsen in rechtszaken pleiten voor het maken van onderscheid tussen vorderingen tot: i) het administreren van (nog niet bekende) pensioenaanspraken, die verjaren na vijf jaar omdat dit vorderingen uit overeenkomst zijn en ii) het toekennen van (wel geadministreerde) pensioenen, die niet verjaren (artikel 59 Pw)? Indien voorgaande stellingen bevestigend worden beantwoord, zou dat dan betekenen dat het recht op aansluiting van schijnzelfstandigen die zich niet binnen vijf jaar melden voor aansluiting, vervalt, waardoor alsnog geen pensioenaanspraak ontstaat en je dus ook niet toekomt aan artikel 59 Pw?
- Hoofdstuk 10: Leent schijnzelfstandigheid zich voor een collectieve vordering (massaclaim) ex 3:305a BW: in hoeverre is het denkbaar dat er sprake is van gelijksoortige belangen en in hoeverre is de verwachting dat aan de overige eisen van art. 3:305a kan worden voldaan? Wat zijn andere mogelijke rechtsvorderingen die schijnzelfstandigen tegen het fonds kunnen indienen, individueel dan wel collectief?
- Hoofdstuk 11: Zou inperking van de pensioenaanspraken van schijnzelfstandigen die voortvloeien uit het uitgangspunt gpwr gevolgen kunnen hebben voor de Europese mededingingsrechtelijke rechtvaardiging van de verplichtstelling?

## 2 **Beknpte beantwoording vragen (managementsamenvatting)**

- Hoewel de toepassing van het principe gpwr onmiskenbaar uit de parlementaire geschiedenis volgt, kent het geen expliciete wettelijke grondslag. Noch in de Pensioenwet noch in de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 is een daartoe strekkende bepaling opgenomen. Bij de invoering van de Wet toekomst pensioenen is het principe niet losgelaten.
- Bij de toepasselijkheid van het principe gpwr wordt in beginsel geen onderscheid gemaakt tussen verplichtgestelde en niet-verplichtgestelde pensioenfondsen.
- Uit het arrest *Labots/Bpf* van de Hoge Raad volgt dat of en in hoeverre pensioenaanspraken zijn opgebouwd uitsluitend wordt bepaald door het antwoord op de vraag of en in hoeverre aan de daartoe gestelde voorwaarden van het pensioenreglement is voldaan. Dat betekent volgens de Hoge Raad dat opbouw niet (ook) afhankelijk is van eventuele handelingen

van (het bestuur van) het pensioenfonds zoals 'toekenning' of administratie van de pensioenaanspraken.

- Het principe gpwr is echter niet absoluut. De wetgever acht afwijking van het principe denkbaar in 'uitzonderlijke omstandigheden'. Een generieke afwijking voor alle situaties dat geen premie is betaald, achten wij niet houdbaar.
- In de parlementaire geschiedenis worden als voorbeeld van uitzonderlijke omstandigheden genoemd '(evidente) gevallen van boze opzet door werkgever en werknemer' alsook 'vrijwillige voortzetting door de werknemer'. Deze voorbeelden zijn niet limitatief bedoeld. Bij de vraag of sprake is van een uitzonderlijke situatie lijkt een pensioenfonds een zekere mate van beoordelingsruimte toe te komen.
- Het in een pensioenreglement opnemen van een uitzonderingsbeding om de opbouw van pensioenaanspraken door schijnzelfstandigen voor de toekomst te beperken is onze ogen niet per definitie uitgesloten.
- Daarbij geldt in onze ogen wel een aantal belangrijke (rand)voorwaarden. Een uitzonderingsbeding moet ten minste (i) zich beperken tot (schijn)zelfstandigen die daar (wel)bewust en uit vrije wil voor hebben gekozen, (ii) voorzien in een voldoende bescherming voor kwetsbare (schijn)zelfstandigen, (iii) duidelijk en ondubbelzinnig zijn en (iv) in het geval van verplichtstelling, voorkomen dat het doel van de verplichtstelling (te veel) wordt ondergraven. Het hanteren van een bepaald uurtarief als absolute uitsluitingsgrond achten wij niet houdbaar. Wij menen echter wel dat de hoogte van een uurtarief een relevant gezichtspunt kan zijn bij de aan te leggen toetsing.
- Een vraag die rijst is hoe om te gaan met reeds opgebouwde pensioenaanspraken van schijnzelfstandigen – dat wil zeggen: aanspraken die zijn ontstaan voordat beperkende voorwaarden in de pensioenreglementen worden opgenomen. Een maatregel die opgebouwde pensioenaanspraken van schijnzelfstandigen naar het verleden toe (ingevolge het voldoen aan destijds geldende in het pensioenreglement gestelde voorwaarden) laten vervallen, kwalificeert ons inziens als ontneming van eigendom. Om een dergelijke maatregel te rechtvaardigen moet voldaan zijn aan drie criteria: (i) de beperking is voorzien bij wet, (ii) de beperking dient het algemeen belang en (iii) er is sprake van een *fair balance* tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu.

- In het geval van een verplichtgesteld pensioenfonds is het ons inziens goed verdedigbaar dat in ieder geval kan worden voldaan aan de eerste twee criteria. Voor niet-verplichtgestelde pensioenfondsen is de onderbouwing hiervan ingewikkelder. Voor wat betreft het derde criterium, de *fair balance*, geldt dat in beginsel compensatie moet worden geboden. Wij achten het niet volledig uitgesloten dat het EHRM zal concluderen dat de Staat met de ontneming van pensioenaanspraken zonder financiële compensatie een *fair balance* kan treffen. Daarbij kan onder meer relevant zijn dat een vervaltermijn wordt gehanteerd waarbinnen schijnzelfstandigen nog de mogelijkheid wordt geboden hun in het verleden opgebouwde pensioenaanspraken op te eisen en dat de betreffende persoon duidelijk heeft geprofiteerd van zijn keuze om als zzp'er te werken. Dit neemt niet weg dat, hoewel op het niveau van de regeling sprake kan zijn van een *fair balance*, in een concreet geval nog steeds sprake kan zijn van een individuele en buitensporige last. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat het noodzakelijk is om voor die gevallen te voorzien in een mogelijkheid om een uitzondering te kunnen maken.
- Ons inziens zou het beperken van de reikwijdte van het principe *geen premie, wel recht* geen aanknopingspunt kunnen zijn voor de gedachte dat dit afbreuk zou kunnen doen aan de mededingingsrechtelijke rechtvaardiging van de exclusieve rechten van pensioenfondsen. Het beperken van de reikwijdte van dit principe zou zijn ingegeven vanuit de doelstelling van rechtszekerheid en het wegnemen van financiële risico's bij de pensioenfondsen ten gunste van het collectief. Daarmee blijft een van de beoogde doelstellingen van de verplichtstellingen, te weten het verkleinen van de witte en grijze vlekken, en zo de pensioenvoorziening te verbeteren van werknemers voor wie geen of slechts voor een deel een pensioentoezegging is gedaan en het bereiken hiervan op economisch aanvaardbare voorwaarden, (nagenoeg volledig) overeind. In die omstandigheden menen wij dat geen aanleiding bestaat om te twijfelen aan de mededingingsrechtelijke rechtvaardiging van de exclusieve rechten van pensioenfondsen.

#### Massaclaims schijnzelfstandigen?

- De Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie ("**WAMCA**") biedt ruimte voor groepen schijnzelfstandigen om een collectieve verklaring voor recht te vorderen dat zij pensioenaanspraken hebben opgebouwd. In algemene zin staan de ingangsvoorwaarden van de WAMCA (de ontvankelijkheidsvereisten) daaraan niet in de weg.

- De WAMCA leent zich in onze ogen minder goed voor het instellen van collectieve vorderingen die strekken tot nakoming, schadevergoeding of vaststelling van specifieke pensioenrechten en –aanspraken, omdat bij de beoordeling van dergelijke vorderingen zal moeten worden geabstraheerd van de specifieke omstandigheden van alle individuele deelnemers en dit tot (onverenigbare) spanning leidt met het fundamentele karakter van pensioenrechten en aanspraken als hoogstpersoonlijke en onvervreembare rechten. Collectieve acties met een dergelijke insteek zullen daarom zonder toepassing van de WAMCA moeten worden vormgegeven.

## **DEEL II: JURIDISCHE KADERS**

### **3 Juridisch kader: geen premie, wel recht**

*Het uitgangspunt geen premie, wel recht*

- 3.1 Het uitgangspunt geen premie, wel recht (gpwr) houdt kort gezegd in dat een deelnemer in een bij een pensioenfonds ondergebrachte pensioenregeling pensioenaanspraken opbouwt ongeacht of de daarvoor verschuldigde premie wordt betaald. Hoewel dit uitgangspunt algemeen geaccepteerd is,<sup>1</sup> kent het geen expliciete wettelijke grondslag. Noch in de Pensioenwet (hierna: “**PW**”) noch in de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: “**Wet Bpf 2000**”) of de Wet verplichte beroepspensioenregeling is een daartoe strekkende bepaling opgenomen.
- 3.2 In de literatuur wordt de grondslag van gpwr gevonden in artikel 28 PW in samenhang met artikel 134 PW en de parlementaire geschiedenis bij de Pensioenwet.<sup>2</sup> Dit lijkt ook het uitgangspunt van de wetgever te zijn geweest.<sup>3</sup> Lutjens geeft als verklaring voor de keuze om gpwr niet expliciet in de wettekst op te nemen dat de wet de nadruk voor pensioenfondsen op de collectieve aard van pensioenfondsen legt. Het uitgangspunt wordt volgens hem wel geïmpliceerd in de wet, maar hij acht het een bewuste keuze van de wetgever om de flexibiliteit van de regeling te behouden, waarbij de solidariteit van het fonds de risico's opvangt van individuele betalingsachterstanden.<sup>4</sup>

#### Parlementaire geschiedenis

<sup>1</sup> Zie par. 2.5 van de conclusie van A-G Timmerman van 17 juni 2016, ECLI:NL:PHR:2016:533, bij het arrest van de HR van 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2179.

<sup>2</sup> Artikel 28 PW ziet op de melding door een pensioenfonds bij premieachterstand. Artikel 134 PW ziet op de mogelijkheden voor een pensioenfonds om over te gaan tot korting van pensioenaanspraken en pensioenrechten. Zie bijvoorbeeld: Asser/Lutjens 7-XI 2023/561: ‘Geen premiebetaling: ook geen pensioenaanspraak?’. Zie par. 2.5 van de conclusie van A-G Timmerman van 17 juni 2016, ECLI:NL:PHR:2016:533, bij het arrest van de HR van 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2179.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II 2005/06*, 30 314, nr. 3, p. 257 en 258.

<sup>4</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2023/561: ‘Geen premiebetaling: ook geen pensioenaanspraak?’. Zie ook Hoekert in: *Tekst en Commentaar Pensioenrecht*, art. 134 PW, aant. 1 en Asser/Lutjens 7-XI 2023/561: ‘Geen premiebetaling: ook geen pensioenaanspraak?’. Zie ook Hoekert in: *Tekst en Commentaar Pensioenrecht*, art. 134 PW, aant. 1.

- 3.3 Het uitgangspunt gpwr gold reeds onder de Pensioen- en Spaarfondsenwet (hierna: “**PSW**”). De Pensioenwet bracht daarin geen wijziging, zo stelt de parlementaire geschiedenis bij de PW.<sup>5</sup> Uit die parlementaire geschiedenis blijkt dat het uitgangspunt gpwr niet zomaar ingeperkt kan worden in bijvoorbeeld de statuten of reglementen van een pensioenfonds.

Zie bijv.: *Kamerstukken II 2005/06, 30 314, nr. 3., p. 63:*

“Dit wetsvoorstel staat niet toe dat een pensioenfonds uitgaat van het principe “geen premie - geen recht” door bijvoorbeeld een algemeen beding in de statuten of reglementen op te nemen [op] grond waarvan het recht op uitkering afhankelijk wordt gemaakt van de vraag of de premie is betaald. (...)”

- 3.4 Met de inwerkingtreding van de Wet toekomst pensioenen is het uitgangspunt gpwr niet losgelaten.<sup>6</sup>
- 3.5 Het uitgangspunt is echter niet absoluut. De wetgever acht afwijking hiervan denkbaar in ‘uitzonderlijke omstandigheden’.<sup>7</sup> In de parlementaire geschiedenis worden als voorbeelden genoemd ‘(evidente<sup>8</sup>) gevallen van boze opzet door werkgever en werknemer’ alsook ‘vrijwillige voortzetting door de werknemer’.<sup>9</sup> Deze voorbeelden zijn niet limitatief bedoeld. Bij de vraag of sprake is van een uitzonderlijke situatie lijkt een pensioenfonds een zekere mate van beoordelingsruimte toe te komen.

Zie o.a. *Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 24, p. 25*

*“Geen premie, geen recht*

De regering is verheugd dat de leden van de fractie van de PvdA de mening delen dat een beroep op «geen premie, geen recht op pensioen» aan strikte voorwaarden gebonden moet zijn. De leden vragen de regering te reageren op de constatering van de VB (Vereniging van Bedrijfstakpensioenfondsen; toevoeging LT) dat het bewijstechnisch lastig is om aan te tonen dat sprake is van «evidente gevallen van boze opzet». De regering heeft in de memorie van toelichting bij de Pensioenwet uiteengezet dat een pensioenfonds niet standaard een claim op een uitkering kan afwijzen op grond van het feit dat geen premie is betaald (*Kamerstukken II 2005/06, 30 413, blz. 63*). Het is

<sup>5</sup> Zie: *Kamerstukken I, 2006/07, 30 413, C, p. 14-15 en Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 44-45.*

<sup>6</sup> In dit kader merken wij op dat in de parlementaire behandeling van de Wet toekomst pensioenen onder andere (kort) is stilgestaan bij waar de kosten van gpwr moeten landen, de beschikbare premiereregeling in relatie tot gpwr en gpwr met betrekking tot schijnzelfstandigen. Zie: *Kamerstukken II 2021/22, 36 067, nr. 3, p. 52 en 311; Kamerstukken II 2022-2023, 36067, nr. 54, p. 4 en 5; Kamerstukken II 2021/22, 36 067, nr. 11, p. 17 en 18, p. 39; Kamerstukken II, 2021/22, 36 067, nr. 9, p. 18; Kamerstukken II 2021/22, 36 067, nr. 7, p. 135 en 136.*

<sup>7</sup> Om eventuele onduidelijkheden te voorkomen, wordt in dit advies – waar het gaat om afwijking van het gpwr-principe – gesproken over ‘uitzonderlijke omstandigheden’. Deze terminologie wordt veelal in de parlementaire geschiedenis aangehouden. Wij merken in dit kader op dat A-G Timmerman in zijn conclusie van 17 juni 2016, ECLI:NL:PHR:2016:533, bij het arrest van de HR van 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2170, spreekt van ‘bijzondere omstandigheden’ (zie bijvoorbeeld randnummers 2.5 en 2.14 van de conclusie). Wij nemen aan dat A-G Timmerman met ‘bijzondere omstandigheden’ op dezelfde afwijkingsmogelijkheid doelt, alwaar de parlementaire geschiedenis spreekt over ‘uitzonderlijke omstandigheden’.

<sup>8</sup> Het woord ‘evident’ wordt in de parlementaire geschiedenis niet telkens genoemd.

<sup>9</sup> *Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 62-63.*

aan pensioenfondsen zelf om in geval van een claim waar geen premie tegenover staat af te wegen of er voldoende reden is om van het uitgangspunt (wel uitkering verstrekken) af te wijken. Daarbij heeft de regering als voorbeeld de situatie van boze opzet genoemd, maar er zijn meerdere situaties denkbaar. Wat in elk geval niet mag is een generieke bepaling dat er geen recht bestaat als de premie niet is betaald.”  
(onderstreping toegevoegd)

- 3.6 Wat bij een dergelijke beoordeling de buitengrenzen zijn, maakt de parlementaire geschiedenis niet duidelijk. Wel kan daaruit worden opgemaakt dat een deelnemer niet de dupe mag zijn van wanbetaling door de werkgever, voor zover de werknemer daar geen betrokkenheid bij of weet van had. Dit lijkt ook te gelden voor de gevallen waarin de werkgever medewerkers bewust niet aanmeldt of, in het geval van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, de werkgever überhaupt niet in beeld is.<sup>10</sup>

Zie ook *Kamerstukken I 2006/07, 30 413, nr. E, p. 5:*

“Het uitgangspunt bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is, anders dan de VB stelt, nu juist dat de werknemer niet de dupe wordt van «boze opzet» van de werkgever.”

Zie in dit verband ook een antwoord uit 2012 van de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op Kamervragen over o.a. kort gezegd de (on)mogelijkheid van pensioenuitvoerders om uitkering te weigeren:

“Voor vermindering en verval is bij pensioenverzekeringsovereenkomsten slechts plaats indien de werknemer toerekenbaar heeft bijgedragen aan het feit dat jegens de verzekeraar of het pensioenfonds niet is voldaan aan de mededelingsplicht of indien de werknemer de verzekeraar of het pensioenfonds heeft misleid. In dat geval is de vermindering of het verval van de uitkering beperkt tot het risico met betrekking tot de verzwijgende werknemer. Indien de werknemer niet toerekenbaar heeft bijgedragen aan het feit dat jegens de verzekeraar of het pensioenfonds niet is voldaan aan de mededelingsplicht of indien dit uitsluitend is te wijten aan de verzekeringnemer/werkgever, dan kan de pensioenuitvoerder wat hij zonder deze bepaling in mindering zou mogen brengen op de uitkering aan de derde, verhalen op de verzekeringnemer/werkgever. (...)”<sup>11</sup>

- 3.7 Voor wat betreft verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen lijkt daarnaast ook nog te gelden dat een eventuele uitzondering op gpwr er niet toe mag leiden dat de binding aan het betreffende fonds (te veel) wordt ondergraven.<sup>12</sup> De verplichtstelling is namelijk nu juist – op verzoek van sociale partners – tot stand gekomen om alle werknemers en werkgevers in de betreffende branche te binden.

<sup>10</sup> Zie *Kamerstukken I 2006/07, 30 413, nr. C, p. 14 - 15.*

<sup>11</sup> *Aanhangsel Handelingen II 2011/12, nr. 1784, p. 2.*

<sup>12</sup> *Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 63.* Vgl. ook: *Kamerstukken I 2006/07, 30 413, nr. C, p. 14 - 15.*



### *Tussenconclusie*

- 3.8 Ondanks dat het uitgangspunt gpwr niet uitdrukkelijk in de Pensioenwet of de Wet Bpf 2000 is vastgelegd, volgt dit onmiskenbaar uit de parlementaire geschiedenis. Inperking daarvan in algemene zin is gelet op de duidelijke bedoeling van de wetgever niet mogelijk.<sup>13</sup> In uitzonderlijke omstandigheden kan wel van het uitgangspunt worden afgeweken. Wanneer daarvan sprake is, is niet strak afgebakend. Op basis van de parlementaire geschiedenis menen wij echter dat een uitzondering (i) niet te snel mag worden aangenomen en (ii) in beginsel enkel mogelijk is als het niet betalen van de premie niet slechts het gevolg is van het doen of laten van een werkgever. Met andere woorden: de betreffende deelnemer moet hier ook ten minste enige rol in hebben gehad. Specifiek voor de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen geldt daarnaast dat een uitzondering de verplichtstelling niet (te veel) mag ondergraven.

### Jurisprudentie

- 3.9 Een relevante uitspraak voor het leerstuk gpwr is het arrest van de Hoge Raad van 3 februari 2012 (Labots/Bpf). Daarin oordeelde de Hoge Raad kort gezegd dat of en in hoeverre pensioenaanspraken zijn opgebouwd uitsluitend wordt bepaald door het antwoord op de vraag of en in hoeverre aan de daartoe gestelde voorwaarden van het pensioenreglement is voldaan. Onderwerp van discussie in die zaak was o.a. of in het betreffende pensioenreglement een voldoende duidelijk voorbehoud met als inhoud 'geen premie, geen pensioen' was opgenomen. Het Hof oordeelde dat dat niet het geval was en overwoog in dat kader o.a.:

"4.16. Op grond van de duidelijke tekst van artikel 2 Pensioenreglement mocht X. er op vertrouwen dat hij in 1988 en 1989 uit hoofde van zijn deelneming in BPF de in artikel 2 opgesomde pensioenaanspraken opbouwde. De tekst van het artikel bevat geen aanknopingspunten voor de uitleg dat de aanspraken werden opgebouwd onder de voorwaarde 'geen premie, geen pensioen'. De zinsnede in artikel 8 Pensioenreglement '...van de pensioengrondslagen, waarover (...) premie aan het fonds is betaald' waarop BPF zich beroept, houdt niet een ondubbelzinnig en duidelijk voorbehoud 'geen premie, geen pensioen' in. X. heeft deze zinsnede in elk geval niet zo op behoeven te vatten."<sup>14</sup>

- 3.10 Het Hof lijkt hiermee de mogelijkheid van een voorbehoud met als inhoud "geen premie, geen recht" open te houden. Het arrest van de Hoge Raad snijdt die route ook niet uitdrukkelijk af.

"Ook het beroep van BPF op de in art. 6 en 8 Pensioenreglement gestelde voorwaarden kan haar niet baten. Het hof heeft immers, in cassatie

<sup>13</sup> Vgl. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, rov. 3.5.6.

<sup>14</sup> HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462.

onbestreden, geoordeeld dat de verweren die BPF aan die artikelen ontleent niet opgaan, omdat

[...] in die bepalingen niet een ondubbelzinnig en duidelijk voorbehoud met als inhoud 'geen premie, geen pensioen' kan worden gelezen (rov. 4.16), [...]"

- 3.11 Belangrijke kanttekening is wel dat in deze (cassatie)procedure het 'wettelijke' uitgangspunt gpwr geen onderwerp was van het partijdebat. Bovendien ging het om pensioenaanspraken opgebouwd over de jaren 1988 en 1989. Dit was dus vóór de inwerkingtreding van de Pensioenwet waarin het uitgangspunt gpwr, alsmede de onmogelijkheid dit in algemene zin in te perken zo duidelijk voorop is gesteld.<sup>15</sup> Dat een algemeen geformuleerde voorwaarde met als inhoud *geen premie, geen recht* stand zal houden, achten wij dan ook onwaarschijnlijk.<sup>16</sup>
- 3.12 Het voorgaande neemt niet weg dat uit het arrest en de daaraan voorafgaande conclusie van A-G Huydecoper in onze ogen twee bruikbare voorwaarden/gezichtspunten volgen voor het in de statuten of reglementen van een fonds inperken van het uitgangspunt gpwr.
- I. Een gestelde voorwaarde die tot inperking van het uitgangspunt gpwr leidt, moet ondubbelzinnig en duidelijk zijn;<sup>17</sup>
  - II. Bezien moet worden in hoeverre een dergelijke voorwaarde verenigbaar is met de werknemersbeschermende strekking van een regeling.<sup>18</sup>
- 3.13 In zijn conclusie uit 2016 gaat A-G Timmerman in op het uitgangspunt gpwr. Na een analyse van de parlementaire geschiedenis en het arrest Labots/Bpf concludeert hij dat een pensioenaanspraak op een bedrijfstakpensioenfonds ontstaat indien de betrokken werknemer onder de werkingssfeer valt en zodanige aanspraak uit het pensioenreglement voortvloeit.<sup>19</sup> Dat de werknemer niet is aangemeld of geen premie is afgedragen behoeft hieraan niet in de weg te staan. De vraag of een bedrijfstakpensioenfonds in zijn reglement kan bepalen dat pensioenaanspraken alleen ontstaan als de betrokken werknemer is aangemeld en voor hem premie is afgedragen laat A-G Timmerman in het midden. Hij maakt enkel inzichtelijk dat hierover

<sup>15</sup> Uit de parlementaire geschiedenis bij de Pensioenwet blijkt zoals hierboven uiteengezet onmiskenbaar dat het uitgangspunt gpwr geldt en dat het niet is toegestaan een algemene uitzondering daarop in statuten of reglementen op te nemen. Hetgeen niet wegneemt dat het uitgangspunt gpwr ook al gold onder de PSW.

<sup>16</sup> Vgl. in dit verband rb. Noord-Nederland 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ3313, *PJ* 2013/86 m.nt. Breuker, waarin de rechtbank in het oordeel verwijst naar de parlementaire geschiedenis en het uitgangspunt gpwr.

<sup>17</sup> HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462, rov. 3.6.

<sup>18</sup> Zie bijvoorbeeld HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 271, m.nt. Bloembergen, rov. 3.5; HR 10 september 1993, *NJ* 1993, 736, rov. 3.4; in die zin ook Hof Den Bosch 26 oktober 2004, *PJ* 2009, 81 m.nt. Kuiper, rov. 4.5.2. Genoemd in de conclusie van A-G Huydecoper ECLI:NL:PHR:2012:BT8462, voorheen LJV BT8462, Parket bij de HR, 10/02648, randnummer 16.

<sup>19</sup> Zie de conclusie van A-G Timmerman van 17 juni 2016, ECLI:NL:PHR:2016:533, bij het arrest van de HR van 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2179. Timmerman verwijst op dit punt ook naar de conclusie van A-G Huydecoper (onder 24) vóór BPF/[B]. Zie ook E. Lutjens, Reactie betekenis artikel 5 Pensioenwet, *P&P* 2012/4, p. 9/10 en de noot van J.T. Gommer (onder 13 en 18) bij BPF/[B], *PJ* 2012/39.

verschillend wordt gedacht.<sup>20</sup> In dat verband verwijst hij o.a. naar het standpunt van de DNB en de hierboven aangehaalde beantwoording van Kamervragen door de minister van SZW ter zake. Kort gezegd onderschrijven deze het uitgangspunt dat de opbouw van pensioenaanspraken in het pensioenreglement niet afhankelijk gemaakt mag worden van de vraag of een werknemer al dan niet is aangemeld.

#### *Tussenconclusie*

- 3.14 De rechtspraak over het uitgangspunt gpwr is beperkt. Uit het arrest Labots/Bpf en de daarbij behorende conclusie volgen twee bruikbare voorwaarden/gezichtspunten voor het inperken van het uitgangspunt gpwr: (i) een daartoe strekkende voorwaarde dient duidelijk en ondubbelzinnig te zijn geformuleerd en (ii) deze dient verenigbaar te zijn met de werknemers beschermende strekking van een regeling. Het arrest lijkt de mogelijkheid van een algemeen geformuleerde voorwaarde met als inhoud 'geen premie, geen recht' open te houden. De wetgever heeft bij de totstandkoming van de Pensioenwet echter uitdrukkelijk kenbaar gemaakt dat een generieke uitzondering op het uitgangspunt gpwr in statuten of reglementen niet is toegestaan.

#### Conclusie

- 3.15 Dat een algemeen geformuleerde voorwaarde met als inhoud 'geen premie, geen recht' stand zal houden, achten wij onwaarschijnlijk. Een voorwaarde strekkende tot het inperken van het uitgangspunt gpwr, kan in onze ogen onder uitzonderlijke omstandigheden echter wel mogelijk zijn. Bij het formuleren van een dergelijke inperking zal in onze visie ten minste met bovenstaande, onder 4.8 en 4.12 kernachtig verwoorde, gezichtspunten rekening gehouden moeten worden. Uiteindelijk gaat het er daarbij om of de feiten en omstandigheden in een bepaalde kwestie de inperking rechtvaardigen.<sup>21</sup> Dit komt neer op een belangenafweging en zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld.

<sup>20</sup> Hij wijst erop dat DNB in 2011 op zijn website het standpunt heeft ingenomen dat het op grond van art. 5 PW niet is toegestaan aansprakelijkheid uit te sluiten voor het geval de werkgever de pensioenuitvoerder onvoldoende informeert over verzekerde risico's ('Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder', Q&A 01153). Het standpunt is het onderwerp geweest van Kamervragen, zie *Aanhangsel handelingen* II, 2011/12, nr. 1784 en 2541. Verder is de juistheid van het standpunt in de literatuur bediscussieerd: zie (o.m.) T. Huijg, 'Deelnemer? Maar wie ben jij dan?', *P&P* 2012/1, p. 9-10, E. Lutjens, naschrift, *P&P* 2012/5, p. 12, T. Huijg, 'Aansprakelijkheid van een verplicht gesteld bpf', *P&P* 2012/5, p. 16, R.M.J.M. de Greef en C.P.R.M. Dekker, 'Aansprakelijkheid voor de onbekende deelnemer – the story continues', *TPV* 2014/33. Zie ook rb. Noord-Nederland (kantonrechter Heerenveen) 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ3313013:BZ3313, voorheen LJN BZ3313, rb. Noord-Nederland, 395036 / CV EXPL 12-2473, *PJ* 2013/86 m.nt. H.P. Breuker en de noot van J.T. Gommer (onder 12) bij BPF/[B], *PJ* 2012/39.

<sup>21</sup> Zie ook Langemeijer in zijn noot bij Hof Amsterdam 28 oktober 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BH1075.

## 4 Juridisch kader: eigendomsrecht

### Artikel 1 EP EVRM

- 4.1 Op grond van artikel 1 EP Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: “**EVRM**”) heeft iedere natuurlijke of rechtspersoon recht op ongestoord genot van zijn eigendom. Artikel 1 EP EVRM luidt als volgt:

*“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.*

*The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”<sup>22</sup>*

- 4.2 Uit rechtspraak van het EHRM volgt dat (nationale) wetgeving die een aanspraak creëert op een pensioen, al dan niet afhankelijk van bijdragen, een vermogensrechtelijk belang genereert dat binnen de werkingsfeer valt van artikel 1 EP EVRM.<sup>23</sup> Het principe gpwr zoals dat op grond van nationale regelgeving ook opgaat voor schijnzelfstandigen betekent ons inziens dan ook dat aanspraken van schijnzelfstandigen voor wie dit principe geldt, moeten worden aangemerkt als eigendomsrechten in de zin van artikel 1 EP EVRM. Dit is dan ook het vertrekpunt van onze analyse. Het eigendomsrecht van artikel 1 EP EVRM garandeert als zodanig geen recht op een pensioen van een bepaald bedrag.<sup>24</sup>
- 4.3 Het in artikel 1 EP EVRM neergelegde recht op ongestoord genot van eigendom is niet absoluut en kan blijkens de hiervoor weergegeven tekst worden beperkt. Daarvoor is vereist dat (i) de beperking voorzien is bij wet, (ii) de beperking het algemeen belang dient en (iii) sprake is van een *fair balance* tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu. In de navolgende paragrafen zullen wij ingaan op deze drie rechtvaardigingscriteria.

<sup>22</sup> Alleen de Engelse en Franse tekst is authentiek. De Nederlandse vertaling luidt: “Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.”

<sup>23</sup> Zie onder meer EHRM 13 december 2011, appl. nrs. 27458/06, 37205/06, 37207/06 en 33604/07 (*Lakicevic e.a. t. Montenegro en Servië*), rov. 64.

<sup>24</sup> EHRM 12 december 2016, appl. nr. 53080/13 (*Bélané Nagy t. Hongarije*), rov. 84.

*Voorzien bij wet*

- 4.4 Het eerste vereiste houdt in dat overheidsmaatregelen die een inmenging in het eigendomsrecht tot gevolg hebben, moeten berusten op en in overeenstemming moeten zijn met een nationale rechtsregel die voor de burger toegankelijk is, voldoende precies is geformuleerd, en voorzienbaar is in zijn toepassing.<sup>25</sup>

*Een algemeen belang*

- 4.5 Artikel 1 EP EVRM vereist daarnaast dat de inbreuk op het eigendomsrecht naar het oordeel van de nationale autoriteiten noodzakelijk is met het oog op het algemeen belang. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM hebben nationale autoriteiten, vanwege hun kennis van hun samenleving en haar behoeften, een ruime beoordelingsruimte (*margin of appreciation*) en is voor het EHRM alleen ruimte voor ingrijpen wanneer een algemeen belang evident geen redelijke grondslag heeft (*manifestly without reasonable foundation*). De nationale autoriteiten zijn beter dan de internationale rechter in staat om te bepalen wat 'in het algemeen belang' is. Voorbeelden van door het EHRM erkende algemene belangen zijn het borgen van de financiële levensvatbaarheid van het pensioenstelsel of, in meer algemene zin, beleid om de schatkist te beschermen.<sup>26</sup>

*Fair balance*

- 4.6 Om te voldoen aan het derde rechtvaardigingscriterium moet een redelijk evenwicht (*fair balance*) tot stand worden gebracht tussen de door de overheidsmaatregel veroorzaakte inmenging in het eigendomsrecht enerzijds en het met die overheidsmaatregel gediende algemeen belang anderzijds.<sup>27</sup>
- 4.7 In nationale procedures zien we terug dat de rechter daarbij eerst toetst of de maatregel als zodanig – dat wil zeggen op regelgevingsniveau – een *fair balance* treft. Als op het niveau van de regeling sprake is van een *fair balance*, kan echter in een specifiek geval sprake zijn van een individuele en buitensporige last ("*individual and excessive burden*").<sup>28</sup> In dat geval is er in het individuele geval geen sprake van een *fair balance*. Of op individueel niveau sprake is van een individuele en buitensporige last moet van geval tot geval – aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden – worden beoordeeld.<sup>29</sup> Het is daarbij aan de betrokkenen om aan te tonen dat in hun concrete situatie sprake is van een individuele, buitensporige last.

<sup>25</sup> EHRM 14 oktober 2010, appl. nr. 23759/03 (*Shchokin/Oekraïne*), rov. 50-51.

<sup>26</sup> EHRM 12 december 2016, appl. nr. 53080/13 (*Bélané Nagy t. Hongarije*), rov. 113-114 en EHRM 25 oktober 2011, appl. nrs. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 en 2041/05 (*Valkov e.a. t. Bulgarije*), rov. 91.

<sup>27</sup> EHRM 19 juni 2006, nr. 35014/97 (*Hutten-Czapske t. Polen*), 167-168.

<sup>28</sup> Vgl. Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1950.

<sup>29</sup> EHRM 19 juni 2006, nr. 35014/97 (*Hutten-Czapske t. Polen*), 167-168 en Conclusie A-G Van Hilten 29 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2014:52, randnummers 5.1.14 en 5.6-5.7.

### Fair balance op het niveau van de regelgeving

- 4.8 In het kader van de vraag of een maatregel als zodanig een *fair balance* treft, komt aan de overheid een ruime beoordelingsmarge toe.<sup>30</sup>
- 4.9 De door de overheid gemaakte (belangen)afweging moet in beginsel worden gevolgd, tenzij die afweging kennelijk zonder redelijke grond ("*manifestly unreasonable*") zou zijn.<sup>31</sup> In het verlengde daarvan dient de nationale rechter terughoudendheid te betrachten bij de beoordeling van de vraag of als gevolg van de door de formele wetgever getroffen maatregelen een disproportionaliteit is ontstaan tussen het algemeen belang en de individuele belangen van de betrokken particulieren.<sup>32</sup> Dit betekent dat geen sprake is van een schending van artikel 1 EP EVRM op de enkele grond dat een eventueel minder belastend middel voorhanden is waarmee hetzelfde doel zou kunnen worden bereikt. Dit geldt ook wanneer het gekozen middel zeer ingrijpend is.<sup>33</sup> Wel moet er voldoende verband bestaan tussen het algemeen belang en de genomen maatregel.<sup>34</sup>
- 4.10 Inmenging in het eigendomsrecht kan plaatsvinden door enerzijds regulering van eigendom en anderzijds ontneming van eigendom.<sup>35</sup> Het EHRM laat in de meeste zaken in het midden of sprake is van regulering of inmenging en gaat in plaats daarvan direct over op de toets of voldaan is aan de drie criteria op grond waarvan het eigendomsrecht mag worden beperkt. Toch kan het onderscheid tussen ontneming en regulering van belang zijn voor de vraag of sprake is van een *fair balance*. Bij de *ontneming* van eigendom toetst het EHRM doorgaans strengere c.q. geldende hogere eisen dan bij *regulering* van eigendom.
- 4.11 Een volledige ontneming van pensioenaanspraken die leidt tot het verlies van bestaansmiddelen zal volgens het EHRM in beginsel neerkomen op een schending van het eigendomsrecht, terwijl een redelijke en evenredige vermindering van pensioenaanspraken dit over het algemeen niet zal zijn.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, rov. 6.2.2. Zie tevens bijv. EHRM 27 november 2007, nr. 21861/03 (*Hamer/België*) en Rb. Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12628, rov. 5.18.

<sup>31</sup> Zie bijv. Conclusie A-G Van Hilten 29 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2014:52, randnummer 5.1.5.

<sup>32</sup> Vgl. Rb. Den Haag 11 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX0977.

<sup>33</sup> Rb. Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12628, rov. 5.18.7. Zie ook EHRM 19 december 1989 (*Mellacher e.a. t. Oostenrijk*), rov. 53 en HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, rov. 6.6.2.

<sup>34</sup> EHRM 9 februari 2023, appl. nrs. 43932/19 en 43995/19 (*Katona en Závorský t. Slowakije*), rov. 59-60.

<sup>35</sup> Bij ontneming is in beginsel sprake van verlies van het juridische eigendom. Zolang de band tussen eigendom en eigenaar niet wordt verbroken, is sprake van regulering van eigendom. Zie bijv. EHRM 1 december 2005, appl. nr. 61093/00 (*SCEA Ferme de Fresnoy t. Frankrijk*).

<sup>36</sup> EHRM 1 september 2015, appl. nr. 13341/14 (*Da Silva Carvalho Rico t. Portugal*), rov. 42.

- 4.12 Bij ontneming van eigendom geldt als uitgangspunt dat geen sprake is van een *fair balance* als niet is voorzien in een schadevergoeding.<sup>37</sup> Het is echter ook vaste rechtspraak dat op grond van artikel 1 EP EVRM niet in alle omstandigheden recht bestaat op (volledige) compensatie. Legitieme doelstellingen van algemeen belang, zoals die welke worden nagestreefd in het kader van maatregelen van economische hervorming of maatregelen die bedoeld zijn om een grotere sociale rechtvaardigheid te bereiken, kunnen volgens het EHRM leiden tot minder dan een vergoeding van de volledige marktwaarde.<sup>38</sup> Niettemin is de mate van financiële compensatie een belangrijke factor in de vraag of sprake is van een *fair balance*.

NB: Financiële compensatie is bij *regulering* van eigendom in veel gevallen niet vereist om tot een *fair balance* te komen.<sup>39</sup> Andere dan zuiver financiële vormen van compensatie kunnen in dat kader volstaan. Daarbij kan worden gedacht aan een overgangstermijn.<sup>40</sup>

- 4.13 Ook de voorzienbaarheid draagt sterk bij aan het bestaan van een *fair balance*. In de jurisprudentie van het EHRM wordt een geobjectiveerd voorzienbaarheids criterium gehanteerd: het gaat erom of de betrokkenen de maatregel *redelijkerwijs hadden kunnen voorzien*.<sup>41</sup> Bij de vraag of sprake is van een *fair balance* moet, met andere woorden, in aanmerking worden genomen in hoeverre de betrokkenen met mogelijke inperking van hun eigendomsrechten rekening hadden moeten houden.<sup>42</sup> Van burgers en ondernemers wordt in dit verband onder meer verlangd dat zij alert zijn en de toepasselijke nationale wetgeving raadplegen.<sup>43</sup> Als daaruit volgt dat er nadelige besluiten 'in de lucht hingen', dan kan dit aan de betrokkenen worden tegengeworpen.<sup>44</sup>
- 4.14 Het voorgaande geldt in ieder geval wanneer sprake is van regulering van eigendom. Uit de jurisprudentie van het EHRM leiden wij echter mede af dat een overgangstermijn ook bij ontneming van eigendom kan bijdragen aan het bestaan van een *fair balance*. Uit die jurisprudentie volgt namelijk dat bij het stopzetten van uitkeringen (waaronder pensioen) het bestaan van een overgangperiode waarin rechthebbenden zich aan de nieuwe regeling kunnen aanpassen, een van de

<sup>37</sup> EHRM 16 januari 2001 (*Offerhaus t. Nederland*) en EHRM 30 juni 2005, appl. nrs. 46720/99, 72203/01 en 72552/01 (*Jahn e.a. t. Duitsland*), rov. 94. Vgl. EHRM 9 december 1994, appl. nrs. 13092/87 en 13984/88 (*Holy Monasteries t. Griekenland*) waarin het EHRM oordeelde dat het volledig ontbreken van een vorm van compensatie bij het ontnemen van eigendom alleen in uitzonderlijke omstandigheden gerechtvaardigd is.

<sup>38</sup> EHRM 8 juli 1986, appl. nrs. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81 en 9405/81 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), rov. 121.

<sup>39</sup> Zie bijv. EHRM 29 november 1991, nr. 12742/87 (*Pine Valley Developments t. Ierland*), EHRM 5 mei 1995, nr. 18465/91 (*Air Canada t. Verenigd Koninkrijk*), EHRM 30 augustus 2007, nr. 44302/02.

<sup>40</sup> EHRM 27 november 2007, nr. 21861/03 (*Hamer/België*), EHRM 13 januari 2015, nr. 65681/13 (*Vékony t. Hongarije*) en HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, rov. 3.5.2.

<sup>41</sup> Zie onder meer EHRM 18 februari 1991, nr. 12033/86 (*Fredin t. Zweden*), rov. 54.

<sup>42</sup> Zie voor deze formulering A-G Mok in zijn conclusie voor HR 16 november 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AD5493, onder 7.7.4. Zie bijv. ook v.zr. rb. Den Haag 2 februari 2000, ECLI:NL:RBSGR:2000:AA4654, rov. 3.8; Cbb 5 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB9363, rov. 6.2.3; Conclusie A-G Spier 9 januari 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BG9951, § 3.1.3 en 5.25.

<sup>43</sup> Zie EHRM 25 oktober 1989, nr. 10842/84 (*Allan Jacobsson t. Zweden*) en EHRM 9 november 1999, nr. 26449/95 (*Spacek t. Tsjechië*).

<sup>44</sup> Vgl. EHRM 2 december 2004, nr. 42138/02 (*Yaroslavtsev t. Rusland*), rov. 35.

evenredigheidsfactoren is die in het voordeel van de verwerende staat zal werken.<sup>45</sup> *Bottom line* is dan ook als uitgangspunt te hanteren dat wanneer een betrokkene de ruimte en tijd heeft gehad om zich aan te passen aan de gevolgen van een inperking van zijn of haar eigendom, dat zal bijdragen aan de *fair balance*.

#### Individuele en buitensporige last

- 4.15 In het voorgaande is in meer algemene zin de rechtspraak van het EHRM over de *fair balance*-toets op het niveau van de regeling besproken. Bij de beoordeling van de *fair balance* op individueel niveau van de maatregelen die een staat heeft genomen met betrekking tot pensioenaanspraken, is een belangrijke overweging of het recht van de aanvrager om uitkeringen te ontvangen uit het betrokken socialezekerheidsstelsel, is geschonden op een wijze die heeft geleid tot de aantasting van de kern van dit recht.<sup>46</sup> In dat kader wijzen wij erop dat het EHRM in verschillende zaken heeft geoordeeld dat sprake was van een individuele en buitensporige last, wanneer de ontneming zag op het gehele pensioen, dan wel de gehele socialezekerheidsuitkering.<sup>47</sup> Daarbij was volgens het EHRM van belang dat dit pensioen de belangrijkste bron van inkomsten om van te leven betrof.<sup>48</sup>

#### Artikel 17 Handvest

- 4.16 Op het niveau van de Europese Unie is het eigendomsrecht daarnaast neergelegd in artikel 17 Handvest. Dit artikel luidt als volgt:

*“Eenieder heeft het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen, in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits het verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed.”*

- 4.17 Wij wijzen erop dat de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (“**Hof van Justitie**”) over artikel 17 Handvest sterk overeenkomt met de rechtspraak van het EHRM over artikel 1 EP EVRM. Regelmatig verwijst het Hof van Justitie ook naar de rechtspraak van het EHRM. De toets van het Hof van Justitie op grond van artikel 17 Handvest komt in de praktijk dan ook neer op een vergelijkbare de toets van het EHRM aan artikel 1 EP EVRM.
- 4.18 Hierna volgt beantwoording van de door SZW gestelde vragen.

<sup>45</sup> EHRM 15 september 2009, appl. nr. 10373/05 (*Moskal t. Polen*), rov. 74.

<sup>46</sup> EHRM 12 december 2016, appl. nr. 53080/13 (*Bélané Nagy t. Hongarije*), rov. 118.

<sup>47</sup> Zie onder meer EHRM 1 september 2015, appl. nr. 13341/14 (*Da Silva Carvalho Rico t. Portugal*), rov. 42, EHRM 13 december 2011, appl. nrs. 27458/06, 37205/06, 37207/06 en 33604/07 (*Lakicevic e.a. t. Montenegro en Servië*) en EHRM 12 december 2016, appl. nr. 53080/13 (*Bélané Nagy t. Hongarije*).

<sup>48</sup> EHRM 15 september 2009, appl. nr. 10373/05 (*Moskal t. Polen*), rov. 74 en EHRM 12 december 2016, appl. nr. 53080/13 (*Bélané Nagy t. Hongarije*).



### **DEEL III: BEANTWOORDING VAN DE VRAGEN**

#### **5 Vloeit “geen premie wel recht”(gpwr) voort uit de (Pensioen)wet óf (ook) uit het reglement al dan niet in combinatie met een verplichtstelling ex Wet Bpf 2000? Maakt het daarbij uit of het gaat om een verplichtgesteld fonds of niet?**

- 5.1 Zoals uit het in hoofdstuk 3 geschetste juridisch kader blijkt, is het uitgangspunt gpwr niet uitdrukkelijk vastgelegd in de wet. Algemeen wordt aangenomen dat het uitgangspunt volgt uit artikel 28 PW in samenhang met artikel 134 PW en de op dit punt duidelijke parlementaire geschiedenis. Gpwr staat in die zin dus los van het pensioenreglement en een eventuele verplichtstelling ex Wet Bpf 2000. De Wet Bpf 2000 biedt ook geen zelfstandige grondslag voor het uitgangspunt gpwr. Zonder dit uitgangspunt zou echter wel fors afbreuk worden gedaan aan de (beschermende) werking van deze wet, hetgeen de wetgever ook heeft onderkend.
- 5.2 In de artikelen 28 en 134 PW wordt geen onderscheid gemaakt tussen een verplichtgesteld en een niet-verplichtgesteld pensioenfonds. Ook in de parlementaire geschiedenis wordt voor wat betreft het bestaan van gpwr een dergelijk onderscheid niet gemaakt. Er wordt gesproken over een pensioenfonds:

“Ingeval de werkgever de pensioenovereenkomst onderbrengt bij een pensioenfonds (of hij verplicht aangesloten is bij dat pensioenfonds) is niet zozeer sprake van een contract voor bepaalde tijd, maar eerder van een relatie tussen de werkgever en het pensioenfonds die in principe van onbepaalde duur is. Daarmee samenhangend is de hoogte van de premie variabel en kan die door een pensioenfondsbestuur worden aangepast. Bij bedrijfstakpensioenfonds speelt bovendien dat gedurende de premieachterstand van één werkgever, de overige werkgevers en werknemers wel premie blijven betalen. Naast aanpassing van de premie kan een pensioenfonds bij tekortschietende inkomsten ook een beroep doen op overreserves. Als de dekkingsgraad als gevolg van premieachterstand sterk daalt, kan in het uiterste geval een beroep gedaan worden op de kortingsregel.”<sup>49</sup>

en

“Pensioenfonds hebben dus meer mogelijkheden om een premieachterstand in te halen of op te vangen. Anders dan bij verzekeraars is het «geen premie geen recht principe» bij pensioenfonds dan ook niet de regel, doch de uitzondering op de regel. De opbouw van de aanspraak van de

<sup>49</sup> Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, nr. 17, p. 37 en 44-45.

werknemer jegens het pensioenfonds staat derhalve in principe los van de vraag of de premie door de werkgever is voldaan.”<sup>50</sup>

5.3 Wij maken hieruit op dat de wetgever niet beoogd lijkt te hebben het uitgangspunt gpwr anders toe te passen bij de verschillende soorten pensioenfondsen.

5.4 Tegelijkertijd zien wij in de parlementaire geschiedenis dat bij de onderbouwing waarom het uitgangspunt gpwr gerechtvaardigd is wel wordt stilgestaan bij de verschillende soorten pensioenfondsen. Bijvoorbeeld waar het gaat over de mogelijkheden om de betaling van premies af te dwingen:

“De regering deelt de mening van de leden van de PvdA-fractie dat pensioenfondsen in principe sterk genoeg zijn om het betalen van premie door werkgevers af te dwingen. In geval van een niet-verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en een ondernemingspensioenfonds is de werkgever verplicht zijn werknemers aan te melden op grond van de onderbrengingsplicht. De plicht tot premiebetaling kan afgedwongen worden op grond van de uitvoeringsovereenkomst en is opgenomen in artikel 23 van het wetsvoorstel. In geval van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is de werkgever gehouden tot aanmelding op grond van de verplichtstelling. Daarboven beschikt een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds over de mogelijkheid om zelf op grond van artikel 21 van de Wet Bpf 2000 door middel van een dwangbevel premies in te vorderen.”<sup>51</sup>

5.5 Bij de onderbouwing waarom het uitgangspunt gpwr niet te gemakkelijk mag worden ingeperkt wordt vooral stilgestaan bij het bijzondere karakter van een *verplichtgestelde* regeling:

“Zoals in de inleiding van deze paragraaf reeds is aangegeven, is bij pensioenfondsen het «geen premie–geen recht» principe geen regel, maar juist de uitzondering op de regel. De vraag of pensioenfondsen in geval er geen premie is afgedragen toch uitkering (dienen te) verstrekken is met name relevant in geval van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Immers bij ondernemingspensioenfondsen en niet verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is sprake van een vrijwillige aansluiting door de betreffende werkgever(s) bij die fondsen, en heeft het fonds voldoende mogelijkheden om de aangesloten werkgevers te houden aan de verplichting tot premieafdracht, die nu eenmaal inherent is aan die vrijwillig aangegane relatie.”<sup>52</sup>

“(…) Immers, zolang de financiële situatie van het pensioenfonds het toelaat, heeft het pensioenfonds de plicht om de pensioenopbouw te continueren en

<sup>50</sup> Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, nr. 17, p. 37. Zie ook: *Kamerstukken II 2005/06*, 30 314, nr. 3. p. 62-63 en 67; hier wordt m.b.t. de consequenties van betalingsachterstand voor aanspraak-/pensioengerechtigden de situatie van verzekeraars en pensioenfondsen met elkaar vergeleken, zonder daarbij een verschil te maken tussen soorten fondsen.

<sup>51</sup> Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, nr. 24, p. 25.

<sup>52</sup> Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, nr. 17, p. 44. Maar zie ook: *Kamerstukken I 2006/07*, 30 413, nr. C, p. 14 - 15.

de reeds opgebouwde rechten ongewijzigd te laten. Voorts zou een dergelijk beding ook haaks staan op het systeem van de wet Bpf 2000. (...).<sup>53</sup>

- 5.6 Uit het feit dat de wetgever met name aandacht heeft besteed aan de situatie bij verplichtgestelde pensioenfondsen, kan naar wij menen echter niet zonder meer worden afgeleid dat bij niet-verplichtgestelde pensioenfondsen het uitgangspunt gpwr eerder kan worden ingeperkt. Het lijkt er meer op dat de wetgever bij niet-verplichtgestelde regelingen minder problemen voorzag en daarom verwachtte dat de noodzaak tot inperking er niet of in mindere mate zou zijn.
- 5.7 De vraag of het uitgangspunt van gpwr van toepassing is, is overigens een andere vraag dan of en hoe partijen aan de pensioenregeling zijn gebonden. De binding aan de pensioenregeling is bij verplichtgestelde pensioenfondsen namelijk wezenlijk anders, dan bij niet-verplichtgestelde pensioenfondsen. Ingeval van een verplichtgesteld pensioenfonds, zijn werkgever en werknemer verplicht tot deelname aan een pensioenregeling, indien zij - kortweg - onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit vallen. Die binding ontstaat automatisch en vereist geen nadere afspraken tussen of handelingen van werkgever en werknemer. Bij niet-verplichtgestelde fondsen is dat anders. Daar moet, voordat wordt toegekomen aan de vraag of een deelnemer zich kan beroepen op het uitgangspunt gpwr beoordeeld worden of er überhaupt een pensioenovereenkomst is. Zeker bij schijnzelfstandigen is dat geen vanzelfsprekendheid. Een pensioenovereenkomst is namelijk veelal opgenomen in een individuele arbeidsovereenkomst of een cao. Een schijnzelfstandige zal in de meeste gevallen in zijn individuele overeenkomst echter geen pensioenovereenkomst hebben staan. Evenmin zal daarop een cao van toepassing zijn verklaard.<sup>54</sup>
- 5.8 Een schijnzelfstandige die niet onder een verplichtstelling valt zal dus niet alleen moeten aantonen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar ook dat sprake is van een pensioenovereenkomst op grond waarvan hij deelneemt in het niet-verplichtgestelde fonds. De kwalificatie van een arbeidsovereenkomst enerzijds en het al dan niet zijn overeengekomen van een pensioenovereenkomst anderzijds zijn dus twee afzonderlijke, elkaar opvolgende stappen. Daarbij merken wij op dat hoewel de wil van partijen geen directe betekenis toekomt bij de kwalificatie van een *arbeidsovereenkomst*, wij het denkbaar achten dat een rechter de initiële partijbedoeling om de arbeidsrelatie als zzp-relatie in te richten (waarbij de gedachte veelal is dat een zzp'er zelf zorgdraagt voor zijn oudedagvoorziening) wel betreft bij de vraag of een *pensioenovereenkomst* is overeengekomen.

<sup>53</sup> Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, nr. 3, p. 63.

<sup>54</sup> Voor zover er sprake is van een algemeen verbindend verklaarde cao is het zo dat daarin geen pensioenovereenkomst zal zijn opgenomen. Zie artikel 4.3, aanhef en onder 4, Toetsingskader Wet AVV. Overigens valt niet uit te sluiten dat een schijnzelfstandige onder omstandigheden een beroep zou kunnen doen op artikel 7 lid 4 PW.

- 5.9 Kortom, het uitgangspunt gpwr volgt uit de Pensioenwet en maakt in beginsel geen onderscheid tussen verplichtgestelde en niet-verplichtgestelde pensioenfondsen. De impact van dit uitgangspunt bij schijnzelfstandigheid is echter wel afhankelijk van de vraag of sprake is van een verplichtstelling of niet. In het laatste geval zal eerst nog vastgesteld moeten worden of er een pensioenovereenkomst is voordat een schijnzelfstandige een beroep op het uitgangspunt gpwr kan doen.

**6 Kan het deelnemersbegrip in een pensioenreglement worden ingeperkt? Kunnen aan het ontstaan van pensioenaanspraken voorwaarden worden gesteld – zodat geen pensioen hoeft te worden uitbetaald als geen premie is betaald – om op die wijze zelfstandigen van pensioenuitkering uit te sluiten? En zo ja, waar ligt dan de grens? En in dat verband, is het mogelijk om een uurtarief als criterium op te nemen?**

*Inperken deelnemersbegrip*

- 6.1 De definitie van het deelnemers- en werknemersbegrip is opgenomen in artikel 1 PW. Dit artikel bepaalt dat een deelnemer een (gewezen) werknemer is, die op grond van een pensioenovereenkomst pensioenaanspraken verwerft jegens een pensioenuitvoerder. Een 'werknemer' is blijkens hetzelfde artikel degene die krachtens een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of publiekrechtelijke aanstelling arbeid verricht voor een werkgever.<sup>55</sup> In de Wet Bpf 2000 wordt verwezen naar deze definitie van de PW. Het deelnemersbegrip kan krachtens artikel 3 PW worden uitgebreid, maar een vergelijkbaar artikel voor beperking van het begrip kent de wet niet.<sup>56</sup> De Wet Bpf 2000 en PW bieden ook anderszins geen aanknopingspunten om als pensioenfonds over te (mogen) gaan tot beperking van het deelnemersbegrip in die zin dat er een aangepaste, van artikel 7:610 BW afwijkende definitie van arbeidsovereenkomst gehanteerd zou mogen worden.

*Beperkende voorwaarden*

- 6.2 Zoals hierboven is toegelicht in het juridisch kader, is het opnemen van voorwaarden in een pensioenreglement voor het doen ontstaan van pensioenaanspraken in beginsel mogelijk. De ruimte is echter wel beperkt. Zo is het opnemen van een *generieke* bepaling waarbij de opbouw van pensioenaanspraken afhankelijk wordt gemaakt van premiebetaling, blijkens de parlementaire geschiedenis niet toegestaan.
- 6.3 Of ook sprake is van een generieke beperking indien een voorwaarde zich richt op een bepaalde groep (zoals bijv. schijnzelfstandigen), maakt de parlementaire geschiedenis niet expliciet duidelijk. Wel maken wij uit de daarin genoemde voorbeelden op dat het

<sup>55</sup> Artikel 1 PW. Van het begrip 'werknemer' wordt uitgezonderd: de directeur-groootaandeelhouder en de werknemer die onder de werkings sfeer van een verplichtgestelde beroepspensioenregeling als bedoeld in de Wet verplichte beroepspensioenregeling valt.

<sup>56</sup> Wij merken op dat artikel 2, eerste lid, Bpf 2000 ruimte geeft tot concretisering van het deelnemersbegrip. Dit ziet echter op het soort bedrijfsactiviteiten van de werkgever en de wijze waarop de deelnemer deze verricht, in het kader van de werkings sfeer van de verplichtstelling. Zie hierover: Asser/Lutjens 7-XI Pensioen, 352 'Het criterium werkzaam zijn'.

voor bepaalde groepen inperken van het uitgangspunt gpwr niet per definitie onmogelijk is. Als voorbeeld van een toegestane uitzondering op het uitgangspunt wordt namelijk de situatie genoemd dat sprake is van 'vrijwillige voortzetting door de werknemer' en premiebetaling uitblijft. Kanttekening daarbij is wel dat in die situatie, anders dan bij schijnzelfstandigheid, de (voormalig) werkgever in principe geen rol meer speelt.

- 6.4 Afwijking van het uitgangspunt gpwr is alleen mogelijk als er sprake is van een 'uitzonderlijke omstandigheid'.<sup>57</sup> Hierbij worden in de parlementaire geschiedenis de reeds genoemde niet-limitatieve voorbeelden van boze opzet van werkgever én werknemer genoemd, alsook de vrijwillige voortzetting van pensioen door een werknemer. Ook andere situaties zijn denkbaar.

Indien de statuten of reglementen geen voorwaarden kennen waarmee het uitgangspunt van gpwr wordt ingeperkt, dan zal moeten worden teruggevallen op de open normen in het (arbeids)recht, zoals de redelijkheid en billijkheid (zie art. 6:2 BW). Deze laatste norm is hoe dan ook van toepassing. Ook in het geval dat sprake is van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en de gebondenheid aan het pensioenreglement uit de wet voortvloeit. Wat in een bepaalde situatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is volledig afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Uit diverse arresten van de Hoge Raad volgt evenwel dat de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid terughoudend moet worden toegepast en de drempel hoog is.<sup>58</sup> De in de parlementaire geschiedenis genoemde uitzonderingen op het uitgangspunt *geen premie, wel recht* kunnen naar wij menen ertoe leiden dat een onverkorte toepassing van gpwr naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (bijv. in het geval van zowel de zijde van werkgever als van werknemer sprake is van boze opzet).<sup>59</sup> Dat hoeft echter niet in alle gevallen zo te zijn. Ook in andere gevallen dan de uitzonderingssituaties als genoemd in de parlementaire geschiedenis kan worden teruggevallen op de redelijkheid en billijkheid, al ligt de lat voor een succesvol beroep hierop als gezegd hoog. De redelijkheid en billijkheid moet dus niet worden gezien als een al te groot 'vangnet'.

- 6.5 Wij achten het op zichzelf verdedigbaar dat in een pensioenreglement voorwaarden worden opgenomen die ertoe leiden dat schijnzelfstandigen<sup>60</sup> voor de toekomst onder omstandigheden geen pensioen opbouwen als daarvoor geen premies zijn afgedragen. Daarbij geldt in onze ogen wel een aantal belangrijke (rand)voorwaarden.

<sup>57</sup> Met Vreugdenhil spreekt Van der Ree-Reinking ook wel van 'zwaarwegende belangen'. Zie 'Pensioenrecht in beweging', 25 jaar Vereniging van Pensioenrecht, Sdu Uitgevers (Den Haag, 2015), p. 200-201.

<sup>58</sup> W.L. Valk & J.J. Valk in Tekst en Commentaar bij het Burgerlijk Wetboek, commentaar op art. 6:2 BW: Redelijkheid en billijkheid, aant. 4 onder a ('Beperkende werking (lid 2)').

<sup>59</sup> Vgl.: L. Smit, 'De toenemende problematiek van de overlappende verplichtstellingsbesluiten', *TAP* 2023/145 en W.P.M. Thijssen, 'Privaatrechtelijke toetsing van verplichtstellingsbesluiten', *TPV* 2021/36.

<sup>60</sup> Bij echte zelfstandigen speelt dit vraagstuk niet. Uitgangspunt is namelijk dat zij geen deelnemer zijn, tenzij het reglement dit uitdrukkelijk bepaalt.

- 6.6 Een inperking van het uitgangspunt gpwr die neerkomt op een categorische uitsluiting van alle schijnzelfstandigen is onze ogen niet mogelijk. Wil een dergelijke inperking houdbaar zijn dan moet die ten minste beperkt zijn tot schijnzelfstandigen die een (wel) bewuste en vrije keuze maakten om als 'zelfstandige' aan de slag te gaan (en zich er dus ook van bewust waren of in elk geval hadden moet zijn dat zij zelf voor hun pensioen moesten zorgdragen). Is daarvan geen sprake, bijvoorbeeld omdat de werkverschaffer eenzijdig oplegde dat iemand enkel als zelfstandige aan de slag kon, dan zal het uitgangspunt gpwr in onze ogen in beginsel onverkort moeten gelden.
- 6.7 Dat het om een (wel) bewuste en vrije keuze van *de zelfstandige* moet gaan, leiden wij af uit de in de parlementaire geschiedenis genoemde uitzonderingen (boze opzet van werkgever *en werknemer* en *vrijwillige* voortzetting van pensioenopbouw *door de werknemer*). In beide voorbeelden heeft de deelnemer/werknemer een duidelijke eigen rol en verantwoordelijkheid bij het niet betalen van de premies. Het voorgaande zien wij bevestigd in het feit dat de minister bij de behandeling van de Pensioenwet in de Eerste Kamer heeft aangegeven dat enkel boze opzet aan de zijde van de werkgever onvoldoende is voor een uitzondering op het uitgangspunt gpwr.<sup>61</sup> Ook later heeft de minister n.a.v. Kamervragen kenbaar gemaakt dat 'geen premie, geen recht' enkel mogelijk is als "de werknemer toerekenbaar heeft bijgedragen" aan het niet betalen van de premies.
- 6.8 Daarnaast zal een beperkende voorwaarde verenigbaar moeten zijn met de werknemersbescherming die een regeling beoogt te bieden.<sup>62</sup> In dat licht verdient de positie van 'kwetsbare' (schijn)zelfstandige met bijvoorbeeld lage inkomsten en/of in een kwetsbare maatschappelijke positie bijzondere aandacht. Naar wij menen geldt: hoe kwetsbaarder de (schijn)zelfstandige, hoe minder ruimte er is voor het inperken van het uitgangspunt gpwr. Een beperkende voorwaarde, zal daarin moeten voorzien.<sup>63</sup> Het moet aldus mogelijk zijn tussen schijnzelfstandigen te differentiëren, hetgeen overigens op gespannen voet kan staan met een ander belangrijk vereiste, namelijk dat een voorwaarde duidelijk en ondubbelzinnig dient te zijn. Voorts menen wij dat een uitzondering in het geval van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds het doel van de verplichtstelling niet (te veel) mag ondergraven.

Aangezien er geen juridische definitie is van schijnzelfstandigheid, vergt de formulering wanneer sprake is van schijnzelfstandigheid die niet leidt tot opbouw van pensioenaanspraken de nodige aandacht. Daarbij ligt het in onze

<sup>61</sup> *Kamerstukken I 2006/07*, 30 413, nr. E, p. 5.

<sup>62</sup> Zie de conclusie van A-G- Huydecoper ECLI:NL:PHR:2012:BT8462, Parket bij de Hoge Raad, 10/02648, randnummer 16. Vgl. ook: *Kamerstukken II 2005/06*, 30 314, nr. 3, p. 257 en 258, en *Kamerstukken I 2006/07*, 30 413, nr. E, p. 5.

<sup>63</sup> De bewijslastverdeling kan hier ook een rol spelen. Moet het fonds aantonen dat iemand *geen* kwetsbare (schijn)zelfstandige is of is het aan de (schijn)zelfstandige om aannemelijk te maken dat hij/zij tot die categorie behoort?

ogen voor de hand om, voor de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst, aansluiting te zoeken bij artikel 7:610 BW.<sup>64</sup>

- 6.9 Het hanteren van een bepaald uurtarief als absolute uitsluitingsgrond voor het opbouwen van pensioenaanspraken achten wij niet houdbaar. Wij menen echter wel dat de hoogte van een uurtarief een relevant gezichtspunt kan zijn bij een aan te leggen toetsing, bijvoorbeeld bij de beoordeling of sprake was van een (wel)bewuste en vrije keuze.
- 6.10 Kortom, wij achten het niet uitgesloten dat het uitgangspunt gpwr in het geval van schijnzelfstandigheid onder omstandigheden kan worden ingeperkt middels een daartoe strekkende voorwaarde in een pensioenreglement. Een dergelijke voorwaarde moet echter ten minste (i) zich beperken tot (schijn)zelfstandigen die daar (wel)bewust en uit vrije wil voor hebben gekozen, (ii) voorzien in een voldoende bescherming voor kwetsbare (schijn)zelfstandigen, (iii) duidelijk en ondubbelzinnig zijn en (iv) in het geval van verplichtstelling, voorkomen dat het doel van de verplichtstelling (te veel) wordt ondergraven.

## **7 In hoeverre is het in het licht van het door artikel 1 EP EVRM beschermde eigendomsrecht mogelijk de pensioenaanspraken van schijnzelfstandigen die voortvloeien uit het uitgangspunt gpwr naar het verleden toe in te perken?**

- 7.1 Zoals eerder toegelicht, bouwt een schijnzelfstandige die onder een verplichtstelling valt, automatisch pensioenaanspraken op, op basis van het uitgangspunt gpwr, tenzij er sprake is van een uitzonderlijke omstandigheid. Ook deelnemers bij een niet-verplichtgesteld pensioenfonds bouwen pensioenaanspraken op. Zoals toegelicht in hoofdstuk 3, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat pensioenaanspraken op grond van het deelnemerschap zelfstandig en rechtstreeks uit het pensioenreglement voortvloeien. De vraag of opbouw heeft plaatsgevonden is dus enkel afhankelijk van de vraag of en in hoeverre iemand aan de voorwaarden heeft voldaan die het pensioenreglement stelt.<sup>65</sup> De vraag is of deze opgebouwde pensioenaanspraken ongedaan kunnen worden gemaakt.
- 7.2 In hoofdstuk 5 hebben wij het kader geschetst dat volgt uit de rechtspraak van het EHRM over het eigendomsrecht. Hier zullen wij nader ingaan op de vraag hoe dit kader zou (kunnen) doorwerken in de afweging of, en zo ja, welke maatregelen genomen (kunnen) worden om naar het verleden toe te tornen aan het uitgangspunt gpwr om daarmee het risico dat pensioenfondsen zich in de toekomst geconfronteerd zien met schijnzelfstandigen die hun pensioenaanspraken zullen opeisen, te adresseren. Wij lopen daarbij de drie rechtvaardigingscriteria af.

<sup>64</sup> Zie ook de Hoge Raad in zijn arresten van 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, voorheen LJN BP3887, rov. 3.3.2 en 3.3.3 en 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:282, rov. 3.2.1.

<sup>65</sup> In uitzonderlijke gevallen zou dit op grond van de redelijkheid en billijkheid of het goed werknemer-/werkgeverschap anders kunnen zijn. Een dergelijke situatie doet zich naar wij menen echter niet snel voor.

*Voorzien bij wet*

- 7.3 Aan het vereiste dat een inbreuk op het ongestoord genot van eigendom bij wet voorzien moet zijn, kan over het algemeen eenvoudig worden voldaan. Ongeacht voor welke maatregel zou worden gekozen om de pensioenaanspraken van schijnzelfstandigen te beperken, zal aan dit vereiste zijn voldaan wanneer de beperking in de wet wordt vastgelegd.

*Algemeen belang*

- 7.4 Ten aanzien van het bepalen van een algemeen belang hebben staten een zeer ruime beoordelingsmarge. Gelet op de rechtspraak van het EHRM zal normaal gesproken niet snel geoordeeld worden dat niet is voldaan aan dit criterium. Niettemin is het van belang dat goed wordt nagedacht met het oog op welk algemeen belang de pensioenaanspraken van schijnzelfstandigen zouden worden beperkt. Dat algemeen belang speelt vervolgens namelijk ook een rol bij het derde vereiste, de *fair balance*.
- 7.5 Het algemeen belang zou in dit geval primair zijn gelegen in het belang om (rechts)zekerheid te geven aan de pensioenfondsen en het financiële risico dat het gevolg is van schijnzelfstandigen die pensioen kunnen claimen zonder dat daarvoor premie is betaald, weg te nemen. Dit met het oog op behoud van collectiviteit en solidariteit. Het financiële risico is extra klemmend omdat zowel de omvang van de mogelijke claim (hoe groot de groep schijnzelfstandigen is die aanspraken kan claimen is onduidelijk), alsook de termijn waarop het risico zich kan openbaren (schijnzelfstandigen kunnen zich nog tientallen jaren na het einde van de arbeidsrelatie melden) niet of nauwelijks af te bakenen zijn. Wel is duidelijk dat het in potentie om een zeer hoog bedrag gaat (potentieel loopt dit naar wij begrijpen in de miljarden). Deze risico's komen uiteindelijk ten laste van het collectief en hebben daarmee effect op de hoogte van de pensioenuitkeringen van de overige deelnemers. Als gevolg daarvan zal ook de solidariteit onder druk kunnen komen te staan.
- 7.6 Het risico dat niet betaalde premies later niet alsnog kunnen worden verhaald, speelt in het bijzonder ten aanzien van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Bij ondernemingspensioenfondsen en niet-verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is sprake van een vrijwillige aansluiting door de betreffende werkgever(s) bij die fondsen. Het fonds heeft in dat geval in de regel meer (al dan niet juridische) mogelijkheden om de aangesloten werkgevers alsnog te bewegen tot premieafdracht.<sup>66</sup> Het risico dat niet betaalde premies later niet alsnog kunnen worden verhaald, is ogenschijnlijk dan ook minder groot. Het bestaan van een algemeen belang is daarmee naar verwachting moeilijker te onderbouwen bij een ondernemingspensioenfonds of een niet-verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds,

<sup>66</sup> Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, nr. 17, p. 44. Maar zie ook: *Kamerstukken I 2006/07*, 30 413, nr. C, p. 14 - 15. Het is bij een verplichtstelling bijvoorbeeld eerder denkbaar dat er geen werkgever valt aan te wijzen op wie de premie verhaald kan worden. Zie ook randnummer 5.5.



aangezien het risico dat de kosten uiteindelijk ten laste komen van het collectief in die situatie kleiner is.

- 7.7 Ook als kan worden onderbouwd dat sprake is van een algemeen belang dat inperking van de pensioenaanspraken van schijnzelfstandigen rechtvaardigt, geldt wel een aantal belangrijke kanttekeningen. Allereerst is de 'problematiek' zoals hiervoor geschetst niet van gisteren. Het uitgangspunt *gpwr* en de wettelijke regeling omtrent de arbeidsovereenkomst bestaan al vele jaren. De vraag zou dan ook kunnen worden gesteld waarom een dergelijk middel nodig is, aangezien zowel het *gpwr* als de wettelijke regeling aangaande de arbeidsovereenkomst al die tijd ongewijzigd zijn gebleven. Daarnaast is het zo dat sociale partners, die uiteindelijk gaan over de inhoud van de regeling en de werkingssfeer, maar ook fondsen al over middelen beschikken om de risico's van schijnzelfstandigheid te adresseren. Zo kunnen sociale partners met elkaar onderzoeken of ook zelfstandigen onder de werkingssfeer vallen. Een voorbeeld waar dat gebeurd is, is het Bpf schilders.<sup>67</sup> Daarnaast zouden fondsen mogelijk een actief aansluitingsbeleid voor schijnzelfstandigen kunnen gaan voeren.<sup>68</sup>

*Fair balance*

- 7.8 Aangezien de door de nationale wetgever gemaakte (belangen)afweging in beginsel moet worden gevolgd, tenzij die afweging kennelijk zonder redelijke grond is, is het ons inziens van belang dat al gedurende een eventueel wetgevingsproces inzichtelijk wordt gemaakt welke belangenafweging is gemaakt. Het is daarbij in de eerste plaats van belang dat goed kan worden onderbouwd dat er een voldoende verband bestaat tussen de inmenging in het eigendomsrecht en het algemeen belang dat hiermee wordt nagestreefd.
- 7.9 Het naar het verleden toe beperken van pensioenaanspraken van schijnzelfstandigen kan op verschillende manieren, waarbij het met terugwerkende kracht zonder overgangstermijn ontnemen van de pensioenaanspraken ons inziens de meest vergaande maatregel is en niets doen logischerwijs het minst vergaand. Daartussenin zijn allerlei andere maatregelen denkbaar. Ongeacht de gekozen maatregel zal ons inziens zeer waarschijnlijk sprake zijn van ontneming van eigendom wanneer de pensioenaanspraken van schijnzelfstandigen naar het verleden toe volledig vervallen, ook als dat bijvoorbeeld zou gebeuren met een vervaltermijn waarbinnen schijnzelfstandigen nog de mogelijkheid wordt geboden hun in het verleden opgebouwde pensioenaanspraken op te eisen (zie hierna).
- 7.10 Zoals volgt uit het in hoofdstuk 4 beschreven juridisch kader, is de bescherming van eigendomsrecht niet absoluut en is de rechtspraak tegelijkertijd erg casuïstisch. Het gaat niet om een abstracte toets; alle concrete feiten en omstandigheden zullen relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of ten aanzien van een (groep)

<sup>67</sup> Zie Hof Den Haag 22 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2384, rov. 5.1.

<sup>68</sup> Vgl. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231.

perso(o)n(en) sprake is van een schending van het eigendomsrecht. Relevante factoren zijn onder meer of sprake is van ontneming van het volledige pensioen,<sup>69</sup> of het pensioen de belangrijkste inkomstenbron vormde,<sup>70</sup> of sprake was van ontneming van de ene op de andere dag zonder de mogelijkheid om hierop te anticiperen,<sup>71</sup> of de ontneming terugwerkende kracht heeft<sup>72</sup> en of reeds ontvangen bedragen moeten worden terugbetaald<sup>73</sup>.

- 7.11 Tegelijkertijd geldt als uitgangspunt dat bij ontneming van eigendom geen sprake is van een *fair balance* als niet voorzien is in schadevergoeding of compensatie. Uit de rechtspraak van het EHRM zou kunnen worden afgeleid dat het (volledige) gebrek aan compensatie in sterke mate kan wijzen op een schending van het eigendomsrecht.<sup>74</sup> Een maatregel die zou voorzien in de ontneming van reeds opgebouwde pensioenaanspraken van schijnzelfstandigen zonder dat daar compensatie tegenover staat zal dan ook naar verwachting zeer streng worden getoetst. Indien de Staat daarvoor zou kiezen, zal hij een stevige onderbouwing moeten geven waarom bijvoorbeeld het nagestreefde algemeen belang niet of onvoldoende met alternatieve maatregelen kan worden behaald, waarbij ook aandacht zal moeten zijn voor de verschillende typen fondsen.
- 7.12 Wij achten het op voorhand niet direct uitgesloten dat het EHRM zal concluderen dat de Staat met de ontneming van pensioenaanspraken zonder financiële compensatie op het niveau van de regeling een *fair balance* kan treffen. Daarbij kan onder meer relevant zijn dat schijnzelfstandigen bepaalde fiscale voordelen hebben genoten. Gedacht kan worden aan de zelfstandigenaftrek. Dat is ons inziens een relevante factor die moet worden meegewogen bij de vraag of sprake is van een *fair balance*.
- 7.13 Een andere bijzondere omstandigheid is dat op voorhand niet duidelijk is van welke personen pensioenaanspraken worden ontnomen (de betreffende personen weten zelf vaak ook niet of zijn zich er niet van bewust dat zij pensioenaanspraken hebben) en aan wie een eventuele compensatie moet worden betaald. Enerzijds zou dat dus betekenen dat zich jaren later nog personen zouden kunnen melden die compensatie willen krijgen, anderzijds gaat het dan om personen van wie kan worden afgevraagd in hoeverre zij rekening hebben (mogen) (ge)houden met de betreffende pensioenaanspraken. Dit laatste geldt in het bijzonder voor personen die (met het oog op mogelijke (fiscale) voordelen) er welbewust voor hebben gekozen de betreffende werkzaamheden als zelfstandige te verrichten, met de daarbij behorende

<sup>69</sup> EHRM 13 december 2011, appl. nrs. 27458/06, 37205/06, 37207/06 en 33604/07 (*Lakicevic e.a. t. Montenegro en Servië*), rov. 70.

<sup>70</sup> EHRM 15 september 2009, appl. nr. 10373/05 (*Moskal t. Polen*), rov. 74 en EHRM 12 december 2016, appl. nr. 53080/13 (*Bélané Nagy t. Hongarije*).

<sup>71</sup> EHRM 15 september 2009, appl. nr. 10373/05 (*Moskal t. Polen*), rov. 74 en EHRM 12 december 2016, appl. nr. 53080/13 (*Bélané Nagy t. Hongarije*), rov. 123-124.

<sup>72</sup> EHRM 12 december 2016, appl. nr. 53080/13 (*Bélané Nagy t. Hongarije*), rov. 123-124.

<sup>73</sup> EHRM 13 december 2011, appl. nrs. 27458/06, 37205/06, 37207/06 en 33604/07 (*Lakicevic e.a. t. Montenegro en Servië*), rov. 71.

<sup>74</sup> Vgl. EHRM 9 februari 2023, appl. nrs. 43932/19 en 43995/19 (*Katona en Závorský t. Slowakije*), rov. 63.

onzekerheden in verband met pensioen. Het voorgaande zou deze situatie ook nadrukkelijk onderscheiden van de casuïstiek uit de in dit advies aangehaalde rechtspraak, waarbij het ging om personen die juist wel een concrete verwachting hadden met betrekking tot een bepaalde pensioenaanspraak.

- 7.14 Ongeacht of er wel of geen compensatie wordt geboden en de mate waarin dus de pensioenaanspraken zouden worden ingeperkt, achten wij een maatregel op grond waarvan pensioenaanspraken zouden worden ontnomen zonder een vervaltermijn juridisch kwetsbaar. Als een regeling erin voorziet dat een pensioengerechtigde van de ene op de andere dag (een groot deel van) zijn of haar pensioenaanspraken verliest zonder dat hij of zij hierop heeft kunnen anticiperen, zal niet snel sprake zijn van een *fair balance*. Ons inziens zou een inperking van de pensioenaanspraken dan ook hoe dan ook gepaard moeten gaan met een vervaltermijn (van bijvoorbeeld vijf jaar) waarbinnen schijnzelfstandigen hun pensioenaanspraken nog kunnen opeisen door zich te melden bij een pensioenfonds. Na het verstrijken van die termijn komen de aanspraken (deels) te vervallen. Ten aanzien van de personen die zich binnen die vijf jaar melden is dan geen sprake van ontneming van eigendom, terwijl op die manier wel wordt gezorgd dat pensioenfondsen na vijf jaar duidelijkheid hebben over (de hoogte van) de pensioenaanspraken van schijnzelfstandigen.
- 7.15 Het hanteren van een vervaltermijn waarbinnen pensioenaanspraken moeten worden opgeëist, draagt bovendien bij aan de voorzienbaarheid. Dit lijkt ons des te meer van belang nu in het geval van een inperking van de pensioenaanspraken van schijnzelfstandigen, voor de betrokkenen in veel gevallen niet duidelijk zal zijn geweest dát zij de redelijke verwachting mochten koesteren dat zij rechten konden ontlenen aan het beginsel gpwr. Als duidelijk wordt gecommuniceerd dat schijnzelfstandigen zich binnen de vervaltermijn bij het pensioenfonds moeten melden om aanspraak te kunnen maken op hun reeds als schijnzelfstandige opgebouwde pensioenaanspraken, zal de maatregel als zodanig eerder een *fair balance* opleveren. Datzelfde geldt wanneer de pensioenaanspraken worden beperkt van personen die duidelijk voordeel hebben genoten van hun keuze om als zzp'er te werken door bijvoorbeeld een hoge vergoeding en het profiteren van fiscale voordelen. Voor die groep zou immers kunnen worden betoogd dat zij konden zien aankomen dat zij geen aanspraak zouden kunnen maken op een bepaald pensioen.
- 7.16 Het risico bestaat uiteraard dat niet iedereen die in het verleden als schijnzelfstandige heeft gewerkt en pensioenaanspraken kan opeisen zich binnen de vervaltermijn alsnog meldt. Wanneer zij na de vervaltermijn hun gehele pensioenaanspraken zouden verliezen, is sprake van ontneming van eigendom. De vraag is of in die gevallen altijd sprake is van een *fair balance*. Een vraag die daarbij aan de orde zou kunnen komen is waarom niet is gekozen voor een meer getrapte benadering, waarbij na het verstrijken van de termijn van vijf jaar stapsgewijs een steeds kleiner gedeelte van de

pensioenaanspraken wordt uitgekeerd. Of sprake is van een *fair balance* zal daarnaast afhankelijk zijn van de omstandigheden van het concrete geval. Op basis daarvan moet namelijk worden beoordeeld of sprake is van een individuele en buitensporige last.

- 7.17 Volgens ons is dan ook goed voorstelbaar dat in het concrete geval relevant zal zijn of de schijnzelfstandige die in de toekomst (na het verstrijken van de vervaltermijn) zijn of haar pensioenaanspraken zou opeisen ook andere (pensioen)inkomsten zal hebben/heeft om in zijn of haar levensonderhoud te voorzien. Dat kan een rol spelen bij de vraag of in het concrete geval sprake is van een individuele en buitensporige last. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat in dat kader vooral wordt gekeken of in een concrete situatie sprake is van ontneming van het volledige pensioen met als gevolg dat de betreffende persoon zijn of haar enige bron van inkomsten (van betekenis) verliest.<sup>75</sup> Ook in een geval waarin sprake was van het verlies van een aanzienlijk deel van het bruto maandinkomen<sup>76</sup>, was volgens het EHRM sprake van een individuele en buitensporige last.<sup>77</sup> Om die situaties te ondervangen, zou kunnen worden voorzien in een hardheidsclausule. Indien geen mogelijkheid bestaat om in het concrete geval een uitzondering te maken voor gevallen waarbij de ontneming van pensioenaanspraken zou leiden tot een situatie zoals aan de orde was in de rechtspraak van het EHRM, zal in dat concrete geval ons inziens waarschijnlijk sprake zijn van een schending van de *fair balance*. In dit kader kan gewezen worden op de uitspraak van het EHRM in de zaak *Katona en Závorský t. Slowakije*. In die zaak oordeelde het EHRM dat sprake was van een schending van het eigendomsrecht, waarbij het EHRM nadrukkelijk van belang achtte dat de wettelijke bepalingen geen ruimte lieten voor uitzonderingen of het maken van een individuele afweging.
- 7.18 Tot slot moet opgemerkt worden dat Nederland verschillende andere vangnetten kent. Gedacht kan worden aan de AOW. Die vangnetten maken dat minder snel sprake zal zijn van verlies van de enige bron van inkomsten of (met name als sprake is van een beperkt aanvullend pensioen) een groot deel van het bruto maandinkomen, zoals in de rechtspraak van het EHRM wel het geval was.
- 7.19 Kortom, het naar het verleden toe laten vervallen van pensioenaanspraken van schijnzelfstandigen kwalificeert ons inziens als ontneming van eigendom. Dat betekent in beginsel dat voor een *fair balance* compensatie moeten worden geboden. Wij sluiten niet volledig uit dat de Staat omstandigheden kan aanvoeren op grond waarvan de ontneming van pensioenaanspraken zonder financiële compensatie op het niveau van de regeling de toets van de *fair balance* zou kunnen doorstaan. Wanneer sprake is van

<sup>75</sup> EHRM 15 september 2009, appl. nr. 10373/05 (*Moskal t. Polen*), rov. 74 en EHRM 12 december 2016, appl. nr. 53080/13 (*Bélané Nagy t. Hongarije*).

<sup>76</sup> In deze zaak was onduidelijk hoe hoog het bruto maandinkomen precies was, maar het EHRM was wel van oordeel dat het pensioen hier een aanzienlijk deel van uitmaakte.

<sup>77</sup> EHRM 13 december 2011, appl. nrs. 27458/06, 37205/06, 37207/06 en 33604/07 (*Lakicevic e.a. t. Montenegro en Servië*), rov. 70.

dergelijke omstandigheden, volgt niet uit de jurisprudentie. Wanneer een vervaltermijn zou worden gehanteerd en wanneer bijvoorbeeld de pensioenaanspraken worden beperkt van personen die duidelijk voordeel hebben genoten van hun keuze om als zzp'er te werken door bijvoorbeeld een hoge vergoeding en het profiteren van fiscale voordelen, en van wie verwacht mag worden dat zij in hun eigen pensioen hebben (kunnen) voorzien, zou betoogd kunnen worden dat een *fair balance* wordt getroffen. Het staat op voorhand echter niet vast dat een rechter hierin mee zal gaan. Bovendien kent Nederland verschillende sociale instrumenten om inkomstensterugval te voorkomen, waardoor de kans dat iemand nadat zijn pensioenaanspraken zijn vervallen geen inkomsten van betekenis meer overhoudt, minimaal is. Niettemin kan, ook wanneer op het niveau van de regeling sprake is van een *fair balance*, sprake zijn van een individuele en buitensporige last. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat het noodzakelijk is om voor die gevallen te voorzien in een mogelijkheid om een uitzondering te kunnen maken.

**8 Als in het verleden een clause [met aanvullende voorwaarden] was opgenomen, betekent dat dan dat er geen pensioenrechten zijn opgebouwd als niet aan die voorwaarden is voldaan? En als deze clause wordt opgenomen geldt dan voor de toekomst dat er geen rechten worden opgebouwd?**

8.1 Bij beantwoording van deze vraag gaan wij ervan uit dat niet ter discussie staat dat iemand 'deelnemer' is.

8.2 Voor de opbouw van pensioenaanspraken nadat in een pensioenreglement een clause is opgenomen met een beperkende voorwaarde zal beoordeeld moeten worden of die voorwaarde juridisch houdbaar is. Als dat het geval is, dan zal geen opbouw plaatsvinden tot het moment dat iemand aan de voorwaarde(n) voldoet.

8.3 In dit verband merken wij op dat een afwijking/inperking van het uitgangspunt *geen premie, wel recht* naar wij menen als voorwaarde voor de opbouw van pensioenaanspraken geformuleerd moet worden. Het alternatief, te weten een formulering waarbij ervan wordt uitgegaan dat iemand wel aanspraken heeft opgebouwd, maar deze niet worden uitgekeerd, achten wij moeilijk te verdedigen. Feitelijk is dan sprake van opbouw van een min of meer voorwaardelijk ouderdomspensioen. Dit staat in onze ogen op gespannen voet met het systeem van de Pensioenwet (dat een dergelijke vorm van ouderdomspensioen niet kent) en het aantastingsverbod zoals geformuleerd is in artikel 20 Pensioenwet.

**9 Is het juist dat pensioenfondsen in rechtszaken pleiten voor het maken van onderscheid tussen vorderingen tot: i) het administreren van (nog niet bekende) pensioenaanspraken, die verjaren na vijf jaar omdat dit**

**vorderingen uit overeenkomst zijn en ii) het toekennen van (al geadministreerde) pensioenen, die niet verjaren (artikel 59 Pw)? Indien voorgaande stellingen bevestigend worden beantwoord, zou dat dan betekenen dat het recht op aansluiting van schijnzelfstandigen die zich niet binnen vijf jaar melden voor aansluiting, vervalt, waardoor alsnog geen pensioenaanspraak ontstaat en je dus ook niet toekomt aan artikel 59 Pw?**

- 9.1 In het eerdergenoemde arrest Labots/Bpf, overweegt de Hoge Raad o.a. dat pensioenaanspraken op grond van het deelnemerschap zelfstandig en rechtstreeks uit het pensioenreglement voortvloeien. Indien voldaan is aan de in het pensioenreglement neergelegde voorwaarden, is het ontstaan van pensioenaanspraken niet (ook nog) afhankelijk van een daartoe strekkende handeling van (het bestuur van) een pensioenfonds, zoals een toekenning of administratie van de pensioenaanspraken.<sup>78</sup>
- 9.2 Eventuele 'toekenning' door (het bestuur van) een fonds houdt volgens de Hoge Raad niets meer in dan een bevestiging of vastlegging door (het bestuur van) het fonds dat de rechthebbende op grond van het pensioenreglement bepaalde pensioenaanspraken heeft opgebouwd. Dit brengt volgens de Hoge Raad mee dat de vordering tot 'toekenning' van pensioenaanspraken over een bepaalde periode niet ertoe strekt dat een fonds wordt veroordeeld een verschuldigde prestatie jegens een deelnemer te verrichten waardoor hij alsnog pensioenaanspraken over die periode verkrijgt. Daarom strekt een 'toekenning' niet tot nakoming van 'een verbintenis tot een geven of een doen' in de zin van art. 3:307 BW, maar heeft dit het karakter van een verklaring voor recht dat een deelnemer jegens een fonds uit hoofde van een pensioenreglement pensioenaanspraken over de desbetreffende periode heeft en ook steeds heeft gehad. Van verjaring op de voet van art. 3:307 kan daarom geen sprake zijn.<sup>79</sup>
- 9.3 Het door sommige pensioenfondsen gemaakte onderscheid gaat in onze ogen dan ook niet op.

Enigszins buiten de reikwijdte van de vraagstelling halen wij volledigheidshalve een recent arrest (21 maart 2025) van de Hoge Raad aan, waarin hij antwoord geeft op de vraag vanaf welk moment een premievordering van een pensioenfonds op een werkgever opeisbaar wordt.<sup>80</sup> De Hoge Raad overweegt dat de vordering van een bedrijfstakpensioenfonds op een werkgever tot betaling van de premie over een bepaalde periode opeisbaar is op het tijdstip van betaling dat in het uitvoeringsreglement (binnen de door art. 26 Pw gestelde grenzen) voor die vordering is bepaald. Daarbij vervolgt de Hoge Raad dat indien dat tijdstip afhankelijk is gesteld van een handeling van de pensioenuitvoerder, zoals het verzenden van een

<sup>78</sup> HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462, rov. 3.5.

<sup>79</sup> HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462, rov. 3.5 en 3.6.

<sup>80</sup> HR 21 maart 2025, ECLI:NL:2025:423.

premienota, en die handeling achterwege is gebleven, de vordering voor de toepassing van art. 3:308 BW geacht wordt opeisbaar te zijn geworden op het uiterste tijdstip van betaling van de premie, bedoeld in art. 26 Pw (objectief aanvangsmoment).

Dat betekent dat de verjaringstermijn van artikel 3:308 BW aanvangt op de dag, volgende op die waarop de vordering van het bedrijfstakpensioenfonds op de werkgever tot betaling van de premie over een bepaalde periode opeisbaar is geworden of geacht wordt opeisbaar te zijn geworden. Dit kan in theorie met zich brengen dat een premie verjaard is op het moment dat een pensioenfonds bekend wordt met het bestaan ervan.

Verder merkt de Hoge Raad op dat de verjaringstermijn van art. 3:308 BW wordt verlengd indien – kort gezegd – de werkgever opzettelijk het bestaan van de premievordering of de opeisbaarheid daarvan voor het bedrijfstakpensioenfonds verborgen heeft gehouden.

Tot slot kan onder omstandigheden een beroep van de werkgever op de verjaringstermijn van art. 3:308 BW jegens het bedrijfstakpensioenfonds naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (art. 6:2 lid 2 BW), aldus de Hoge Raad. Bij een geslaagd beroep op dit artikellid zou het wettelijk verjaringsstelsel buiten toepassing kunnen worden gelaten.<sup>81</sup> De lat voor een geslaagd beroep op artikel 6:2 lid 2 BW ligt – zoals eerder ook genoemd – echter bijzonder hoog.

Ten overvloede merken wij nog op dat pensioenfondsen er vaak ook voor kiezen om de vordering (ook) in te steken als een rechtsvordering tot vergoeding van schade (op grond van een onrechtmatige daad). In dat geval geldt een verjaringstermijn van vijf of twintig jaar (art. 3:310 BW).<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, rov. 3.3.1.

<sup>82</sup> Vgl. Asser/Lutjens 7-XI 2023/554 'Verjaring vordering schade'.

**10 Leent schijnzelfstandigheid (in bepaalde sectoren waarin veel schijnzelfstandigheid voorkomt, zoals bijvoorbeeld de zorg of het onderwijs) zich voor een collectieve vordering (massaclaim) ex 3:305a BW: in hoeverre is het denkbaar dat er sprake is van gelijksoortige belangen en in hoeverre is de verwachting dat aan de overige eisen van art. 3:305a kan worden voldaan? Wat zijn andere mogelijke rechtsvorderingen die schijnzelfstandigen tegen het fonds kunnen indienen, individueel dan wel collectief?**

- 10.1 Om aanspraak te kunnen maken op pensioen zal primair de vraag moeten worden beantwoord of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Uitgangspunt is dat bij de kwalificatie van een (arbeidsrelatie) alle omstandigheden van het geval in acht moeten worden genomen.<sup>83</sup> Daarbij kunnen ook omstandigheden een rol spelen die buiten de bediscussieerde arbeidsrelatie liggen. Ook relevant kan namelijk zijn of de schijnzelfstandige zich in het maatschappelijk verkeer als ondernemer gedraagt.<sup>84</sup> Het voorgaande brengt mee dat voor de kwalificatie van een (arbeids)relatie steeds de individuele omstandigheden relevant zijn. Toch hoeft het gelijksoortigheidsvereiste naar onze mening geen drempel te zijn tegen het instellen van een collectieve vordering onder de WAMCA. Als immers voldoende aannemelijk kan worden gemaakt dat voor een bepaalde groep schijnzelfstandigen de kwalificatievraag steeds afhankelijk is van dezelfde contractuele relatie met (overwegend) dezelfde individuele omstandigheden, dan kan die kwalificatievraag worden beantwoord zonder acht te slaan op de verdere individuele omstandigheden van iedere schijnzelfstandige.<sup>85</sup> In zo'n geval is voldaan aan het gelijksoortigheidsvereiste.<sup>86</sup> Dit is bijvoorbeeld denkbaar ten aanzien van bepaalde sectoren waarin veel schijnzelfstandigheid voorkomt, maar ondernemerschap niet gebruikelijk is. Bijvoorbeeld indien een onderwijsinstelling gebruikmaakt van zzp-leerkrachten, waarvan vaststaat dat zij zich niet als ondernemer ook aan ander onderwijsinstellingen beschikbaar stellen (bijvoorbeeld omdat zij bij de betreffende onderwijsinstelling een langlopende voltijdsaanstelling hebben).

<sup>83</sup> Zie bijvoorbeeld: HR 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:319, JAR 2025/90, m.nt. Rietveld, rov. 3.1 e.v. (prejudiciële beslissing in de *Uber*-zaak (Hof Amsterdam 13 februari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:601); HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, JAR 2023/107 m.nt. E.F. Grosheide, rov. 3.2.5 (*Deliveroo/FNV*); HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, JAR 2020/287, m.nt. Said, rov. 3.2.2 t/m 3.3.2 (*X/Gemeente Amsterdam*); HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149, rov. 3.4 (*Groen/Schoevers*).

<sup>84</sup> HR 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:319, JAR 2025/90, m.nt. Rietveld, rov. 3.1 e.v. (prejudiciële beslissing in de *Uber*-zaak (Hof Amsterdam 13 februari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:601).

<sup>85</sup> Vgl. HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo/FNV*) ter bekrachtiging van hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392; HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:26453; HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722; rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4035, rov. 4.20; rb. Amsterdam 1 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4546.

<sup>86</sup> En in de regel ook aan het vereiste van artikel 1018c lid 5 sub b Rv inhoudende dat het voeren van de collectieve vordering efficiënter en effectiever moet zijn dan het voeren van individuele procedures.



- 10.2 De overige ontvankelijkheidsvereisten van artikel 1018c lid 5 Rv jo. 3:305a BW staan niet per definitie aan een dergelijke collectieve vordering in de weg; of dat zo is, is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval.<sup>87</sup>
- 10.3 Een vordering tot een verklaring voor recht om de relatie tussen de werkgever en schijnzelfstandige(n) als arbeidsovereenkomst te kwalificeren zal tegenover de (individuele) werkgever moeten worden ingesteld. Een collectieve actie om een (arbeids)relatie voor een hele sector te kwalificeren zal in de praktijk lastig te construeren zijn. Het is mogelijk om namens een bepaalde achterban (bijvoorbeeld 'leraren') een hele groep werkgevers te dagvaarden, maar juridisch gezien zal dan steeds per werkgever moeten worden vastgesteld welke (arbeids)relatie er bestaat tussen hem en 'zijn' schijnzelfstandigen. Een sectorbrede collectieve actie zal daarmee aanlopen tegen praktische en juridische grenzen, bijvoorbeeld op het gebied van doelmatigheid. Het in één collectieve actie betrekken van een hele sector lijkt daarmee niet realistisch.<sup>88</sup> Uiteraard kan een (proef)procedure tegen één werkgever dermate exemplarisch zijn dat deze impliciet ook gevolgen heeft voor andere werkgevers. Echter, om aanspraak te maken op de arbeidsrelatie en – relevant voor dit advies – de daarbij behorende pensioenopbouw, zal de (arbeids)relatie per werkgever (in rechte) moeten worden vastgesteld en gekwalificeerd als arbeidsrelatie.
- 10.4 Staat (in rechte) vast dat de relatie tussen de werkgever en de schijnzelfstandige als arbeidsrelatie kwalificeert, dan is daarmee (ook) voldaan aan de wettelijke definitie van 'deelnemer' (zie randnummer 6.1 van dit advies). De kwalificatie leidt dan automatisch tot deelnemerschap als de 'werknemer' kort gezegd onder de werkingssfeer van een verplichtstelling valt. Zou het pensioenfonds geen nadere voorwaarden hebben verbonden aan de opbouw van pensioenaanspraken (zie randnummer 3.9 e.v. van dit advies), dan heeft de werknemer recht op pensioen, tenzij sprake is van een 'uitzonderlijke omstandigheid'. Zou het pensioenfonds het deelnemerschap en/of de opbouw – nadat de kwalificatie van de arbeidsrelatie is komen vast te staan – niet erkennen, dan ligt voor de hand dat werknemers individueel of via een collectieve actie een verklaring voor recht zullen vorderen tot vaststelling van het deelnemerschap en/of de vraag of is voldaan aan de voorwaarden voor opbouw van pensioen. Dit betreft dan opnieuw een (kwalificatie)vraag, die zich onder omstandigheden op collectief niveau zal laten beantwoorden, zodat een collectieve actie onder de WAMCA zich daar mogelijk goed voor leent.

**NB:** Procestechnisch is denkbaar dat een belangenorganisatie één dagvaarding uitbrengt waarin hij zowel een vordering instelt tegenover de (voormalig) werkgever tot kwalificatie van de arbeidsrelatie, als een vordering tegenover

<sup>87</sup> Het gaat voor de reikwijdte van dit advies te ver om alle individuele ontvankelijkheidsvereisten toe te lichten.

<sup>88</sup> Dat is uiteraard anders wanneer in de sector vergaande afstemming heeft plaatsgevonden tussen de werkgevers, maar een dergelijke situatie gaat buiten het bestek van dit advies.

het pensioenfonds tot vaststelling van het deelnemerschap. Dan is sprake van 'subjectieve cumulatie' van vorderingen. Subjectieve cumulatie heeft geen wettelijke grondslag, maar is op basis van vaste rechtspraak van de Hoge Raad toegestaan, omdat de gezamenlijke behandeling van nauw samenhangende vorderingen gerechtvaardigd wordt vanuit het principe van doelmatigheid.<sup>89</sup> Naast subjectieve cumulatie in de dagvaarding, is het mogelijk dat de belangenorganisatie (gelijktijdig) tegen de werkgever en het pensioenfonds een aparte dagvaarding uitbrengt, waarna beide zaken op verzoek of ambtshalve door de rechter kunnen worden gevoegd.<sup>90</sup>

- 10.5 Ook als het pensioenfonds wél voorwaarden aan de opbouw van pensioenaanspraken heeft verbonden (zie randnummer 3.9 e.v. van dit advies) kan op individueel niveau of via een collectieve actie een verklaring voor recht worden gevorderd, inhoudende dat aan die voorwaarden is voldaan. Het gelijksoortigheidsvereiste staat niet aan een collectieve vordering tot een dergelijke verklaring voor recht in de weg, zolang de verklaring voor recht zodanig is geformuleerd dat deze kan worden beoordeeld zonder acht te slaan op de individuele omstandigheden van de leden van de achterban.<sup>91</sup>
- 10.6 In algemene zin kan niet worden gezegd dat een collectieve actie waarin tegenover het pensioenfonds een dergelijke verklaring voor recht wordt gevorderd afstuit op andere ontvankelijkheidsvereisten van artikel 1018c lid 5 Rv jo. 3:305a BW.<sup>92</sup>
- 10.7 De WAMCA leent zich in onze ogen minder goed voor het instellen van collectieve vorderingen die strekken tot nakoming, schadevergoeding of vaststelling van specifieke pensioenrechten en –aanspraken, omdat bij de beoordeling van dergelijke vorderingen zal moeten worden geabstraheerd van de specifieke omstandigheden van alle individuele deelnemers en dit tot (onverenigbare) spanning leidt met het fundamentele karakter van pensioenrechten en aanspraken als hoogstpersoonlijke en onvervreembare rechten.<sup>93</sup> Collectieve acties met een dergelijke insteek zullen daarom zonder toepassing van de WAMCA moeten worden vormgegeven, bijvoorbeeld via de constructie van een last of volmacht.<sup>94</sup> Uiteraard zijn ook individuele procedures mogelijk om dit soort vorderingen in te stellen. Zowel collectieve procedures op basis van een last of volmacht, als individuele procedures kunnen worden ingestoken als

<sup>89</sup> HR 27 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6384NJ 1980/102 m.nt. W.H. Heemskerk.

<sup>90</sup> Op grond van artikel 220 lid 1 Rv.

<sup>91</sup> *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 27; HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, rov. 4.2 (*Baas in eigen huis/Plazacasa*). Zie voor de toepassing van dit vereiste in recente rechtspraak over de WAMCA: Hof Den Haag 13 maart 2025, ECLI:NL:GHDHA:2025:353, rov. 6.5; rb. Amsterdam 15 januari 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:313, rov. 7.3; rb. Noord-Holland 6 september 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:9193, rov. 5.5.

<sup>92</sup> Waarbij aannemelijk is dat een dergelijke collectieve actie kan worden aangemerkt als ideële actie, zodat ten aanzien van de ontvankelijkheid het verlicht regime van toepassing is.

<sup>93</sup> Kort samengevat: een collectieve beoordeling van geldvorderingen op basis van de WAMCA vergt een beoordeling met een zeker abstractieniveau, terwijl pensioenaanspraken en –rechten een hoogstpersoonlijk en bestemmingsgebonden karakter hebben. Abstraheren van de individuele situatie kan in strijd komen met het afkoopverbod (artikel 65 Pw). Een eventuele financieringsovereenkomst met een procesfinancier kan strijd opleveren met het vervreemdingsverbod (artikel 64 Pw).

<sup>94</sup> Cessie van pensioenaanspraken of –rechten is niet toegestaan op grond van het vervreemdingsverbod (artikel 64 Pw).

proefprocedure. Bij een proefprocedure wordt een vordering ingestoken over een principiële rechtsvraag op basis van een feitelijke onderbouwing die exemplarisch is voor een grotere groep belanghebbenden. Hoewel het vonnis in zo'n proefprocedure formeel-juridisch slechts de procespartijen bindt, heeft zo'n vonnis in de praktijk gevolgen voor alle belanghebbenden zeker als de rechterlijke uitspraak afkomstig is van een gerechtshof of de Hoge Raad.

## **11 Zou inperking van de pensioenaanspraken van schijnzelfstandigen die voortvloeien uit het uitgangspunt gpwr gevolgen kunnen hebben voor de Europese mededingingsrechtelijke rechtvaardiging van de verplichtstelling?**

- 11.1 U heeft gevraagd of het beperken van de reikwijdte van het principe *geen premie, wel recht* afbreuk zou kunnen doen aan de mededingingsrechtelijke rechtvaardiging van de exclusieve rechten van pensioenfondsen. Ons inziens is dat niet het geval. Dat laat zich als volgt toelichten.
- 11.2 Het Hof van Justitie heeft zich in het verleden al enkele malen uitgesproken over de toepassing van de Europese mededingingsregels (artikel 101, 102 en 106 VWEU) op Nederlandse pensioenregelingen. In de arresten *Albany*, *Brentjens* en *Drijvende Bokken* (hierna gezamenlijk kortweg aangeduid als "*Albany*")<sup>95</sup> 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*<sup>96</sup> heeft het Hof van Justitie overeenkomstig – zij het met een iets andere benadering – geoordeeld waar het een beroepspensioenfonds voor zelfstandigen betrof.
- 11.3 De Europese mededingingsregels speelden in die zaken als volgt.
- 11.4 Artikel 101 VWEU (kartelverbod) is alleen van toepassing op gedragingen van ondernemingen. In *Albany* was het kartelverbod niet van toepassing, omdat de afspraken die ten grondslag lagen aan de betreffende verplicht gestelde 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.

<sup>95</sup> 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*

<sup>96</sup> HvJ EU 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 tot en met C-184/98 (*Pavlov*), ECLI:EU:C:2000:428.

vakbonden. Het Hof van Justitie heeft vervolgens in *Pavlov*<sup>97</sup>, dat ging over de verplichtstelling van een beroepspensioenfonds, duidelijk gemaakt 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.

- 11.5 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 sprake kan zijn van een schending van artikel 102 VWEU *juncto* artikel 106 VWEU doordat 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.
- 11.6 Het Hof van Justitie heeft in *Albany* 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.<sup>98</sup>

<sup>97</sup> In die zaak lag aan de verplichtstelling (mede) een besluit van een beroepsorganisatie 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 *beperking* 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 was van een *schending* van het verbod van artikel 101 VWEU.

<sup>98</sup> Vgl. HvJ EU 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*), ECLI:EU:C:1999:430, punt 111.

- 11.7 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 in 2020 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.<sup>99</sup>
- 11.8 Ons inziens zou het beperken van de reikwijdte van het principe *geen premie, wel recht* geen aanknopingspunt kunnen zijn voor de gedachte dat dit afbreuk zou kunnen doen aan de mededingingsrechtelijke rechtvaardiging van de exclusieve rechten van pensioenfondsen. Het beperken van de reikwijdte van dit principe zou zijn ingegeven vanuit de doelstelling van rechtszekerheid en het wegnemen van financiële risico's bij de pensioenfondsen ten gunste van het collectief. Daarmee blijft een van de beoogde doelstellingen van de verplichtstellingen, te weten het verkleinen van de witte en grijze vlekken, en zo de pensioenvoorziening te verbeteren van werknemers voor wie geen of slechts voor een deel een pensioentoezegging is gedaan en het bereiken hiervan op economisch aanvaardbare voorwaarden, (nagenoeg volledig) overeind.<sup>100</sup> In die omstandigheden menen wij dat geen aanleiding bestaat om te twijfelen aan de mededingingsrechtelijke rechtvaardiging van de exclusieve rechten van pensioenfondsen.
- 11.9 Gelet op het voorgaande zien wij geen mededingingsrechtelijke bezwaren tegen eventuele maatregelen die de reikwijdte zouden beperken van het principe gpwr voor (een specifieke groep) van schijnzelfstandigen. Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat dit onverlet laat dat verplicht gestelde pensioenfondsen, die immers een economische machtspositie hebben, zich bij hun gedragingen moeten houden aan de (Europese) mededingingsregels, in het bijzonder het verbod van misbruik van een economische machtspositie.

## 12 Afsluiting

- 12.1 Tot zover ons advies. Voor een nadere toelichting zijn we graag beschikbaar.

\*\*\*

<sup>99</sup> Hof Den Haag 22 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2384. Het Hof zag geen feitelijk aanknopingspunt om te twijfelen aan de conclusie dat exclusieve rechten van pensioenfondsen ervoor zorgen dat zij de bij hen berustende DAEB op economisch aanvaardbare voorwaarden kunnen vervullen.

<sup>100</sup> Vgl. HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:847, rov. 3.7. Zie ook conclusie van AG Drijber van 18 oktober 2024, ECLI:NL:PHR:2024:1082, randnummer 4.10.

