

Pensioen voor schijnzelfstandigen

Deel I: Geen premie: *wel of toch geen pensioen* –
toepassing bij pensioenfondsen

Erik Lutjens
Senem Özkul

Colofon

Industry papers zijn papers voor professionals in de pensioen- en verzekeringssector. Ze worden op de Netspar website gepubliceerd na goedkeuring door de Netspar Editorial Board (EB). De EB controleert de papers op zowel academische kwaliteit als toegankelijkheid voor niet-academische professionals. Industry papers worden gepresenteerd voor discussie op Netspar-evenementen. Vertegenwoordigers van academische en sectorpartners worden uitgenodigd voor deze evenementen.

Netspar Industry Paper 2026-37, augustus 2026

Editorial Board

Voorzitter: Andries de Grip, Universiteit Maastricht

Leden:

Joyce Augustus-Vonken, APG

Mark-Jan Boes, Vrije Universiteit Amsterdam

Damiaan Chen, De Nederlandsche Bank

Bart Dees, Nationale-Nederlanden

Arjen Hussem, PGGM

Kristy Jansen, University of Southern California

Sven Klijnhout, Achmea

Raymond Montizaan, Universiteit Maastricht

Alwin Oerlemans, APG

Jan Maarten van Riemsdijk, PGGM

Mariëtte Sanderse, PMT

Peter Schotman, Universiteit Maastricht

Erik Schouten, Ministerie van Financiën | Belastingdienst

Ivor Witte, a.s.r.

Ontwerp Maan

Vormgeving Studiodet

Redactie Jolanda van den Braak

Industry Papers is een uitgave van Netspar. Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande toestemming van de auteur(s).

Inhoudsopgave

Samenvatting	4
Summary	5
1. Inleiding	6
2. De schijnzelfstandige: geen nieuw fenomeen	11
3. Het adagium 'geen premie, wel pensioen'	17
4. Beperking van het beginsel 'geen premie, wel pensioen' bij schijnzelfstandigen	25
5. Conclusie	46

Affiliaties

Erik Lutjens – hoogleraar Pensioenrecht, Vrije Universiteit Amsterdam

Senem Özkul – docent-onderzoeker Sociaal recht, Vrije Universiteit Amsterdam

Samenvatting

Schijnzelfstandigheid kan ertoe leiden dat werkenden achteraf als werknemer worden aangemerkt en alsnog aanspraak maken op pensioen, terwijl over de betreffende periode geen premie is afgedragen. In dit onderzoek staat de vraag centraal in hoeverre pensioenfondsen in dergelijke situaties altijd gehouden zijn pensioenaanspraken toe te kennen. Uitgangspunt is het beginsel 'geen premie, wel pensioen', dat inhoudt dat het ontbreken van premiebetaling niet aan de deelnemer mag worden tegengeworpen. Het onderzoek laat zien dat dit beginsel ook bij schijnzelfstandigheid het vertrekpunt blijft. Afwijking daarvan is slechts mogelijk in uitzonderlijke gevallen, met name wanneer de werkende zelf bewust en verwijtbaar heeft bijgedragen aan de gekozen schijnconstructie of aan het uitblijven van premiebetaling. Om dit concreet te maken, gaan we in op de betekenis van algemene rechtsbeginselen, zoals redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid. Deze beginselen geven slechts beperkte ruimte om af te wijken van 'geen premie, wel pensioen'. Daarnaast onderzoeken we of pensioenfondsen de ruimte om af te wijken nader kunnen invullen via reglementaire bepalingen. Reglementaire bepalingen kunnen richting geven aan de beoordeling, maar mogen niet uitmonden in een generieke 'geen premie, geen pensioen'-regel. In dit onderzoek bespreken we welke typen reglementaire bepalingen wel en niet toelaatbaar kunnen worden aangemerkt. Doorslaggevend blijft steeds een casuïstische beoordeling van alle omstandigheden van het geval.

Summary

False self-employment may result in workers being retrospectively classified as employees and subsequently claiming pension entitlements, even though no pension contributions were paid during the relevant period. This study examines to what extent pension funds are required to grant pension entitlements in such situations. The starting point is the principle of 'no contributions, yet pension entitlement', which entails that the absence of contribution payments should, in principle, not be held against the participant. The study demonstrates that this principle also remains the point of departure in cases of false self-employment. Departure from this principle is only conceivable in exceptional circumstances, particularly where the worker has consciously and culpably contributed to the chosen false self-employment construction or to the absence of contribution payments. In that context, the study examines the significance of general legal principles, such as reasonableness and fairness and abuse of rights. These principles give only limited scope to deviate from the 'no contributions, yet pension entitlement' rule. In addition, the study analyses to what extent pension funds may further concretise the scope for deviation through pension regulations. Such regulations may provide guidance for the assessment but may not amount to a generic 'no contributions, no pension entitlement' rule. The study therefore discusses which types of regulatory provisions appear permissible and which do not. Ultimately, the assessment must always remain based on the specific circumstances of the individual case.

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Pensioenuitvoerders worden steeds vaker geconfronteerd met claims gericht op toekenning van pensioenaanspraken of pensioenrechten die betrekking hebben op voorgaande jaren. Het gaat om pensioenaanspraken en -rechten die voorheen onbekend waren en waarvoor geen bijdragen zijn betaald. Hiervoor bestaan diverse oorzaken, zoals een werkgever die in het verleden een onjuist (te laag) pensioengerechtigd loon doorgaf, onbekendheid met werknemers uit het buitenland die in Nederland werken of een werkgever die niet bekend was bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. In de afgelopen jaren is daar een nieuwe en steeds relevantere oorzaak bij gekomen, namelijk die van situaties waarin werkzaamheden formeel worden verricht op basis van een opdrachtovereenkomst, maar waarbij achteraf moet worden vastgesteld dat materieel sprake is van een arbeidsovereenkomst. Deze laatste categorie – hierna aangeduid als schijnzelfstandigheid – staat centraal in dit onderzoek.

De toegenomen relevantie van schijnzelfstandigheid blijkt met name uit recente rechtspraak. Een bekend voorbeeld is de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Deliveroo¹, op basis waarvan betrokken werknemers alsnog pensioenrechten konden claimen over voorgaande jaren. Ook in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie is aanvaard dat een persoon als werknemer in de zin van het Unierecht moet worden aangemerkt wanneer diens vermeende zelfstandigheid slechts theoretisch is en feitelijk een arbeidsrelatie verhuult.² Dit is ook aangenomen in de belastingjurisprudentie van de Hoge Raad. Zo oordeelde de belastingkamer van de Hoge Raad op 30 maart 2018 dat de werkzaamheden van een als zelfstandige aangemerkte zorgverlener feitelijk werden verricht in het kader van een arbeidsovereenkomst.³

Desondanks heeft de handhavingspraktijk van de Belastingdienst meerdere jaren bijgedragen aan onzekerheid over de kwalificatie van arbeidsrelaties. Hoewel met de invoering van nieuwe regelgeving vanaf 2016/2017 werd beoogd meer duidelijkheid te scheppen over de vraag wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst, is deze regelgeving in de praktijk niet actief gehandhaafd waar het schijnzelfstandigheid betrof. Pas vanaf 2022 nam de overheid het initiatief om deze niet-handhaving te beëindigen, wat uiteindelijk heeft geleid tot de aangekondigde aanscherping van de handhaving door de Belastingdienst per 2025.⁴ Deze koerswijziging markeert een duidelijke breuk met de eerdere terughoudende houding en veroorzaakt juist daardoor onrust in de pensioensector.

1 Hoge Raad 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1622, PJ 2024/9.

2 HvJ EU 4 december 2014, zaak C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (FNV/Kiem).

3 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:343.

4 *Kamerstukken II* 2024/25, 31311, nr. 263.

Pensioenuitvoerders worden geconfronteerd met de mogelijkheid dat arbeidsrelaties met terugwerkende kracht als een arbeidsovereenkomst worden gekwalificeerd.⁵ Dit leidt tot aanspraken op pensioenopbouw over perioden waarin geen pensioenpremies zijn afgedragen. Een werkende kan immers gedurende langere tijd als schijnzelfstandige werkzaam zijn geweest. Indien achteraf wordt vastgesteld dat feitelijk sprake was van een arbeidsovereenkomst, ontstaan premieverplichtingen en aanspraken op onder meer pensioen over verstreken jaren. Voor werkgevers kan dit uitmonden in aanzienlijke naheffingen van pensioenpremies. Wanneer een werkgever niet aan deze verplichtingen kan voldoen of inmiddels niet meer bestaat, kunnen de financiële gevolgen terechtkomen bij het collectief van pensioendeelnemers⁶ dat bij het pensioenfonds is aangesloten. Dit impliceert dat het collectief de risico's en gevolgen draagt van de eerdere keuze van de overheid om de Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties (Vbar) niet te handhaven en schijnzelfstandigheid onvoldoende tegen te gaan. Deze onzekerheid kan verder worden versterkt door het voorgestelde 'rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst'. Het desbetreffende wetsvoorstel introduceert onder bepaalde voorwaarden een vermoeden van werknemerschap.⁷ Juist omdat pensioenuitvoerders in de praktijk niet uit eigen wetenschap kunnen vaststellen of aan de voorwaarden is voldaan, biedt het vermoeden voor hen geen voorafgaande duidelijkheid en kan het de rechtsonzekerheid versterken.

De maatschappelijke relevantie van deze problematiek is aanzienlijk. Uitgaande van circa 200.000 schijnzelfstandigen op een totaal van ongeveer 5,7 miljoen actieve deelnemers aan bedrijfstakpensioenfonds, gaat het potentieel om circa 5 procent van de populatie. De Pensioenfederatie schat de financiële impact op ongeveer 1,3 miljard euro per jaar.⁸ Daarmee rijst de fundamentele vraag wie het financiële risico draagt van het alsnog moeten toekennen van pensioenaanspraken en -rechten. In beginsel rust de verplichting tot premiebetaling op de werkgever en hebben werknemers recht op de pensioenopbouw die uit de toepasselijke pensioenregeling voortvloeit. Het niet afdragen van pensioenpremies kan een onderneming bovendien een concurrentievoordeel opleveren ten opzichte van werkgevers die hun verplichtingen wel nakomen. Tegelijkertijd kan het innen van premies over het verleden een zodanige financiële last vormen dat de continuïteit van een onderneming in gevaar komt, nog daargelaten dat wegens de regels over verjaring van premievorderingen mogelijk niet de volledige achterstallige premie alsnog gevorderd kan worden.

5 De wetgever gaat uit van duizenden situaties van werkenden waarin sprake kan zijn van schijnzelfstandigheid. *Kamerstukken II 2024-2025, 36783, nr. 3, p. 14-15.*

6 In deze bijdrage hanteren wij de term 'pensioendeelnemer' in ruime zin. Daaronder verstaan wij zowel (actieve) deelnemers als gewezen deelnemers en pensioengerechtigden.

7 *Kamerstukken II 2024/25, 36783, nr. 2, p. 2.*

8 Pensioenfederatie, *Reactie op de internetconsultatie Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden (Vbar)*, 10 november 2023.

Indien pensioenuitvoerders gehouden zijn pensioenaanspraken en -rechten toe te kennen zonder dat daarvoor (volledig) premie is ontvangen, dan kan dit leiden tot financiering uit collectieve vermogens. De Pensioenfederatie spreekt in dat verband van ‘gratis pensioen ten laste van het collectief’.⁹ Dat kan de financiële stabiliteit van pensioenuitvoerders onder druk zetten en negatieve gevolgen hebben voor pensioendeelnemers, onder meer doordat minder ruimte resteert voor indexatie of zelfs omdat tot verlaging van pensioenen moet worden overgegaan. Bij premieovereenkomsten, na wijziging van de pensioenovereenkomst om te voldoen aan de regels van de Wet toekomst pensioenen, zal de financiering in eerste instantie uit een operationele reserve plaatsvinden. Is deze echter ontoereikend, dan moet financiering uit andere reserves gebeuren en uiteindelijk – ‘als het helemaal fout gaat’ – uit de voor pensioen bestemde vermogens of kapitalen.¹⁰ Daarmee komen zowel de financiële stabiliteit van ondernemingen als de solidariteit binnen pensioenregelingen onder druk te staan.

De vraag rijst of werkenden onder alle omstandigheden aanspraak moeten kunnen maken op pensioenaanspraken en -rechten, ook wanneer daarvoor geen premie is betaald. Denkbaar is dat in uitzonderlijke situaties rechtsnormen aan een dergelijk recht in de weg staan, zoals bij misbruik van bevoegdheid. Deze vraag naar de allocatie van financiële risico’s moet worden gezien tegen de achtergrond van het Nederlandse pensioenstelsel, waarin voor pensioenfondsen het uitgangspunt geldt van ‘geen premie, wel pensioen’. Dit uitgangspunt impliceert dat pensioenfondsen in beginsel gehouden zijn pensioenaanspraken en -rechten toe te kennen, ook wanneer de verschuldigde premies niet (volledig) zijn afgedragen.

Het beginsel ‘geen premie, wel pensioen’ wordt beschouwd als een uitdrukking van solidariteit binnen het pensioenstelsel en is in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie expliciet genoemd als een van de solidariteitselementen die een beperking van het mededingingsrecht kunnen rechtvaardigen in het geval van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen.¹¹ Het gevolg hiervan is dat pensioenfondsen in beginsel het financiële risico dragen van het toekennen van pensioen zonder premiebetaling. De Nederlandse wetgever onderkent dit probleem, maar heeft in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden (Vbar) expliciet aangegeven dat het uitgangspunt van ‘geen premiebetaling, maar wel recht op pensioenrechten’ niet ter discussie wordt gesteld.¹²

⁹ Pensioenfederatie, *Reactie op de internetconsultatie Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden (Vbar)*, 10 november 2023.

¹⁰ *Kamerstukken II*, 2022/23, 36067, nr. 185, p. 33.

¹¹ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/69, zij het toegesneden op de situatie van ‘de overname door het Pensioenfonds van de achterstallige premies bij faillissement van de werkgever’ (r.o.v. 75). Gelijkluidende overweging gaf het HvJ op dezelfde datum in de uitspraken *Brentjens*, zaak C-115/97 en *Drijvende Bokken*, zaak C-291/97, PJ 1999/94.

¹² *Kamerstukken II* 2024/25, 36783, nr. 3, p. 141.

Voor verzekeraars en premiepensioeninstellingen geldt een ander regime: zij kunnen onder voorwaarden de pensioenopbouw opschorten indien geen premie wordt betaald. Deze voorwaarden zijn echter zodanig vormgegeven dat onzeker is of zij in de praktijk een voldoende effectieve drempel vormen om het ontstaan van pensioenaanspraken en -rechten over perioden zonder premiebetaling daadwerkelijk te voorkomen.

1.2 Doel

Het fenomeen schijnzelfstandigheid is breed en veelomvattend. Dit onderzoek richt zich daarom nadrukkelijk op één specifiek onderdeel daarvan: de vraag of, en zo ja in hoeverre, voor pensioenfondsen afwijking is toegestaan van het beginsel 'geen premie, wel pensioen', in het bijzonder in situaties van schijnzelfstandigheid.

Het doel van dit onderzoek is het verkennen van juridisch houdbare drempels voor het (niet) toekennen van pensioenaanspraken en -rechten in situaties waarin geen pensioenpremie is betaald. Daarbij staan twee samenhangende juridische vragen centraal:

1. Bieden algemene rechtsnormen ruimte om in uitzonderlijke gevallen af te wijken van het beginsel 'geen premie, wel pensioen'? In dat kader gaan we na in hoeverre normen als redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid een rol kunnen spelen, mede in het licht van het eigen gedrag en de verantwoordelijkheid van de werkende.
2. Kunnen er via bepalingen in het pensioenreglement uitzonderingen op dit beginsel worden geformuleerd, en zo ja, in hoeverre? Daarbij onderzoeken we bestaande reglementsbevestigingen uit de praktijk die een uitzondering bevatten op het beginsel 'geen premie, wel pensioen' op hun juridische houdbaarheid.

1.3 Afbakening en vervolgonderzoek

Dit onderzoek vormt het eerste deel van een onderzoekstweeluik naar de problematiek van 'geen premie, wel pensioen' bij schijnzelfstandigheid. In dit eerste deel focussen we uitsluitend op de positie van pensioenfondsen. Het onderzoek richt zich op de vraag onder welke omstandigheden pensioenfondsen gehouden zijn pensioenaanspraken toe te kennen in situaties waarin geen pensioenpremie door de werkgever is betaald en welke uitzonderingen hierop mogelijk zijn.

In het tweede deel staat de positie van andere pensioenuitvoerders, verzekeraars en premiepensioeninstellingen centraal. Daarnaast gaat het tweede deel in op de vraag in hoeverre premie over het verleden gevorderd kan worden met inbegrip van de regels over verjaring in dat verband. Ook bespreken we in het tweede deel of – gegeven de maatschappelijke relevantie – specifieke wetgeving ter mitigering van het risico van aantasting van de financiële stabiliteit van pensioenuitvoerders wenselijk en juridisch mogelijk kan zijn. Bij dit laatste komt de begrenzing die het eigendomsrecht aan wetgeving stelt aan de orde. Tot slot

gaat het tweede deel ook in op bewijsrechtelijke aspecten, de proceshouding van betrokken partijen en de mogelijke invloed van het mededingingsrecht in relatie tot de problematiek van schijnzelfstandigheid.

De economische gevolgen van verschillende oplossingsrichtingen blijven (grotendeels) buiten beschouwing in beide deelonderzoeken. De vraag naar de houdbaarheid van de verplichte deelneming als zodanig wordt binnen de beperkte omvang van de onderzoeken evenmin in volle diepte geanalyseerd.

2. De schijnzelfstandige: geen nieuw fenomeen

Met ingang van 1 januari 2025 heeft de Belastingdienst het handhavingsmoratorium opgeheven. De Belastingdienst treedt weer actief op tegen schijnzelfstandigheid op grond van de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA).¹³ Deze hernieuwde handhaving heeft het debat over de kwalificatie van arbeidsrelaties opnieuw op scherp gezet en leidt tot aanzienlijke onzekerheid bij werkgevers, werkenden en pensioenuitvoerders. Hoewel de recente beleidswijziging de indruk kan wekken dat schijnzelfstandigheid een relatief nieuw probleem is, is dat niet het geval.¹⁴ De vraag wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst en wanneer van zelfstandige arbeid houdt de arbeidsrechtspraktijk en rechtspraak al langere tijd bezig.

Dit hoofdstuk laat zien dat schijnzelfstandigheid geen nieuw fenomeen is, maar een terugkerend spanningsveld vormt binnen het arbeidsrecht, waarin formele contractvormen en de materiële uitvoering van arbeid niet altijd samenvallen. Tegen deze achtergrond gaan we kort in op de historische ontwikkeling van het kwalificatievraagstuk.

2.1 Schijnzelfstandigheid: tussen arbeidsovereenkomst en zelfstandige arbeid

In Nederland bestaan verschillende contractvormen om arbeid te verrichten. Werkenden en opdrachtgevers kunnen daarbij uiteenlopende, soms persoonlijke of economische voorkeuren hebben voor de wijze waarop zij hun arbeidsrelatie vormgeven.

Het merendeel van de arbeid in Nederland wordt verricht op basis van een arbeidsovereenkomst.¹⁵ Binnen het kader van de arbeidsovereenkomst bestaat ruimte om de arbeidsrelatie naar wens van partijen in te richten. Kenmerkend voor de arbeidsovereenkomst is echter dat het economische risico van de arbeid in beginsel bij de werkgever ligt: de werknemer ontvangt loon, ongeacht het resultaat van het verrichte werk. Bij zelfstandige arbeid ligt dit anders.¹⁶ De zelfstandige draagt zelf het economische risico van de werkzaamheden en is verantwoordelijk voor zowel de uitvoering als het resultaat daarvan.

In de praktijk is het onderscheid tussen arbeid verricht in dienst van een werkgever en arbeid verricht als zelfstandige niet altijd scherp te trekken. Contractuele vormgeving en feitelijke uitvoering lopen niet zelden uiteen, waardoor arbeidsrelaties ontstaan die formeel als zelfstandige arbeid zijn gepresenteerd, maar materieel kenmerken vertonen van een

¹³ Kamerbrief van 6 september 2024 (opheffen handhavingsmoratorium): *Kamerstukken II 2023-2024*, 31311, nr. 263.

¹⁴ De discussie over schijnzelfstandigheid is niet nieuw. Zowel bij de invoering van de Verklaring arbeidsrelatie (VAR) in 2005 als bij de invoering van de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA) in 2016 stond de problematiek van schijnzelfstandigheid ter discussie.

¹⁵ De arbeidsovereenkomst is gedefinieerd in artikel 7:610 BW. Om van een arbeidsovereenkomst te kunnen spreken, moet sprake zijn van i) arbeid, ii) loon en iii) gezag.

¹⁶ Steeds meer werkenden zijn zzp'er. In 2024 waren er bijna 1,3 miljoen mensen met een hoofdbaan als zzp'er; dat is 13 procent van alle werkenden. In 2013 was dat nog 11 procent (bron: CBS.nl).

arbeidsovereenkomst. Van schijnzelfstandigheid is sprake wanneer een arbeidsrelatie formeel wordt vormgegeven als zelfstandige arbeid, terwijl de feitelijke uitvoering van het werk voldoet aan de kenmerken van een arbeidsovereenkomst.¹⁷ In dergelijke gevallen wordt de zelfstandige presentatie van de arbeidsrelatie (al dan niet bewust) gebruikt om te ontkomen aan arbeidsrechtelijke, sociaalrechtelijke of fiscale verplichtingen. De kwalificatie van de arbeidsrelatie dient dan ook plaats te vinden aan de hand van de feiten en omstandigheden die samenhangen met de daadwerkelijke uitvoering van het werk en niet op basis van de contractuele aanduiding die partijen daaraan hebben gegeven, ook indien (juist) die aanduiding is gekozen om arbeidsrechtelijke, sociaalrechtelijke of fiscale verplichtingen te vermijden.

2.2 Schijnzelfstandigheid in de civiele arbeidsrechtelijke rechtspraak

Het kwalificatievraagstuk dat we in de vorige paragraaf beschreven houdt de civiele arbeidsrechtelijke rechtspraak al geruime tijd bezig. De Hoge Raad heeft zich meerdere keren uitgesproken over de vraag wanneer een arbeidsrelatie moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst en wanneer sprake is van zelfstandige arbeid. Hieronder volgt hiervan een kort overzicht.

In het zogenoemde Groen/Schoevers-arrest uit 1997 formuleerde de Hoge Raad als uitgangspunt dat partijen die een overeenkomst sluiten tot het verrichten van arbeid tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende manieren kunnen vormgeven.¹⁸ Volgens de Hoge Raad dient eerst te worden vastgesteld welke rechten en verplichtingen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, mede in het licht van de wijze waarop zij feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst. Op basis van de aldus vastgestelde inhoud van de rechtsverhouding kan vervolgens worden beoordeeld of deze valt onder een van de wettelijk geregelde bijzondere overeenkomsten, waaronder de arbeidsovereenkomst. Aan dit arrest is lange tijd de opvatting ontleend dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst groot gewicht toekomt aan de partijbedoeling.¹⁹ In het arrest X/Gemeente Amsterdam uit 2020 heeft de Hoge Raad deze lezing echter genuanceerd.²⁰ De Hoge Raad verduidelijkte dat bij de kwalificatie van de overeenkomst niet beslissend is of partijen daadwerkelijk de bedoeling hadden hun rechtsverhouding onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te brengen. Door-slaggevend is of de inhoud van de overeengekomen rechten en verplichtingen, gezien in

17 Zie bijv. Richtlijn (EU) 2019/1152 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie, L-186/105.

18 HR 14 november 1997, NJ 1998/148 (Groen/Schoevers).

19 Onder meer C.J. Loonstra, 'De gezagsverhouding ex art. 7:610 BW', SR 2005/17, par. 2; O. van der Kind in zijn annotatie in SR 2007/70 bij HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231 (Thuiszorg/PGGM). Zie ook C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 88.

20 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (X/Gemeente Amsterdam).

samenhang met de feitelijke uitvoering daarvan, voldoet aan de wettelijke kenmerken van de arbeidsovereenkomst.

Verder is van belang dat de kwalificatie van een arbeidsrelatie plaatsvindt aan de hand van een weging van alle relevante omstandigheden van het geval in onderling verband. Aan geen enkel afzonderlijk kenmerk mag daarbij doorslaggevende betekenis worden toegekend. In het Deliveroo-arrest heeft de Hoge Raad deze benadering nader geconcretiseerd door een niet-uitputtende lijst van gezichtspunten te formuleren die richting geven aan het antwoord op de vraag of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt.²¹ Tot deze gezichtspunten behoren onder meer de mate waarin de werkzaamheden en de werkende zijn ingebed in de organisatie en bedrijfsvoering van degene voor wie het werk wordt verricht, het al dan niet bestaan van een verplichting tot persoonlijke arbeidsverrichting, de vraag of de werkende bij de uitvoering van de werkzaamheden commercieel risico loopt en de mate waarin de werkende zich in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen. Deze gezichtspunten dienen in samenhang te worden beoordeeld en kennen geen hiërarchische rangorde.²²

2.3 Schijnzelfstandigheid in de civiele pensioenrechtelijke rechtspraak

Omdat de arbeidsovereenkomst in het Nederlandse pensioenstelsel bepalend is voor de toegang tot de pensioenovereenkomst of (voor werknemers) een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, heeft het kwalificatievraagstuk ook in civiele pensioenrechtelijke procedures betekenis gekregen. Daarbij speelt mee dat het ontgaan van pensioenpremies voor partijen een economische prikkel kan vormen om een arbeidsrelatie contractueel als zelfstandige arbeid vorm te geven.

In het arrest Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM uit 2007 bevestigde de Hoge Raad dat de omstandigheid dat partijen bij het aangaan van hun rechtsverhouding niet de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten (onder meer om verplichte deelneming in het pensioenfonds PGGM te vermijden) niet eraan in de weg staat dat die rechtsverhouding achteraf als arbeidsovereenkomst wordt gekwalificeerd.²³ In deze procedure beriep het pensioenfonds PGGM²⁴ zich op het standpunt dat tussen Stichting Thuiszorg Rotterdam en haar directeur Knipscheer sprake was van een arbeidsovereenkomst, terwijl de rechtsverhouding formeel was vormgegeven als een overeenkomst van opdracht tussen de stichting en de management-bv van Knipscheer (Knipharm B.V.). De Hoge Raad overwoog dat het hof zich bij zijn oordeel niet behoefde te laten weerhouden door de enkele omstandigheid dat partijen geen arbeidsovereenkomst hadden willen sluiten. Voor de beantwoording van

21 HR 24 maart 2020, ECLI:NL:HR:2023:443 (Deliveroo).

22 HR 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:319 (Uber e.a./FNV).

23 HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, PJ 2007/104 (Thuiszorg/PGGM).

24 Thans: PFZW.

de kwalificatievraag is immers niet alleen van belang wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook hoe zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven.

Al in 2007 maakte de Hoge Raad met dit arrest duidelijk dat pensioenverplichtingen niet kunnen worden ontlopen door de rechtsverhouding waarin arbeid wordt verricht van een ander etiket te voorzien.²⁵

Het belang van dit arrest ligt bovendien in het oordeel van de Hoge Raad dat de criteria voor de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst op gelijke wijze moeten worden toegepast, ongeacht of het geschil wordt gevoerd tussen de contractspartijen zelf of tussen een van die partijen en een derde.²⁶ Het betoog dat de kwalificatiecriteria slechts relevant zouden zijn indien partijen onderling twisten over de aard van hun rechtsverhouding, en niet wanneer een derde zich op het bestaan van een arbeidsovereenkomst beroept, is daarmee door de Hoge Raad uitdrukkelijk verworpen.²⁷

Een vergelijkbare rol speelt het kwalificatievraagstuk in de zaak Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor het Beroepsvervoer over de weg (Pensioenfondsen Vervoer) tegen Deliveroo. In oktober 2017 liet het bedrijfstakpensioenfonds aan Deliveroo weten dat zij onder de verplichtstelling viel en zodoende gehouden was pensioenpremies af te dragen. Het pensioenfonds vorderde daarop een verklaring voor recht dat Deliveroo onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds viel. Zowel de kantonrechter²⁸ als het gerechtshof²⁹ stelden het pensioenfonds in het gelijk. Ook de Hoge Raad boog zich over deze kwestie en oordeelde dat het hof de werkingssfeerbepaling op juiste wijze had uitgelegd aan de hand van de cao-norm. Daarmee werd bevestigd dat maaltijdbezorging per fiets onder de omschrijving ‘vervoer van goederen over de weg’ kon vallen en dat Deliveroo daarmee onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit viel.³⁰ Deze kwalificatie vormde vervolgens het noodzakelijke entreebiljet om te kunnen vaststellen dat de maaltijdbezorgers onder het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds vielen en dat Deliveroo gehouden was tot premiebetaling.

Dat het kwalificatievraagstuk in pensioenrechtelijke procedures geen nieuw of uitzonderlijk verschijnsel is, blijkt ten slotte uit een recente(re) zaak waarin een arts achteraf pensioenopbouw bij Pensioenfondsen Zorg en Welzijn (PFZW) vordert over meerdere waarnemingsperiodes.³¹ De arts in kwestie stelde dat hij in de betreffende perioden feitelijk als

25 Zie voorts: PJ 2007/104 met annotatie van M. Heemskerk.

26 Zie hierover: SR 2007, 70 met annotatie van O. van der Kind.

27 Zie voorts: NJ 2007, 449 met annotatie van E. Verhulp.

28 Rb. Amsterdam 26 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6292, PJ 2019/135.

29 Hof Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3979, PJ 2022/12.

30 HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1622 (Deliveroo/BPF Beroepsgoederenvervoer over de weg).

31 Rb. Midden-Nederland 17 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5854, PJ 2022/10.

werknemer werkzaam was en daarom onder de verplichte pensioenregeling van PFZW viel. PFZW stelde zich op het standpunt dat de arts in de betwiste perioden als zelfstandige op basis van overeenkomsten van opdracht had gewerkt. De kantonrechter wees de vordering van de arts af, omdat niet was komen vast te staan dat in de betreffende perioden daadwerkelijk sprake was van een arbeidsovereenkomst. Daarbij benadrukte de kantonrechter dat ook in een procedure tussen een werkende en een pensioenfonds (als derde ten opzichte van de oorspronkelijke arbeidsrelatie) het kwalificatievraagstuk moet worden beoordeeld aan de hand van dezelfde maatstaven als in een geschil tussen werker en werkverschaffer.³² De arts kon onvoldoende aantonen dat sprake was van een arbeidsovereenkomst. Daarmee ontbrak een grondslag voor verplichte deelneming in het pensioenfonds en voor pensioenopbouw over die perioden. In hoger beroep hield deze benadering stand.³³ De omstandigheid dat de Belastingdienst de werkzaamheden fiscaal had gekwalificeerd als arbeid in loondienst en loonheffingen had nageheven, achtte het hof daarbij niet doorslaggevend voor de civielrechtelijke kwalificatie van de arbeidsrelatie.³⁴

Hiermee illustreert de uitspraak dat de beoordeling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst door de burgerlijke rechter zelfstandig moet worden verricht. Het fiscale oordeel is niet bindend. Wel kan de wijze waarop partijen met hun fiscale verplichtingen zijn omgegaan worden betrokken als één van de relevante omstandigheden in de beoordeling van de civielrechtelijke kwalificatie.

2.4 Geen nieuw fenomeen, wel nieuwe gevolgen?

Uit het voorgaande volgt dat schijnzelfstandigheid en de daarmee samenhangende problematiek en risico's van pensioenclaims geen nieuw verschijnsel vormen binnen het civiele recht.

Dat schijnzelfstandigheid momenteel sterk in de belangstelling staat, betekent gelet op het voorgaande (dus) niet dat dit juridisch gezien een nieuw probleem is.³⁵ In het civiele recht wordt al lange(re) tijd geoordeeld (juist ook in pensioengeschillen) over de vraag of een arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst dan wel als zelfstandige arbeid moet worden gekwalificeerd. De daarbij gehanteerde maatstaven zijn niet gewijzigd door recente ontwikkelingen in het toezicht of de handhaving.

Wat wél is veranderd, is de context waarin deze kwalificatievragen aan de orde komen. Met het opheffen van het handhavingsmoratorium³⁶ zal de Belastingdienst arbeidsrelaties intensiever fiscaal toetsen, waardoor bestaande contractuele verhoudingen vaker onderwerp worden van fiscale beoordeling. Deze ontwikkeling kan de indruk wekken dat aan

32 Rb. Midden-Nederland 17 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5854, r.o.v. 4.2.

33 Hof Arnhem-Leeuwarden, 19 december 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:10775, PJ 2024/93.

34 Hof Arnhem-Leeuwarden, 19 december 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:10775, r.o.v. 3.11.

35 Zie voorts: E. Lutjens, 'Het pensioen voor de werknemer met de schijn van zelfstandige', *TPV* 2025/1.

36 *Kamerstukken II* 2023/24, 31311, nr. 263, p. 2-3.

schijnzelfstandigheid nu nieuwe juridische gevolgen worden verbonden. Die indruk is echter onjuist.

De civielrechtelijke kwalificatie van een arbeidsrelatie verandert niet door intensievere fiscale handhaving. Ook na het opheffen van het handhavingsmoratorium blijft beslissend of, gelet op de inhoud en feitelijke uitvoering van de rechtsverhouding, sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit beoordelingskader bestond al en blijft ongewijzigd van toepassing. Daarbij is van belang dat de fiscale kwalificatie van een arbeidsrelatie niet bepalend is voor de civielrechtelijke beoordeling.³⁷ Dat de Belastingdienst werkzaamheden aanmerkt als arbeid in loondienst en op die grond loonheffingen naeft, bindt de civiele rechter niet.³⁸ De civielrechtelijke kwalificatie dient zelfstandig te worden verricht. Wel kan de wijze waarop partijen hun fiscale verplichtingen hebben ingevuld worden betrokken als één van de relevante omstandigheden, maar die is niet doorslaggevend. Illustratief is de in paragraaf 2.3 besproken uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden.

Door de toegenomen maatschappelijke aandacht voor de kwalificatieproblematiek verwachten wij dat het aantal civielrechtelijke claims toeneemt. Met de huidige stand van zaken lijken dergelijke claims in de praktijk vaak niet via een algemeen oordeel voor ‘alle werkenden’ te kunnen worden afgedaan, omdat de kwalificatie sterk afhankelijk is van individuele omstandigheden. In de Uber-zaak³⁹ heeft het hof benadrukt dat de rechter geen algemeen oordeel kan geven wanneer de omstandigheden tussen werkenden te veel uiteenlopen en dat dit hooguit mogelijk is voor duidelijk afgebakende groepen waarvan de relevante kenmerken voldoende concreet zijn onderbouwd. Bij gebrek aan gegevens over individuele omstandigheden (zoals verdiensten, kosten/investeringen, risico’s en mate van ondernemerschap) strandt een generieke benadering. Dit wijst erop dat de handhaving in veel gevallen vooral via individuele procedures (of zeer specifiek afgebakende groepsvoorwaarden) vorm zal moeten krijgen.

37 In de literatuur wordt betoogd dat aansluiting bij de kwalificatie door de Belastingdienst leidt tot een ongewenste vermenging van fiscaal recht en civiel recht, zodat deze kwalificatie niet doorslaggevend mag zijn (zie o.a. F. Emmen & N.M. Winter, ‘Herkwalificatie schijnzelfstandigen verandert speelveld pensioenen’, *ArbeidsRecht* 2025/56; E. Lutjens, ‘Het pensioen voor de werknemer met de schijn van zelfstandige’, *TPV* 2025/1; I.A.A. Branco e.a., ‘Handhaving Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties fiscaal en contractueel belicht’, *ArbeidsRecht* 2025/25).

38 De toets die de Belastingdienst uitvoert ziet uitsluitend op de fiscale kwalificatie en hoeft niet per definitie te leiden tot een civielrechtelijke vordering met betrekking tot pensioen. Dit zijn gescheiden trajecten. Advies Raad van State 18 juli 2025, Stcrt. 2025, 24211, p. 9; *Kamerstukken II* 2024/25, 36783, nr. 4, p. 13.

39 Gerechtshof Amsterdam 27 januari 2026, ECLI:NL:GHAMS:2026:163.

3. Het adagium ‘geen premie, wel pensioen’

3.1 Inleiding

Bij een (verplichtgesteld bedrijfstak)pensioenfonds geldt het beginsel ‘geen premie, wel pensioen’. Dit uitgangspunt houdt in dat een deelnemer pensioenaanspraken verwerft, ongeacht of de daarvoor verschuldigde premie is betaald. Het beginsel ‘geen premie, wel pensioen’ is in de praktijk algemeen aanvaard, maar kent geen specifieke wettelijke grondslag.

In paragraaf 3.2 bespreken we – voor historisch begrip – of het beginsel ‘geen premie, wel pensioen’ reeds onder de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) besloten lag. Vervolgens bespreken we in paragraaf 3.3 hoe het beginsel in de Pensioenwet is geduid. Daarbij staan zowel de hoofdregel als de in de wetsgeschiedenis erkende uitzonderingen centraal. In paragraaf 3.4 gaan we ten slotte in op de vraag hoe het uitgangspunt onder de Wet toekomst pensioenen doorwerkt.

3.2 ‘Geen premie, wel pensioen’ onder de PSW

Hoewel in de parlementaire geschiedenis bij de Pensioenwet is opgemerkt dat het uitgangspunt ‘geen premie, wel pensioen’ geen wijziging betekende ten opzichte van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW)⁴⁰, was dit uitgangspunt onder de PSW niet wettelijk verankerd. De PSW bevatte geen bepaling waaruit rechtstreeks volgde dat pensioenaanspraken ontstaan ongeacht of de daarvoor verschuldigde premie is betaald.

Dat neemt echter niet weg dat het uitgangspunt al in de systematiek van het fondsstelsel onder de PSW besloten lijkt te hebben gelegen. In dat verband kan onder meer worden gewezen op de regeling inzake waardeoverdracht. Reeds onder de PSW gold dat een verzekeraar slechts verplicht was mee te werken aan waardeoverdracht indien de werkgever de daarvoor verschuldigde aanvullende bijdragen had voldaan.⁴¹ Daarmee speelde de betalings(on)macht van de werkgever bij verzekerde regelingen een directe rol voor de omvang van de aanspraken van de werknemer.

Voor pensioenfondsden gold een wezenlijk andere systematiek. Zij waren (en zijn nog steeds⁴²) in beginsel gehouden tot waardeoverdracht, tenzij hun eigen financiële positie daaraan in de weg stond. Niet de betalings(on)macht van de individuele werkgever, maar de financiële positie van het fonds als collectief vormde dus het relevante aanknopingspunt. Dit verschil wijst erop dat het financiële risico van premieachterstanden binnen het fondsstelsel primair bij het fonds en daarmee bij het collectief werd gelegd en niet bij de individuele

⁴⁰ *Kamerstukken I* 2006/07, 30413, C, p. 15.

⁴¹ Zie artikel 32b PSW en art. 16a lid 1 Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW.

⁴² Dat geldt ook onder het huidige recht nog steeds. Onder de Pensioenwet komt dit tot uitdrukking in artikel 72 Pensioenwet.

deelnemer. De deelnemer werd zo in principe beschermd tegen het risico dat de werkgever diens premiebetalingsverplichtingen niet nakwam.

Deze gedachte vindt steun in de rechtspraak onder de PSW.⁴³ Hoewel het beginsel 'geen premie, wel pensioen' niet expliciet wettelijk was gecodificeerd, blijkt uit de rechtspraak dat premieachterstanden in beginsel niet aan de werknemer mochten worden tegengeworpen. Het financiële risico van wanbetaling werd daarbij primair gelegd bij het pensioenfonds en het collectief van aangesloten werkgevers en deelnemers.

3.3 Duiding in Pensioenwet: regel en uitzonderingen op basis van wetsgeschiedenis

3.3.1 Geen codificatie, maar wel een bevestiging in wetsgeschiedenis

Ook in de Pensioenwet, de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 en de Wet verplichte beroepspensioenregeling is geen bepaling opgenomen waarin het uitgangspunt 'geen premie, wel pensioen' is gecodificeerd. Dat neemt niet weg dat uit het wettelijke stelsel wel aanknopingspunten volgen. Zo laat artikel 29 Pensioenwet juist zien dat de wetgever voor verzekeraars en premiepensioeninstellingen uitdrukkelijk heeft geregeld onder welke voorwaarden bij premieachterstand kan worden overgegaan tot premievrijmaking of het laten vervallen van de verzekering. Voor pensioenfondsen ontbreekt een vergelijkbare bepaling. Daarmee kan artikel 29 Pensioenwet a contrario worden gelezen als aanwijzing dat pensioenfondsen niet op dezelfde wijze pensioenaanspraken kunnen beperken of laten vervallen wegens het uitblijven van premiebetaling.⁴⁴

Dat de opbouw van pensioenaanspraken bij pensioenfondsen niet afhankelijk mag worden gesteld van daadwerkelijke premiebetaling kan dan ook eerst en vooral worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis. Eerst bij de totstandkoming van de Pensioenwet heeft de wetgever expliciet stilgestaan bij het principe 'geen premie, wel pensioen'. Uit de memorie van toelichting⁴⁵ (en later herhaald in diverse Kamerstukken⁴⁶) blijkt dat de

43 Zie onder meer Ktr. Eindhoven 25 januari 1996, PJ 1996/39, waarin werd geoordeeld dat de strekking van de PSW zich verzette tegen een regel 'geen premie, geen uitkering' bij ondernemings- en bedrijfspensioenfondsen; Hof Arnhem 21 april 1998, PJ 1998/79, waarin het pensioenfonds gehouden werd geacht pensioenaanspraken toe te kennen ondanks onvoldoende affinanciering; Hof 's-Hertogenbosch 24 september 1999, waarin werd geoordeeld dat reeds verschenen pensioenbijdragen niet konden worden beëindigd of verminderd; Hof 's-Hertogenbosch 26 oktober 2004, PJ 2009/81, waarin de inspanningsplicht van het pensioenfonds zwaar werd gewogen; Rb. Leeuwarden 24 oktober 2007, PJ 2007/140, waarin werd geoordeeld dat werknemers door passiviteit niet het risico van wanbetaling aanvaarden; Ktr. Amsterdam 4 april en 6 augustus 2008, PJ 2009/16, bevestigd in Hof Amsterdam 28 oktober 2008, nr. 106.007.195/01, waarin werd geoordeeld dat het risico van niet-afgedragen premie niet op de werknemer kan worden afgewenteld.

44 Voorts is van belang dat een amendement dat ertoe strekte de regels van artikel 29 Pensioenwet voor verzekeraars en premiepensioeninstellingen in algemene zin ook op pensioenfondsen van toepassing te verklaren, niet is aangenomen. Zie: *Kamerstukken II 2005/06*, 30413, 8.

45 *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 413, nr. 3, p. 62-63.

46 *Kamerstukken I 2006/07*, 30 413, C, p. 14-15 en *Kamerstukken II 2005/06*, 30413, nr. 17, p. 37, 44-45; *Kamerstukken II 2005/06*, 30413, nr. 24, p. 25.

wetgever bij pensioenfondsen uitdrukkelijk afstand heeft genomen van het uitgangspunt ‘geen premie, geen recht’. Pensioenfondsen mogen geen algemeen beding in hun statuten of reglementen opnemen dat pensioenopbouw afhankelijk stelt van premiebetaling. Zolang de financiële positie van het fonds dit toelaat, dient het fonds de pensioenopbouw voort te zetten en reeds opgebouwde aanspraken in stand te laten. Een regeling waarin premiebetaling als voorwaarde voor pensioenopbouw geldt, zou volgens de wetgever bovendien onverenigbaar zijn met het systeem van de Wet Bpf 2000.⁴⁷ Daarmee lijkt de wetgever te verwijzen naar de specifieke inrichting van het fondsstelsel, waarin verplichtstelling en solidariteit centraal staan.

3.3.2 Grondslag ‘geen premie, wel pensioen’: solidariteit, verplichtstelling en risicoverdeling

Het beginsel ‘geen premie, wel pensioen’ hangt nauw samen met de systematiek van het Nederlandse pensioenstelsel. Zowel onder de PSW als onder de Pensioenwet staat – ingeval het gaat om pensioenfondsen – de bescherming van de werknemer tegen onvoldoende financiering van de pensioenregeling centraal.⁴⁸ Pensioenaanspraken vinden hun grondslag in de arbeidsverhouding en de pensioentoezegging die daarvan onderdeel uitmaakt, niet in de vraag of de daarvoor verschuldigde premie daadwerkelijk is betaald.

Voor pensioenfondsen in het algemeen gaat de Pensioenwet uit van het uitgangspunt ‘geen premie, wel recht’. De wetgever heeft bij de totstandkoming van de Pensioenwet tot uitgangspunt genomen dat de pensioenaanspraak bij pensioenfondsen in beginsel losstaat van de vraag of de premie daadwerkelijk is betaald. Daarom staat de Pensioenwet niet toe dat een pensioenfonds in algemene zin uitgaat van het principe ‘geen premie, geen recht’, bijvoorbeeld door in statuten of reglementen een algemeen beding op te nemen dat het recht op uitkering afhankelijk stelt van premiebetaling.⁴⁹

Binnen het stelsel van collectiviteit en solidariteit bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen heeft deze beschermingsgedachte een bijzondere betekenis. Het afhankelijk stellen van pensioenopbouw van premiebetaling zou onverenigbaar zijn met het systeem van de Wet Bpf 2000.⁵⁰ Dat zou niet alleen de grondslag van de verplichtstelling (die door de branche zelf is aangevraagd) aantasten, maar zelfs de fundamenten van het Nederlandse pensioenstelsel raken. Het accepteren van het uitgangspunt ‘geen premie, geen recht’ zou moeilijk verenigbaar zijn met de solidariteit en de collectieve risicodeling waarop het stelsel berust.

47 *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 413, nr. 3, p. 63. Zie voorts: *Kamerstukken II 2002/06*, 30413, nr. 17, p. 44-45; *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 3, p. 311.

48 *Kamerstukken II 1949/1950*, 1730, nr. 3, p. 5 en *Kamerstukken II 2001/2002*, 28 294, nr. 1, p. 3 en *Kamerstukken II 2005/2006*, 30413, nr. 3, p. 3.

49 *Kamerstukken II 2005/06*, 30413, 3, p. 63.

50 *Kamerstukken II 2005/2006*, 30413, nr. 3, p. 258; *Kamerstukken I 2006/2007*, 30413, nr. C, p. 14.

Dat neemt niet weg dat de regering heeft onderkend dat zich situaties kunnen voordoen waarin werkgevers proberen zich aan de verplichtstelling te onttrekken. Dat gegeven vormt volgens haar echter geen reden om het financieringsrisico bij de deelnemer te leggen. Het is primair aan het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds om ervoor te zorgen dat alle werkgevers in de branche hun wettelijke aansluitings- en premiebetalingsverplichtingen nakomen.⁵¹ Daartoe beschikt het fonds over verschillende handhavingsinstrumenten, waaronder invordering bij dwangbevel. Daarnaast kan het fonds, zolang zijn financiële positie dat toelaat, gebruikmaken van collectieve reserves om tijdelijke financieringstekorten op te vangen.⁵²

3.3.2.1 De grens van solidariteit

Dit neemt niet weg dat het ‘geen premie, wel pensioen’ grenzen kent. Indien een werkgever zich geheel aan de verplichtstelling onttrekt en werknemers niet aanmeldt, kan niet zonder meer worden aangenomen dat pensioenopbouw altijd volledig losstaat van premiebetaling. Op het fonds rust weliswaar de verplichting om zich in voldoende mate in te spannen om naleving van de aansluitings- en premiebetalingsverplichtingen te waarborgen, maar het stelsel is niet ingericht als een verzekering van rechtswege. Anders dan bij sociale verzekeringen, waarvoor de gemeenschap uiteindelijk als risicodragers optreedt, wordt het risico binnen een bedrijfstakpensioenfonds gedragen door een gesloten collectief van aangesloten werkgevers en werknemers. Het fonds beschikt niet over een publieke garantie, maar is aangewezen op premie-inkomsten en daarmee op gegenereerde eigen middelen.⁵³

Het beginsel ‘geen premie, wel pensioen’ moet daarom worden begrepen als een keuze voor het collectief dragen van risico binnen de grenzen van de financiële draagkracht van het fonds. Het ziet niet op een volledige ontkoppeling van aanspraak en financiering, maar op de vraag wie het risico draagt wanneer premiebetaling uitblijft. Het gaat uiteindelijk om een evenwicht tussen bescherming van de deelnemer en de financiële houdbaarheid van het collectief.

3.3.2.2 Kanttekeningen bij ‘geen premie, wel pensioen’

Tijdens de parlementaire behandeling van de Pensioenwet zijn bij het principe ‘geen premie, wel pensioen’ kritische vragen gesteld.⁵⁴ Zo betwijfelden de leden van de CDA-fractie of het risico van wanbetaling niet te eenzijdig bij pensioenfondsen wordt gelegd – en daarmee indirect bij werkgevers en werknemers die wel premie hebben betaald. Ook werd de vraag opgeworpen of het beginsel ‘geen premie, wel pensioen’ zijn grenzen niet vindt in de rede-

51 Zie voorts: *Kamerstukken II 2005/2006*, 30 413, nr. 17, p. 44-46.

52 E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 402.

53 Zie voorts hierover: R.A.C.M. Langemeijer, ‘De Pensioenwet: nieuwe en klare wijn?’, *SR 2006/66*.

54 *Kamerstukken II 2005/2006*, 30413, nr. 15, p. 19.

lijkheid en billijkheid.⁵⁵ In dat verband is de regering verzocht toe te lichten onder welke omstandigheden een pensioenfonds niet gehouden zou zijn pensioenaanspraken toe te kennen waarvoor geen premie-inkomsten zijn ontvangen.

Daarnaast werd benadrukt dat moet worden voorkomen dat pensioen feitelijk 'gratis' wordt⁵⁶: indien werkgevers structureel nalaten om premie af te dragen of werknemers niet aanmelden, zou dit de solidariteit binnen het stelsel kunnen ondergraven. Ook werd de vraag gesteld of opwerknemers niet een eigen verantwoordelijkheid rust.⁵⁷

In dit verband heeft ook de Vereniging van Bedrijfstakpensioenfondsen (VB) zich kritisch uitgelaten. In haar position paper⁵⁸ van 17 oktober 2006 betoogde zij dat een bedrijfstakpensioenfonds niet gehouden zou moeten zijn aanspraken toe te kennen indien een werkgever zich niet bij het fonds meldt of nalaat diens werknemers aan te melden. De VB suggereerde onder meer om de informatieplicht van de werkgever (artikel 23 PW) uit te breiden en pensioenfondsen de mogelijkheid te geven om in gevallen van apert wanpresteren de toekenning van aanspraken te staken. Daarmee werd beoogd de solidariteit binnen het fonds te begrenzen en misbruik tegen te gaan.

In lijn met deze kritiek is een amendement voorgesteld dat pensioenfondsen onder bepaalde omstandigheden – vergelijkbaar met verzekeraars – de mogelijkheid zou bieden de pensioenopbouw te beëindigen bij wanbetaling.⁵⁹ Het amendement strekte tot wijziging van artikel 29 PW, waarbij de positie van pensioenfondsen gelijkgetrokken zou worden met die van verzekeraars. Daarmee zouden de pensioenfondsen in bepaalde gevallen alsnog een beroep kunnen doen op het beginsel 'geen premie, geen recht'.

De minister heeft het amendement nadrukkelijk afgewezen.⁶⁰ Volgens hem zou het niet in het belang van de deelnemer zijn, omdat deze het risico zou lopen dat bij wanbetaling door de werkgever geen pensioen meer wordt opgebouwd. Daarnaast achtte hij de voorgestelde regeling onverenigbaar met de systematiek van de verplichtstelling. Het amendement is uiteindelijk verworpen.⁶¹

3.3.3 De uitzondering

Het uitgangspunt 'geen premie, wel pensioen' heeft geen absoluut karakter. Hoewel uit de parlementaire geschiedenis volgt dat pensioenopbouw in beginsel niet afhankelijk mag

⁵⁵ *Kamerstukken II 2005/2006*, 30413, nr. 15, p. 60.

⁵⁶ *Kamerstukken II 2005/2006*, 30413, nr. 15, p. 60.

⁵⁷ *Kamerstukken II 2005/2006*, 30413, nr. 15, p. 60.

⁵⁸ Vereniging van Bedrijfstakpensioenfondsen Position Paper Pensioenwet 17 oktober 2006; zie voorts: *Kamerstukken I 2006/2007*, 30413, nr. B, p. 13.

⁵⁹ *Kamerstukken II 2005/2006*, 30413, nr. 8.

⁶⁰ *Handelingen II 2006/2007*, nr. 3, p. 109.

⁶¹ *Handelingen II 2006/2007*, nr. 4, p. 149.

worden gesteld van daadwerkelijke premiebetaling, heeft de wetgever onderkend dat onverkorte toepassing van dit beginsel in uitzonderlijke omstandigheden tot onaanvaardbare uitkomsten kan leiden.

Met name is gewezen op situaties waarin werkgevers structureel nalaten werknemers aan te melden bij het pensioenfonds.⁶² De regering heeft erkend dat dergelijk gedrag de solidariteit binnen het fonds op termijn kan ondergraven. In uitzonderlijke gevallen – in het bijzonder bij evidente boze opzet – kan daarom ruimte bestaan voor afwijking van het uitgangspunt.⁶³ Daarnaast wordt in de wetsgeschiedenis de situatie genoemd van vrijwillige voortzetting, waarbij de werknemer zelf premieplichtig is maar de verschuldigde premie niet voldoet.

De wetgever heeft geen uitputtende opsomming gegeven van omstandigheden waarin het beginsel geen toepassing zou moeten vinden. De genoemde voorbeelden hebben een illustratief karakter en markeren vooral de uiterste grens van het solidariteitsbeginsel. Of in een concreet geval pensioenaanspraken moeten worden toegekend ondanks het uitblijven van premiebetaling, hangt af van de omstandigheden van het geval. Daarbij lijkt het pensioenfonds een zekere beoordelingsruimte toe te komen. Die ruimte is evenwel begrensd: een algemene afwijking in statuten of reglementen is uitdrukkelijk niet toegestaan, als zijnde strijdig met de bedoeling van de wetgeving.

3.3.3.1 Boze opzet

De uitzondering wegens ‘boze opzet’ roept in de eerste plaats een bewijsrechtelijke vraag op: hoe kan worden vastgesteld dat daadwerkelijk sprake is van opzettelijk handelen dat afwijking van het uitgangspunt ‘geen premie, wel pensioen’ rechtvaardigt? Reeds tijdens de parlementaire behandeling is onderkend dat het bewijstechnisch lastig is om ‘boze opzet’ aannemelijk te maken.⁶⁴ Kamerleden hebben het kabinet dan ook verzocht om concretere voorwaarden te formuleren waaronder een pensioenfonds zich op ‘geen premie, geen recht’ zou kunnen beroepen.⁶⁵

De regering heeft echter geen nadere wettelijke criteria geformuleerd. Het heeft benadrukt dat het aan het pensioenfonds is om in het concrete geval te beoordelen of voldoende gronden bestaan om van de hoofdregel af te wijken. ‘Boze opzet’ is daarbij slechts als voorbeeld genoemd; ook andere uitzonderlijke omstandigheden zouden denkbaar kunnen zijn.⁶⁶ Tegelijkertijd heeft de regering uitdrukkelijk gesteld dat een algemene afwijkingsbepaling in

⁶² Kamerstukken II 2005/2006, 30413, nr. 17, p. 44.

⁶³ Kamerstukken II 2005/2006, 30413, nr. 17, p. 44 - 45

⁶⁴ Kamerstukken II 2005/2006, 30 413, nr. 22, p. 14.

⁶⁵ Kamerstukken II 2005/2006, 30413, nr. 22, p. 15.

⁶⁶ Kamerstukken II 2005/2006, 30413, nr. 24, p. 25.

statuten of reglementen niet is toegestaan. Afwijking van de hoofdregel kan uitsluitend casuïstisch plaatsvinden.

In de Eerste Kamer is vervolgens de vraag opgeworpen of een pensioenfonds mag aannemen dat sprake is van 'boze opzet' indien zowel werkgever als werknemer zich niet hebben aangemeld bij het pensioenfonds en er geen premie is ingehouden op het loon van de werknemer.⁶⁷ Het kabinet heeft deze vraag ontkennend beantwoord.⁶⁸ Daarbij benadrukte het dat op de werknemer geen aanmeldplicht rust; het is de verantwoordelijkheid van de werkgever om de pensioenregeling onder te brengen en zich, indien sprake is van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, bij het fonds aan te melden. Volgens het kabinet zou een pensioenfonds dat onder deze omstandigheden zonder meer uitgaat van 'boze opzet' en om die reden pensioenuitkering weigert, de essentie van zijn wettelijke taak (het uitvoeren van de pensioenregeling) miskennen. Daarnaast is het kabinet wederom door de Eerste Kamer verzocht nader toe te lichten wanneer sprake is van 'boze opzet' en hiervan concrete voorbeelden te geven.⁶⁹ De memorie van antwoord biedt op dit punt echter geen nadere verduidelijking.⁷⁰

Ten aanzien van frauduleus handelende werkgevers die zich aan de verplichtstelling proberen te onttrekken heeft het kabinet benadrukt dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen beschikken over diverse middelen om premiebetaling af te dwingen.⁷¹ Het afwentelen van het wanbetalingsrisico op deelnemers zou volgens de regering haaks staan op de Wet Bpf 2000 en op de systematiek van het pensioenstelsel. Ook is benadrukt dat individuele deelnemers niet de dupe mogen worden van wanbetaling of opzettelijk handelen van de werkgever. Indien een werkgever nalaat een werknemer aan te melden – per abuis of opzettelijk – ligt het volgens het kabinet in de rede dat het fonds de financiële consequenties bij de werkgever neerlegt.⁷²

Uit het voorgaande blijkt dat i) de wetgever het risico van niet-betaling van pensioenpremie alleen bij hoge uitzondering voor de werknemer heeft willen laten komen en ii) dat de bewijslast van 'boze opzet' in beginsel op het pensioenfonds rust.⁷³ Juist omdat het aantonen van frauduleus handelen in de praktijk uiterst moeilijk is, blijft de uitzondering beperkt tot evidente gevallen. De wetgever heeft geen nadere normatieve inkadering gegeven van wat precies onder 'boze opzet' moet worden verstaan. Daarmee ontstaat een

67 *Kamerstukken I 2006/2007*, 30413, nr. B, p. 9-10.

68 *Kamerstukken I 2006/2007*, 30413, nr. C, p. 15.

69 *Kamerstukken I 2006/2007*, 30413, nr. B, p. 9-10.

70 *Kamerstukken I 2006/2007*, 30413, nr. C, p. 14-15.

71 *Kamerstukken I 2006/2007*, 30413, nr. C, p. 14.

72 *Kamerstukken I 2006/2007*, 30413 en 30655, nr. E, p.5.

73 Vereniging van Bedrijfstakpensioenfondsen Tweede Position Paper Pensioenwet, 9 juni 2006; *Kamerstukken II 2005/2006*, 30413, nr. 22 en *Kamerstukken II 2005/2006*, 30413, nr. 24, p. 25.

open norm: afwijking van ‘geen premie, wel pensioen’ is mogelijk, maar slechts in uitzonderlijke en concreet te onderbouwen situaties. Door af te zien van een nadere wettelijke inkadering heeft de wetgever de beoordeling in belangrijke mate overgelaten aan het pensioenfonds zelf, onder uiteindelijke toetsing door de rechter.

3.4 ‘Geen premie, wel pensioen’ onder de Wet toekomst pensioenen

Onder de Wet toekomst pensioenen (Wtp) blijft het hiervoor besproken uitgangspunt ‘geen premie, wel pensioen’ in beginsel onverkort gelden. De regering heeft opgemerkt dat het nieuwe pensioenstelsel niet leidt tot wijzigingen in het principe ‘geen premie, wel recht’ en dat dit principe ook onder het nieuwe stelsel van toepassing blijft.⁷⁴ Dit betekent dat het uitblijven van premiebetaling geen invloed heeft op de verwerving van pensioenrechten door de deelnemer. Dat geldt zowel voor de opbouw van pensioenvermogen of pensioenkapitaal als voor het in stand blijven van risicodekking. Het risico van niet-betaalde premie ligt bij pensioenregelingen die door pensioenfondsen worden uitgevoerd dus ook onder de Wet toekomst pensioenen niet bij de deelnemer, maar in eerste instantie bij het pensioenfonds.⁷⁵

Net als onder het oude stelsel moet de financiering van niet-betaalde premie uit het vermogen van het pensioenfonds komen. Pensioenfondsen moeten daarvoor een operationele reserve aanhouden.⁷⁶ Indien die reserve ontoereikend is, moet het fonds andere reserves aanspreken en uiteindelijk mogelijk ook het vermogen of kapitaal dat voor pensioen is bestemd.⁷⁷

Nu het uitgangspunt ‘geen premie, wel pensioen’ ook onder de Wtp blijft gelden, rijst de vraag wat in dit verband precies onder ‘pensioen’ moet worden verstaan. Gaat het uitsluitend om de premie-inleg zelf of ook om het rendement dat daarop zou zijn behaald? Onder de Wtp ligt het volgens de minister voor de hand dat ‘pensioen’ niet alleen ziet op de premie-inleg, maar ook op het rendement dat aan die premie zou zijn toegerekend indien die tijdig was voldaan.⁷⁸ De premieovereenkomst is immers gebaseerd op de opbouw van pensioenvermogen of pensioenkapitaal. Wanneer premiebetaling uitblijft, wordt voor de deelnemer gefingeerd dat de premie wél is betaald. Dit betekent dat niet alleen de premie als pensioenvermogen wordt geregistreerd, maar ook het daarop toe te rekenen rendement. Dat wijkt niet wezenlijk af van de methodiek van ‘geen premie, wel pensioen’ in een ‘pre-Wtp’-uitkeringsovereenkomst. Binnen een dergelijke pensioenovereenkomst verkreeg de deelnemer de volledige pensioenaanspraak, ook al had het pensioenfonds geen rendement gemaakt op de (immers niet betaalde) premie.

⁷⁴ Kamerstukken II 2021/2022, 36067, 9, p. 18.

⁷⁵ Kamerstukken II 2021/2022, 36067, 3, p. 311.

⁷⁶ Kamerstukken II 2021/22, 36067, 3, p. 311 en Kamertukken I 2022/23, 36067, P, p. 79.

⁷⁷ Kamerstukken II 2022/23, 36067, 185, p. 33.

⁷⁸ Kamerstukken II 2022/23, 36067, 54, p. 4.

4. Beperking van het beginsel ‘geen premie, wel pensioen’ bij schijnzelfstandigen

In situaties van schijnzelfstandigheid zal in de praktijk eerst moeten worden gezien of de niet-betaalde premie alsnog kan worden geïncasseerd of verhaald. Zolang premie-inning nog mogelijk is, is van een daadwerkelijk pensioen zonder premie in feite geen sprake. De vraag in hoeverre premie alsnog kan worden geïnd of verhaald, valt echter buiten de reikwijdte van dit deelonderzoek en wordt behandeld in het tweede deel van dit tweeluik.⁷⁹

Pas wanneer premiebetaling uitblijft en verhaal niet of niet volledig meer mogelijk is, komt de vraag aan de orde in hoeverre het beginsel ‘geen premie, wel pensioen’ ruimte laat voor uitzonderingen bij schijnzelfstandigheid.

In dit hoofdstuk onderzoeken we in paragraaf 4.1 of de algemene rechtsbeginselen en rechtsregels, zoals redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid, ruimte bieden om dit uitgangspunt in concrete gevallen te beperken. Vervolgens analyseren we in paragraaf 4.2 of pensioenfondsen via reglementaire bepalingen grenzen kunnen stellen aan het ontstaan of de toekenning van pensioenaanspraken.

4.1 Beperking op basis van algemene rechtsbeginselen en rechtsregels

‘Maar het kan toch niet zo zijn dat de indruk ontstaat dat pensioen gratis kan zijn! Vindt het uitgangspunt ‘geen premie, wel pensioen’ zijn grenzen niet in redelijkheid en billijkheid?’⁸⁰ Deze vraag werd reeds in 2006 aan de regering voorgelegd. Een inhoudelijk antwoord bleef destijds uit.⁸¹ In de memorie van toelichting bij de Vbar wordt evenwel opgemerkt dat onder omstandigheden mogelijk kan worden teruggegrepen op de redelijkheid en billijkheid.⁸²

Deze vraag raakt aan een fundamentele spanning binnen het pensioenrecht. Enerzijds staat het uitgangspunt centraal dat het uitblijven van premiebetaling door de werkgever in beginsel niet ten koste mag gaan van de pensioenaanspraken van de werknemer. Anderzijds roept dit uitgangspunt de vraag op of en in hoeverre het systeem grenzen kent wanneer premiebetaling geheel of langdurig uitblijft.

De vraag is daarom of algemene rechtsbeginselen en -regels, zoals de redelijkheid en billijkheid, misbruik van bevoegdheid en – in bredere zin – de rol van eigen gedragingen van de werkende, een rol kunnen spelen bij het begrenzen van pensioenaanspraken zonder dat daar premiebetaling tegenover staat.

⁷⁹ Daarbij wordt onder meer ingegaan op premieheffing met terugwerkende kracht, verjaring en mogelijke verweermiddelen van de werkgever. Zie ook par. 1.3.

⁸⁰ *Kamerstukken II 2005-2006*, 30413, nr. 15, p. 60.

⁸¹ Vgl. *Kamerstukken II 2005/2006*, 30413, nr. 17, p. 45.

⁸² *Kamerstukken II 2024/25*, 36783, nr. 3, p. 115.

4.1.1 Juridisch kader: redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid

4.1.1.1 De redelijkheid en billijkheid

De redelijkheid en billijkheid vormen een kernbeginsel van het verbintenissenrecht. Zij brengen tot uitdrukking dat rechtsverhoudingen niet alleen worden beheerst door wet, gewoonte en rechtshandeling, maar mede door ongeschreven normen.⁸³

Deze normen hebben zowel een aanvullende als een beperkende werking. Op grond van art. 6:2 lid 1 BW zijn partijen verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Daarnaast kan een tussen partijen geldende regel op grond van art. 6:2 lid 2 BW buiten toepassing blijven indien toepassing daarvan, gelet op de omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁸⁴

Bij die beoordeling spelen verschillende factoren een rol, zoals geldende rechtsopvattingen, gedragingen en feitelijke omstandigheden, de kenmerken van partijen, de aard van de rechtsverhouding en de betrokken belangen. Deze factoren bepalen of in een concreet geval ruimte bestaat voor correctie van een bestaande rechtsregel.⁸⁵ Voor de beperkende werking geldt echter een hoge drempel. Niet voldoende is dat een andere uitkomst redelijker zou zijn; vereist is dat toepassing van de geldende regel tot een onaanvaardbaar resultaat leidt. De rechter dient daarom terughoudendheid te betrachten, zeker wanneer het gaat om regels van dwingend recht.⁸⁶ De beperkende werking kan ertoe leiden dat een bevoegdheid tijdelijk niet kan worden uitgeoefend of dat een recht definitief niet langer kan worden ingeroepen. Daarmee biedt zij een verstrekkend correctiemechanisme, maar slechts voor uitzonderlijke gevallen.⁸⁷

83 Art. 6:2 BW en 6:248 BW.

84 Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat een scherp onderscheid tussen beide werkingen (aanvullend respectievelijk beperkend) in de praktijk vaak moeilijk te maken is. Of sprake is van aanvulling of beperking hangt mede af van de vraag hoe de inhoud van de verbintenis of overeenkomst wordt vastgesteld en of de rechter een leemte aanwezig acht.

85 P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013.

86 Vgl. HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 (m.nt. A.R. Bloembergen); JB 1998, 27 (m.nt. H.J. Snijders); NTBR 1998/5, p. 163 (Gemeente Apeldoorn/Duisterhof; m.nt. P. Abas); HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 (GTI/Zürich); HR 25 februari 2000, NJ 2000, 471; NTBR 2006/6, p. 259 (FNV/Maas, m.nt. P. Abas); HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2683, NJ 2003, 591, m.nt. J.B.M. Vranken (Westerheide/Van Wageningen); HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4151, NJ 2005, 271 (Ampatil B.V./verweerder); HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5695, NJ 2012, 396 (ABN AMRO/X).

87 MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 69.

4.1.1.2 Misbruik van bevoegdheid

Naast de redelijkheid en billijkheid kan ook het leerstuk van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) worden beschouwd als mogelijk correctiemechanisme.⁸⁸ Dit leerstuk heeft betrekking op de uitoefening van een bevoegdheid die, gelet op de omstandigheden van het geval, niet toelaatbaar is. De kern is dat een bevoegdheid weliswaar bestaat, maar niet onbeperkt mag worden uitgeoefend.

In rechtsverhoudingen die worden beheerst door redelijkheid en billijkheid rijst de vraag in hoeverre daarnaast nog ruimte bestaat voor misbruik van bevoegdheid.⁸⁹ Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat beide leerstukken een verschillend vertrekpunt kennen.⁹⁰ Waar de redelijkheid en billijkheid betrekking heeft op hetgeen partijen binnen hun rechtsverhouding over en weer van elkaar mogen verwachten, ziet misbruik van bevoegdheid op de grenzen die het ongeschreven recht stelt aan de uitoefening van een door wet of overeenkomst toegekende bevoegdheid. Voor zover een rechtsbetrekking dergelijke bevoegdheden schept, vallen de beperkingen die beide leerstukken aanbrengen echter samen. In dat geval kunnen de criteria voor misbruik van bevoegdheid tevens worden gebruikt bij de beoordeling of de uitoefening van een bevoegdheid in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

In de heersende leer wordt aangenomen dat misbruik van bevoegdheid een strengere maatstaf kent.⁹¹ Dat betekent dat niet snel sprake is van misbruik: alleen in uitzonderlijke gevallen kan de uitoefening van een bevoegdheid worden beperkt. In een rechtsverhouding die al wordt beheerst door redelijkheid en billijkheid zal daarom eerder sprake zijn van strijd met redelijkheid en billijkheid dan van misbruik van bevoegdheid.⁹²

88 P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid* (Mon. Nieuw BW A4), 1985, p. 59-67; P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw* (diss.), 1972, p. 64-65.

89 Vgl. W.L. Valk, 'Boekbespreking Serie Monografieën Nieuw BW', WPNR. 1992/6067, p. 781-782; G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5), Deventer: Kluwer 1994, nr. 38, die betoogt dat misbruik van bevoegdheid geen zelfstandige rol dient te spelen in rechtsverhoudingen die reeds worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Anders: H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1986, p. 25-35, die een verschil in toetsing ontkent.

90 Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1040 (TM).

91 S. Gerbrandy, 'Redelijkheid en billijkheid op de drempel', WPNR 1992/6061, p. 635-640; J.E. Fesevur, *Redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse goederenrecht*, in: *Open normen in het goederenrecht 2000*, p. 23; H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1986, p. 25 e.v.; W.L. Valk, 'Boekbespreking Serie Monografieën Nieuw BW, A-4, P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*', WPNR 1992/6067, p. 781. Zie anders: M.M. Stolp, 'Grenzen aan de uitoefening van bevoegdheden in de contractuele sfeer; meten met twee maten?', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 501 e.v. welke van mening is dat er geen onderscheid bestaat tussen de toetsingsnorm van art. 13 en die van art. 6:248.

92 Asser/Hartkamp & Sieburgh, *Verbindenissenrecht 6-III* (2014), nr. 413; G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW A5), nr. 38; S. Gerbrandy, 'Redelijkheid en billijkheid op de drempel', WPNR 1992/6061, p. 635-640.

4.1.2 Toepassing op schijnzelfstandigen

De vraag is in hoeverre de redelijkheid en billijkheid en het leerstuk van misbruik van bevoegdheid een rol kunnen spelen in de context van schijnzelfstandigheid. Dat analyseren we in deze paragraaf, waarbij we onderscheid maken tussen twee typen situaties. Enerzijds de situatie die we 'basisgeval' hebben genoemd: er is geen bewust strategisch handelen door de werkende. Anderzijds de situatie waarin verzwarende omstandigheden aanwezig zijn: de werkende heeft in meer of mindere mate zelf bijgedragen aan het uitblijven van premiebetaling.

4.1.2.1 Het basisgeval

Onder het basisgeval verstaan wij de situatie waarin een werkende formeel op een overeenkomst van opdracht werkzaam is geweest, terwijl achteraf juridisch sprake blijkt te zijn van een arbeidsovereenkomst, zonder dat sprake is van bewust strategisch handelen van de werkende. Het betreft de 'gewone' en in zekere zin ook 'kwetsbare' schijnzelfstandige⁹³, bij wie de kwalificatie van de arbeidsrelatie achteraf anders uitvalt dan door partijen werd verondersteld.

Te denken valt bijvoorbeeld aan een werkende die op initiatief van de werkgever als zelfstandige werkzaamheden is gaan verrichten, zonder zich bewust te zijn van de juridische kwalificatie van de arbeidsrelatie en de gevolgen daarvan voor diens pensioenopbouw. De werkende werkt gedurende langere tijd voor één opdrachtgever, ontvangt een vast (uur)tarief dat feitelijk het karakter heeft van loon en behaalt daarmee per saldo nauwelijks financieel voordeel ten opzichte van een reguliere werknemer, mede gelet op het ontbreken van werkgeversbijdragen en sociale zekerheids- en pensioenvoorzieningen. Naar buiten toe treedt de werkende niet als zelfstandige op en van daadwerkelijk ondernemerschap is geen sprake. De gekozen constructie plaatst de werkende daarmee feitelijk in een nadelige positie, terwijl de pseudo-opdrachtgever juist profiteert van de kosten- en risicoverschuiving die daarmee gepaard gaat.

In dit basisgeval ontstaat in beginsel aanspraak op pensioen, ondanks het feit dat geen premie is afgedragen. Dit roept de vraag op of niettemin ruimte bestaat om het beginsel 'geen premie, wel pensioen' te beperken op grond van redelijkheid en billijkheid of misbruik van bevoegdheid.

Op het eerste gezicht ligt het voor de hand om in het basisgeval een beroep te doen op de redelijkheid en billijkheid. Het feit dat de werkende een overeenkomst van opdracht is aangegaan en daarmee – al dan niet onbewust – heeft bijgedragen aan het uitblijven van

⁹³ Vgl. J. Cremers, 'Schijnzelfstandigheid', *Socialisme en Democratie* 2009.

premiebetaling, kan de indruk wekken dat het onredelijk is dat de werkende achteraf alsnog aanspraak maakt op pensioen.

Het beroep op redelijkheid en billijkheid moet uitstijgen boven de hoge drempel die geldt voor toepassing van art. 6:2 lid 2 BW. Zoals we hiervoor hebben uiteengezet, is het niet voldoende dat een andere uitkomst meer in overeenstemming zou zijn met redelijkheid en billijkheid; vereist is dat toekenning van de aanspraak in het concrete geval leidt tot een uitkomst die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij moet worden betrokken dat het pensioenrecht in belangrijke mate wordt gekenmerkt door een beschermingsgedachte, waarbij de werknemer in beginsel niet de dupe mag worden van het uitblijven van premiebetaling. Deze uitkomst sluit aan bij de grondgedachte van het beginsel 'geen premie, wel pensioen'. De wetgever heeft willen voorkomen dat werknemers de gevolgen dragen van het uitblijven van premiebetaling door de werkgever (zie par. 3.2). Het financiële risico van wanbetaling behoort binnen het collectief te worden opgevangen en mag in beginsel niet worden afgewenteld op de individuele deelnemer.

Het basisgeval vormt daarvan de illustratie. De werkende heeft in dit geval geen wezenlijke invloed gehad op de gekozen constructie en verkeert feitelijk in een nadelige positie ten opzichte van een reguliere werknemer. Dat de werkgever (pseudo-opdrachtgever) zich aan diens verplichtingen heeft onttrokken, kan hem in redelijkheid niet worden tegengeworpen. Tegen deze achtergrond zou het beperken van pensioenaanspraken op grond van redelijkheid en billijkheid afbreuk doen aan de beschermingsgedachte die juist aan het stelsel ten grondslag ligt.

Daarom biedt de redelijkheid en billijkheid in het basisgeval wat ons betreft geen ruimte om het beginsel 'geen premie, wel pensioen' te doorbreken. Evenmin is in deze gevallen plaats voor het aannemen van misbruik van bevoegdheid, nu daarvoor een strengere beoordelingsmaatstaf geldt. Het enkele feit dat de werkende formeel een overeenkomst van opdracht is aangegaan, is onvoldoende om te oordelen dat toekenning van pensioenaanspraken onaanvaardbaar is.

4.1.2.2 Verzwarende omstandigheden

De beoordeling kan anders komen te liggen wanneer sprake is van omstandigheden die het handelen van de werkende minder neutraal maken. Welke omstandigheden dit kunnen zijn, hebben we hierna uitgewerkt.

Omstandigheden van eigen betrokkenheid

Aan het ene uiteinde bevinden zich gevallen die dicht tegen het basisgeval aanliggen. Te denken valt aan een werkende die weliswaar heeft ingestemd met een zzp-constructie en mogelijk een hogere vergoeding ontving, maar feitelijk gedurende langere tijd voor één opdrachtgever werkzaam bleef, geen daadwerkelijk ondernemersrisico liep en geen reële

onderhandelingspositie had en per saldo niet wezenlijk (financieel) voordeel heeft gehad van de constructie. In dergelijke gevallen blijft de werkende in belangrijke mate afhankelijk en is van daadwerkelijk ondernemerschap slechts in beperkte mate sprake.

Aan het andere uiteinde bevinden zich situaties waarin de werkende weliswaar juridisch als werknemer moet worden aangemerkt, maar waarin de betrokkene bewust heeft gekozen voor een zelfstandigenconstructie en zich ook in zekere mate als ondernemer heeft gedragen. Omstandigheden die daar invulling aan geven zijn bijvoorbeeld:

- inschrijving bij de Kamer van Koophandel
- onderhandeling over het eigen tarief
- presentatie naar buiten toe als zelfstandige
- financieel (fiscaal)⁹⁴ voordeel uit de gekozen constructie⁹⁵

Ook het tijdstip waarop de werkende zich tot het pensioenfonds wendt, kan in dit verband relevant zijn.⁹⁶ Wanneer de werkende zich pas op een laat moment tot het pensioenfonds wendt, terwijl die (mede gelet op de brede maatschappelijke aandacht voor schijnzelfstandigheid) redelijkerwijs eerder aanleiding had kunnen zien om te twijfelen aan de kwalificatie van diens arbeidsrelatie én gedurende die periode heeft geprofiteerd van de voordelen van de zelfstandigenconstructie, kan dit de positie van het pensioenfonds bemoeilijken. Wat een laat moment is, kan worden ingekleurd als onder meer: i) zo laat dat premieverhaal op de werkgever niet meer mogelijk is door verjaring, ii) door financiële onmacht van de werkgever of door het niet meer bestaan van de werkgever en/of iii) pas op het tijdstip dat het werken als zelfstandige eindigt. Het feit dat de werkende (bewust) heeft stilgezeten kan dan in diens nadeel meewegen bij de beoordeling of onverkorte toepassing van het beginsel 'geen premie, wel pensioen' in het concrete geval nog tot een aanvaardbare uitkomst leidt.

Een beoordeling naar 'alle omstandigheden van het geval'

Het ligt meer voor de hand om te betogen dat het onverkort toepassen van het beginsel 'geen premie, wel pensioen' in bepaalde gevallen op gespannen voet staat met de redelijk-

94 Het genieten van fiscale voordelen, zoals het gebruikmaken van de zelfstandigenaftrek of de mkb-winstvrijstelling, kan een aanwijzing vormen dat de schijnzelfstandige bewust heeft gekozen voor een zelfstandigenconstructie. Zie: *Kamerstukken II 2024-2025*, 36 783, nr. 3, p. 141.

95 Naarmate het overeengekomen uurtarief van de schijnzelfstandige hoger is (zeker wanneer dit hoger ligt dan het loon van vergelijkbare werknemers in loondienst) kan eerder worden aangenomen dat sprake was van een bewuste keuze voor de zelfstandigenconstructie. Ook ligt dan eerder voor de hand dat de werkende zelf in een pensioenvoorziening heeft voorzien, of daartoe in ieder geval redelijkerwijs in staat was. Zie: *Kamerstukken II 2024-2025*, 36 783, nr. 3, p. 141.

96 Vgl. *Kamerstukken II 2024-2025*, 36783, nr. 3, p. 141.

heid en billijkheid. Anders dan in het basisgeval heeft de werkende zelf een rol gespeeld bij het uitblijven van premiebetaling. Voor deze redenering geeft de wetsgeschiedenis ook steun. Daaruit valt immers af te leiden dat de beschermingsgedachte primair is gericht op situaties waarin de werknemer wordt benadeeld door het handelen of nalaten van de werkgever. In gevallen waarin de werkende zelf (in meer of mindere mate) heeft bijgedragen aan de gekozen constructie, kan een uitzondering op de bescherming gerechtvaardigd zijn. Of dat in het concrete geval gerechtvaardigd is, hangt af van alle omstandigheden. Daarbij dienen enerzijds de beschermingsgedachte van het pensioenrecht en de positie van de werkende als relatief zwakkere partij te worden meegewogen en anderzijds de mate waarin de werkende zelf aan de gekozen constructie heeft bijgedragen en daarvan heeft geprofiteerd. Ook de gevolgen voor het collectief van deelnemers wegen in deze beoordeling mee. Dat belang krijgt extra gewicht indien toekenning van pensioenaanspraken zonder premiebetaling leidt tot aanzienlijke lasten voor het pensioenfonds, die uiteindelijk drukken op het vermogen van deelnemers voor wie wél premie is betaald.

Naarmate de eigen betrokkenheid en het verwijtbare karakter van het handelen van de werkende toenemen, wordt het minder vanzelfsprekend dat het onverkort toepassen van het beginsel 'geen premie, wel pensioen' strookt met de ratio van het pensioenstelsel. In dergelijke gevallen kan eerder ruimte ontstaan voor beperking. Tegelijkertijd blijft de hoge drempel van art. 6:2 lid 2 BW bepalend voor de uiteindelijke beoordeling. Voor het aannemen van misbruik van bevoegdheid geldt daarbij een nog terughoudender toets, zodat slechts in de meest uitgesproken gevallen sprake zal zijn van rechtsmisbruik.

Geconcludeerd kan worden dat ook in gevallen van verzwarende omstandigheden terughoudendheid geboden blijft bij het beperken van het beginsel 'geen premie, wel pensioen'. Alleen wanneer de werkende in duidelijke mate zelf heeft bijgedragen aan de gekozen constructie en daarvan heeft geprofiteerd, kan aanleiding bestaan om te onderzoeken of onverkorte toepassing van dit beginsel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

4.2 Reglementaire beperkingen: grenzen en mogelijkheden

De vraag die in deze paragraaf centraal staat, is of een pensioenreglement voorwaarden kan bevatten voor het ontstaan of de toekenning van pensioenaanspraken, met als doel te voorkomen dat schijnzelfstandigen voor wie geen premie is afgedragen alsnog aanspraak maken op pensioen. In het hiernavolgende onderzoeken we deze vraag in twee stappen. Eerst bezien we of pensioenfondsden het aanvangsmoment van het deelnemerschap in het pensioenreglement kunnen beperken door aanvullende voorwaarde te stellen, zoals de voorwaarde dat de werkende als deelnemer bij de pensioenuitvoerder is aangemeld (par. 4.2.1). Vervolgens onderzoeken we welke typen reglementaire bepalingen, gelet op de wets-

geschiedenis en de systematiek van het pensioenstelsel, wel en niet toelaatbaar te achten zijn (par. 4.2.2).

4.2.1 Reglementaire beperkingen van het deelnemerschap

4.2.1.1 Aanmeldplicht als voorwaarde voor deelnemerschap

Een reglementaire aanmeldplicht als voorwaarde voor aanvang van de deelneming in de pensioenregeling kan pensioenclaims van schijnzelfstandigen beperken. Het deelnemerschap vangt dan pas aan nadat de werkende door de werkgever als werknemer bij de pensioenuitvoerder is aangemeld.⁹⁷ Bij een dergelijke voorwaarde verwerft de werkende ook pas pensioenaanspraken na aanmelding.

Aan een dergelijke aanmeldplicht kleven volgens ons echter verschillende bezwaren.

Een eerste bezwaar is dat vooraf een onderscheid tussen ‘gewone’ of ‘echte’ werknemers en schijnzelfstandigen niet valt te maken. Een onderscheid tussen deze categorieën werknemers laat zich niet vangen in een reglementaire formulering. Dit hangt samen met het feit dat de kwalificatie van de arbeidsverhouding afhankelijk is van de feitelijke invulling daarvan en niet van de wijze waarop partijen deze hebben vormgegeven. De beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst berust op een weging van uiteenlopende omstandigheden en heeft daarmee een open en casuïstisch karakter. Daardoor ontbreekt een duidelijk, vooraf hanteerbaar criterium waarmee schijnzelfstandigen eenduidig kunnen worden afgebakend van andere werkenden.

Een tweede bezwaar dat hieruit volgt is dat een reglementaire aanmeldplicht generieke werking zal hebben, ofwel voor alle werkenden. Daarom zal een aanmeldplicht onvermijdelijk ook situaties omvatten waarin direct evident is dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit brengt mee dat niet alleen schijnzelfstandigen, maar ook ‘echte’ werknemers door een aanmeldplicht worden geraakt. Dat is een niet gewenst gevolg van de aanmeldplicht.

Dat dit niet gewenst is, hangt samen met het derde en meer principiële bezwaar, namelijk dat een aanmeldplicht in feite bereikt wat langs directe weg niet is toegestaan. De constructie waarbij het ontbreken van aanmelding ertoe leidt dat geen deelneming ontstaat en daarom ook geen pensioenaanspraken worden verworven, is immers naar resultaat niet te onderscheiden van toepassing van een ‘geen premie, geen pensioen’-beginsel.

Daar komt nog bij dat een aanmeldplicht het ontstaan van pensioenaanspraken in belangrijke mate afhankelijk maakt van het handelen van de werkgever. Indien het uitblijven van aanmelding gevolgen heeft voor het ontstaan van deelnemerschap, bestaat het risico

⁹⁷ Indien op een zelfstandige een verplichtstelling tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds van toepassing is als bedoeld in artikel 3 lid 2 Pensioenwet, rust de aanmeldingsplicht op de zelfstandige zelf.

dat werknemers verstoken blijven van pensioenaanspraken (door het nalaten van de werkgever om hen aan te melden). Dit creëert ruimte voor strategisch gedrag en ondermijnt de effectiviteit van de bescherming die de Pensioenwet beoogt te bieden. Een aanmeldplicht achten wij om deze reden niet in overeenstemming met de systematiek van de Pensioenwet.⁹⁸

In dit kader wijzen wij voorts op de visie van DNB. DNB stelt zich op het standpunt dat de wetgever er met artikel 5 Pensioenwet bewust voor heeft gekozen te voorkomen dat een werknemer de gevolgen draagt van het niet of onjuist aanmelden door de werkgever. Volgens DNB brengt dit mee dat een werknemer, ook indien die niet door de werkgever bij de pensioenuitvoerder is aangemeld, in beginsel alsnog aanspraak moet kunnen maken op pensioenrechten en -aanspraken alsof die wel correct was aangemeld.⁹⁹

Specifiek voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is er nog een vierde bezwaar. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het niet verenigbaar wordt geacht met de verplichtstelling om de werknemer de dupe te laten worden van het nalaten van aanmelding door de werkgever.¹⁰⁰ In dat licht is benadrukt dat het risico van het niet aanmelden in beginsel bij de werkgever dient te worden gelegd en niet bij de werknemer.¹⁰¹

Samenvattend concluderen wij dat een inperking van het deelnemersbegrip door vastlegging van een reglementaire aanmeldplicht niet verenigbaar is met de strekking en beschermingsgedachte die aan het pensioenrecht ten grondslag ligt. Deze conclusie sluit aan bij het recente advies van de Landsadvocaat,¹⁰² waarin eveneens wordt geconcludeerd dat de Pensioenwet en de Wet Bpf 2000 geen ruimte bieden om het deelnemersbegrip reglementair te beperken.

4.2.1.2 Het koppelen van deelnemerschap aan een rechterlijke of fiscale vaststelling

Wij zien ook bezwaren aan reglementsbepalingen waarin het deelnemerschap niet reeds aanvangt op het moment dat een werkende materieel onder de werkingssfeer van de regeling valt, dat wil zeggen: niet op het moment dat die als werknemer in de zin van art. 1 PW moet worden aangemerkt, maar pas vanaf een later moment, nadat aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Daarbij kan worden gedacht aan de voorwaarde dat bij rechterlijke

⁹⁸ Deze opvatting wordt ook verdedigd door S.H. Kuiper, JAR 2012/70.

⁹⁹ DNB, Aansprakelijkheid van pensioenfondsen, Q&A's november 2011. DNB wijst erop dat artikel 5 Pensioenwet de mogelijkheid voor de pensioenuitvoerder beperkt om zich tegenover de werknemer te beroepen op het niet voldoen aan de informatieplicht door de werkgever. In de literatuur is dit standpunt zowel bestreden als onderschreven, zie voor de verwijzingen daarnaar: Asser/Lutjens 7-XI 2023/276.

¹⁰⁰ Kamerstukken I 2006/07, 30413, C, p. 15.

¹⁰¹ In dit kader verwijzen wij ook naar het Labots-arrest (HR 3 februari 2012, NJ 2012/93; PJ 2012/39) dat in par. 4.2.2 nader wordt besproken.

¹⁰² Advies Landsadvocaat, Vragen pensioenopbouw schijnzelfstandigen, bijlage bij Kamerstukken II 2024/25, 32043, nr. 688, p. 20.

uitspraak is vastgesteld dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, dan wel dat de Belastingdienst heeft geoordeeld dat fiscaal gezien sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Met betrekking tot de rechterlijke uitspraak kan worden opgemerkt dat deze in beginsel een declaratoir karakter heeft: zij bevestigt een reeds bestaande rechtsverhouding in plaats van deze eerst te doen ontstaan. Het ligt daarom niet voor de hand om het aanvangsmoment van deelneming te koppelen aan het moment van de uitspraak. Daarmee zou niet de feitelijke en juridische arbeidsrelatie beslissend zijn, maar het moment waarop daarover rechterlijke duidelijkheid ontstaat. Dat is temeer problematisch omdat procedures over de kwalificatie van de arbeidsrelatie lang kunnen duren en in verschillende instanties verschillend kunnen worden beoordeeld. Indien in eerste aanleg geen arbeidsovereenkomst wordt aangenomen, maar in hoger beroep alsnog wordt vastgesteld dat reeds eerder sprake was van een arbeidsovereenkomst, zou een koppeling aan het moment van de uitspraak ertoe leiden dat pensioenopbouw over die eerdere periode ontbreekt. Dat verdraagt zich moeilijk met de beschermingsgedachte van het pensioenrecht.

Met betrekking tot de fiscale kwalificatie door de Belastingdienst is onduidelijk waarom daaraan doorslaggevende betekenis zou moeten worden toegekend. De civielrechtelijke kwalificatie van de arbeidsrelatie dient immers zelfstandig door de burgerlijke rechter te worden verricht en is niet gebonden aan het fiscale oordeel. Overigens gelden voor de koppeling aan de fiscale kwalificatie dezelfde bezwaren over tijdverloop als bij koppeling aan een rechterlijke uitspraak.

Wel kan de wijze waarop partijen destijds met hun fiscale en sociaalverzekeringsrechtelijke verplichtingen (bijvoorbeeld in het kader van werknemersverzekeringen) zijn omgegaan, als relevante omstandigheid bij de beoordeling worden betrokken.¹⁰³ Zie hierover ook paragraaf 2.3.

Daarnaast kan betekenis toekomen aan het moment waarop de werkende zich bij het pensioenfonds meldt. Vanaf dat moment is het pensioenfonds immers bekend, althans bekend verondersteld, met de mogelijke toepasselijkheid van de pensioenregeling op de betreffende werkende. Vanaf dat moment ligt het minder voor de hand om het ontbreken van aanmelding of informatieverstrekking volledig voor risico van de werkende te laten komen. Dit rechtvaardigt echter niet de conclusie dat het deelnemerschap eerst vanaf dat moment ontstaat. De melding door de werkende betreft daarmee niet het constitutieve moment van deelnemerschap, maar kan wel relevant zijn bij de beoordeling van de verdere rechtsverhouding tussen partijen, waaronder de mogelijkheden tot premie-inning en de beoordeling van de redelijkheid en billijkheid.

¹⁰³ Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden, 19 december 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:10775, PJ 2024/93.

4.2.2 Grenzen aan uitzonderingen

Geen generieke uitzonderingen

Zoals is besproken, heeft de wetgever onderkend dat zich uitzonderlijke situaties kunnen voordoen waarin onverkorte toepassing van het beginsel 'geen premie, wel pensioen' tot onaanvaardbare uitkomsten leidt; met name wanneer sprake is van evident boze opzet of andere vormen van verwijtbaar handelen die de grondslag van de solidariteit aantasten. De uitzonderingsruimte op het beginsel heeft de wetgever nadrukkelijk niet willen vertalen in algemene, vooraf geformuleerde regels. Integendeel, uit de parlementaire geschiedenis volgt dat een algemene afwijkingsbepaling in statuten of reglementen uitdrukkelijk niet is toegestaan. In het verlengde daarvan kan worden betoogd dat dit niet alleen betrekking heeft op expliciete, generieke uitsluitingsregels, maar ook op regelingen waarbij door middel van vaste criteria in belangrijke mate vooraf wordt bepaald in welke gevallen geen pensioenaanspraak bestaat. Indien dergelijke criteria een beslissend of uitputtend karakter krijgen, ligt het in de rede om deze te beschouwen als een materiële vorm van een algemene afwijking, hetgeen zich moeilijk verdraagt met de systematiek die de wetgever beoogt.

De wetgever heeft namelijk willen voorkomen dat pensioenfondsen door middel van vaste criteria of categorieën op voorhand groepen werkenden van bescherming uitsluiten. Wij zien daarin dan ook slechts zeer beperkte ruimte voor een groepsmatige benadering, waarbij op basis van vooraf geformuleerde categorieën of typen gevallen de uitkomst van de beoordeling wordt gestuurd. Hoewel een dergelijke mate van beoordeling praktisch wenselijk kan zijn, mag dit er niet toe leiden dat de beoordeling feitelijk verschuift van een individuele toets (waarbij alle relevante omstandigheden van het geval worden meegewogen) naar een vooraf ingevuld toetsingskader waarin de uitkomst voor een gehele categorie op voorhand wordt vastgelegd. Uitzonderingen daargelaten waarin werkenden zich in wezen in gelijke omstandigheden bevinden, lijkt voor een dergelijke groepsbenadering geen ruimte te bestaan.

Dit betekent niet dat pensioenfondsen geen enkele ruimte hebben om een beoordelingskader nader vorm te geven. Daartoe strekkende reglementaire bepalingen mogen echter niet de uitkomst van de beoordeling dwingend vastleggen, maar wel richting geven aan de wijze waarop die beoordeling plaatsvindt en de criteria die hierin betrokken worden. Zo ligt het voor de hand dat pensioenfondsen gezichtspunten of relevante factoren formuleren die het bestuur kan betrekken bij de beoordeling van concrete gevallen.

In dit verband is ook het arrest Labots van belang.¹⁰⁴ In die zaak stond de vraag centraal of het pensioenfonds zich op het pensioenreglement kon beroepen om pensioenaanspraken te weigeren wegens het uitblijven van premiebetaling. De Hoge Raad liet het oordeel van het

¹⁰⁴ HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462, PJ 2012/39.

hof in stand dat dit beroep niet slaagde, omdat in het reglement geen duidelijk en ondubbelzinnig voorbehoud met de strekking 'geen premie, geen pensioen' kon worden gelezen. Het arrest laat daarmee vooral zien dat een dergelijk voorbehoud niet snel mag worden aangenomen. Reglementaire bepalingen die niet voldoende duidelijk en expliciet zijn geformuleerd, kunnen niet aan de werknemer worden tegengeworpen. Dat betreft echter in de eerste plaats een kwestie van uitleg van het reglement. Daarmee is nog niet beantwoord hoeveel ruimte een pensioenreglement inhoudelijk mag bieden om pensioenaanspraken bij premieachterstand te beperken. Omdat in Labots een duidelijk voorbehoud ontbrak, hoefde de Hoge Raad zich niet uit te laten over de vraag of een dergelijk voorbehoud, indien het wél uitdrukkelijk zou zijn opgenomen, ook materieel toelaatbaar zou zijn geweest. Die vraag moet afzonderlijk worden beoordeeld aan de hand van de systematiek van de Pensioenwet en de beschermingsgedachte die daaraan ten grondslag ligt.

Vanuit dat perspectief is voorzichtigheid geboden bij bepalingen die vooraf omschrijven in welke gevallen geen aanspraak bestaat. Ook wanneer zulke bepalingen duidelijk zijn geformuleerd, kunnen zij materieel dicht tegen een algemene afwijkingsbepaling aan liggen. Dat geldt met name wanneer zij criteria bevatten die in de praktijk een beslissend of cumulatief karakter hebben en daarmee de uitkomst van de beoordeling grotendeels vooraf vastleggen. In dat geval bestaat het risico dat de bepaling feitelijk neerkomt op een verkapte 'geen premie, geen pensioen'-regel. Juist dat heeft de wetgever met het verbod op generieke afwijkingsbepalingen willen voorkomen.

Daarbij komt dat de ruimte voor pensioenfondsen om via reglementsbeperkingen aan te brengen ook in temporeel opzicht wordt begrensd. Op grond van artikel 20 Pensioenwet kunnen eenmaal ontstane pensioenaanspraken in beginsel niet door een latere wijziging van de pensioenovereenkomst of de verwoording van de pensioenovereenkomst in het pensioenreglement worden aangetast. Dit sluit aan bij het vermogensrechtelijke karakter van pensioenaanspraken, die in beginsel als eigendomsrechten worden beschermd. Reglementaire bepalingen kunnen derhalve niet met terugwerkende kracht reeds opgebouwde aanspraken beperken of uitsluiten. Dit geldt ook voor aanspraken die wegens de regel 'geen premie, wel pensioen' in het verleden – naar achteraf blijkt – voor schijnzelfstandigen opgebouwd hadden moeten zijn.

Rechtszekerheid versus casuïstische beoordeling

De vraag naar de toelaatbaarheid van reglementaire beperkingen laat een spanningsveld zien tussen rechtszekerheid en hanteerbare regels voor pensioenfondsen en casuïstische beoordeling. Waar concrete en gedetailleerde reglementsbeperkingen bijdragen aan voorspelbaarheid en uniforme toepassing, brengen zij het risico met zich dat zij een uitputtend karakter krijgen en daarmee feitelijk neerkomen op een generieke uitzondering op het beginsel 'geen premie, wel pensioen'. Een dergelijke benadering verdraagt zich niet met de

bedoeling van de wetgever, die juist heeft willen voorkomen dat de bescherming van deelnemers door vooraf vastgelegde algemene criteria wordt uitgehouden. Dat betekent dat reglementaire bepalingen wel richting mogen geven aan de beoordeling, maar niet de uitkomst op voorhand mogen vastleggen.

4.2.2.1 Voorbeelden van niet toelaatbare bepalingen

Hieronder volgen voorbeelden van reglementaire bepalingen die door ons als niet toelaatbaar worden aangemerkt. Tenzij anders aangegeven komen de voorbeelden uit een aselechte steekproef van pensioenreglementen van pensioenfondsen.

Voorbeeld 1¹⁰⁵

Indien wordt vastgesteld dat een werkende in het verleden ten onrechte als zelfstandige werkzaamheden heeft verricht, ontstaat slechts aanspraak op pensioenopbouw voor zover over de betreffende periode pensioenpremie is afgedragen.

Toelichting voorbeeld 1

Deze bepaling is een algemeen en vooraf geformuleerd criterium waarbij het ontstaan van pensioenaanspraken rechtstreeks afhankelijk wordt gesteld van de vraag of er premie is betaald. Daarmee wordt feitelijk het uitgangspunt 'geen premie, geen pensioen' geïntroduceerd.

Voorbeeld 2

Oordeelt de rechter dat sprake is van een arbeidsovereenkomst? Of oordeelt de Belastingdienst dat loonheffing is verschuldigd? Bent u daardoor werknemer in plaats van IB-ondernemer? Dan wordt over de periode vóór de datum van het oordeel van de rechter of de Belastingdienst alleen de betaalde premie (verminderd met de risicopremies, MVEV-opslag en uitvoeringskosten) aan uw persoonlijk pensioenvermogen toegevoegd. De toevoeging kan niet negatief zijn.

Voorbeeld 3

Wordt de Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden of een hiermee vergelijkbare wet ingevoerd? Bent u hierdoor werknemer in plaats van IB-ondernemer? Dan wordt voor de periode vóór de melding alleen de betaalde premie (verminderd met de risicopremies, MVEV-opslag en uitvoeringskosten) aan uw persoonlijk pensioenvermogen toegevoegd. De toevoeging kan niet negatief zijn.

¹⁰⁵ Dit is een fictief voorbeeld.

Voorbeeld 4

Heeft de rechter of de Belastingdienst ‘bepaald’ dat u (met terugwerkende kracht) een arbeidsovereenkomst heeft met de werkgever?

U bent dan deelnemer vanaf de dag van het vonnis waarin de rechter dat heeft bepaald. Of van de beschikking waarin de Belastingdienst dat heeft bepaald. Of de eerste dag van de maand waarin u 18 jaar wordt, als u op de datum van het vonnis of de beschikking nog geen 18 was. Het vonnis of de beschikking moet dan wel vaststaan. Anders gezegd: er is geen hoger beroep of beroep in cassatie meer mogelijk tegen het vonnis.

De gegevens vanaf die datum en de bijdragen die we na die datum ontvangen, bepalen de hoogte van uw pensioen bij ons. De periode voor die datum kunnen wij laten meetellen voor uw pensioen, maar alleen als wij

- *uw gegevens over de periode ervoor hebben ontvangen, en*
- *de bijdragen hebben ontvangen die wij van u en van uw werkgever hadden moeten ontvangen over de periode ervoor.*

Toelichting voorbeeld 2-4

Deze bepalingen houden in dat, indien achteraf wordt vastgesteld dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, over de daaraan voorafgaande periode slechts aanspraken worden toegekend voor zover daadwerkelijk premie is afgedragen. Daarmee wordt het ontstaan van pensioenaanspraken voor die periode rechtstreeks afhankelijk gemaakt van premiebetaling. In zoverre vertonen de bepalingen sterke gelijkenis met een ‘geen premie, geen pensioen’-voorbehoud.

Daarnaast wordt in de voorbeelden het aanvangsmoment van de volledige pensioenopbouw gekoppeld aan het moment waarop een rechterlijke uitspraak plaatsvindt. Een dergelijk moment heeft echter in beginsel een declaratoir karakter en bevestigt een reeds bestaande arbeidsverhouding in plaats van deze eerst te doen ontstaan. Door desalniettemin aan dit formele moment doorslaggevende betekenis toe te kennen, wordt afgeweken van het uitgangspunt dat deelnemerschap en aanspraken volgen uit de materiële kwalificatie van de arbeidsrelatie (zie hierover par. 4.2.1).

Daarbij komt dat in sommige bepalingen (zie voorbeeld 2 en 4) tevens wordt aangesloten bij een beschikking van de Belastingdienst. Dit roept vragen op nu de kwalificatie van een arbeidsverhouding als arbeidsovereenkomst in de kern een civielrechtelijke beoordeling betreft. Door het aanvangsmoment van deelnemerschap mede afhankelijk te maken van een oordeel van de Belastingdienst, wordt de beoordeling feitelijk (mede) verlegd naar een instantie waarop de werkende geen of slechts beperkte invloed heeft. Nog daargelaten dat het oordeel van de Belastingdienst niet zonder meer beslissend is voor de civielrechtelijke kwalificatie van de arbeidsrelatie.

Daarnaast hebben de voorbeelden een generiek karakter, nu zij voor een bepaalde categorie gevallen (te weten werkenden die achteraf als werknemer worden aangemerkt) een vaste uitkomst voorschrijven, zonder ruimte te laten voor een beoordeling van de concrete omstandigheden van het geval. Daarmee komen ze dicht in de buurt van een vooraf geformuleerde uitsluiting van aanspraken. Wij vinden het niet aannemelijk dat dergelijke bepalingen zich verdragen met de systematiek van de Pensioenwet en de beschermingsgedachte die daaraan ten grondslag ligt.

Voorbeeld 5

De deelneming in de basispensioenregeling gaat in op:

- a) de eerste dag van het loontijdvak waarin de werknemer de 18-jarige leeftijd bereikt, of*
- b) de eerste dag van het loontijdvak waarin de deelnemer ná diens 18de verjaardag in dienst treedt bij een aangesloten werkgever, of*
- c) de eerste dag van het loontijdvak waarin de datum van het vonnis van de rechter valt waarin wordt bepaald dat er bij de deelnemer sprake is van een arbeidsovereenkomst bij een aangesloten werkgever, of*
- d) de eerste dag van het loontijdvak waarin de Belastingdienst beschikt dat op de persoon die werkzaamheden verricht bij een aangesloten werkgever loonheffing toegepast moet worden, of*
- e) de eerste dag van het loontijdvak waarin de werkverschaffer/opdrachtgever opgave heeft gedaan van de hoogte van de vergoeding aan de deelnemer.*

Toelichting voorbeeld 5

Deze bepaling beoogt het aanvangsmoment van deelneming nader te regelen. Voor een werkende die achteraf als werknemer wordt aangemerkt ligt echter voor de hand dat die zich kan/gaat beroepen op onderdeel a of b. Indien wordt vastgesteld dat reeds eerder sprake was van een arbeidsovereenkomst, viel de werkende vanaf dat eerdere moment onder de werkingssfeer van de regeling en vangt ook het deelnemerschap vanaf dat moment aan. Vanwege het gebruik van het woord 'of' voegen de onderdelen c tot en met e in zoverre weinig toe. De onderdelen c tot en met e verdragen zich moeilijk met het uitgangspunt dat verplichte deelneming aanknoopt bij de materiële arbeidsverhouding, doordat zij het aanvangsmoment van deelneming verschuiven naar een later, formeel moment: een rechterlijke uitspraak, een beschikking van de Belastingdienst of een opgave door de opdrachtgever. Dat roept de bezwaren op die wij hebben besproken bij Toelichting voorbeeld 2-4 en voor de opgave door de opdrachtgever in 4.2.1.1.

4.2.2.2 Voorbeelden van toelaatbare bepalingen

Hieronder volgen voorbeelden van reglementaire bepalingen die wij als wel toelaatbaar aanmerken. Wij geven eerst het voorbeeld van een door ons opgestelde modelbepaling, daarna voorbeelden uit bestaande reglementen van pensioenfondsen.

1. Een modelbepaling

Nadere regels over het verwerven van pensioenaanspraken:

1. *Het ontbreken van premiebetaling laat de pensioenaanspraken van de deelnemer in beginsel onverlet.*
2. *In uitzonderlijke gevallen kan het bestuur besluiten om pensioenaanspraken geheel of gedeeltelijk niet toe te kennen, indien (volledige) premiebetaling ontbreekt en het toekennen van pensioenaanspraken het oordeel van het bestuur tot een onaanvaardbare uitkomst zou leiden.*
3. *Bij de beoordeling of er een uitzonderlijk geval is en een onaanvaardbare uitkomst zou ontstaan als bedoeld in het tweede lid, betreft het bestuur alle omstandigheden van het geval.*
4. *Van een uitzonderlijk geval kan onder meer sprake zijn indien een werkende werkzaamheden heeft verricht in een verhouding die formeel niet is aangemerkt als dienstbetrekking, maar pas achteraf als zodanig is gekwalificeerd en de werkende, al dan niet in samenhang met de werkgever, bewust heeft bijgedragen aan de totstandkoming of instandhouding van de onjuiste kwalificatie van de arbeidsverhouding, dan wel de werkende door eigen handelen in relevante mate heeft bijgedragen aan het uitblijven van aanmelding bij of informatieverstrekking door de werkgever aan het pensioenfonds.*
5. *Bij de beoordeling van de situatie in lid 4 kunnen onder meer in aanmerking worden genomen:*
 - a. *de mate waarin de werkende heeft bijgedragen aan de keuze voor en het voortduren van de gekozen constructie van de werkrelatie en/of;*
 - b. *de mate waarin de werkende zich in het economisch verkeer als zelfstandige heeft gepresenteerd, waaronder begrepen presentatie op een website en/of;*
 - c. *de mate waarin de werkende fiscaal en/of financieel gebruik heeft gemaakt en/of voordeel heeft genoten van de gekozen constructie, waaronder begrepen de invulling van het uurtarief, het gebruikmaken van btw- en/of andere fiscale faciliteiten en/of;*
 - d. *het tijdstip waarop de werkende zich tot het pensioenfonds heeft gewend, in het bijzonder voor zover dit van betekenis is voor de mogelijkheid om premie te verhalen op de werkgever en/of;*
 - e. *overige omstandigheden die, objectief gezien en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, naar het oordeel van het bestuur relevant zijn.*

Toelichting

Deze bepaling geeft uitdrukking aan het uitgangspunt dat het ontbreken van premiebetaling in beginsel geen afbreuk doet aan het ontstaan van pensioenaanspraken. Dit sluit aan bij de beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan het pensioenstelsel, waarin het risico van wanbetaling in beginsel niet bij de individuele deelnemer ligt.

Tegelijkertijd voorziet de bepaling in een uitzonderingsmogelijkheid voor gevallen waarin toepassing van dit uitgangspunt tot een onaanvaardbare uitkomst zou leiden. Het betreft nadrukkelijk een uitzonderingsregel, die slechts in bijzondere omstandigheden toepassing kan vinden.

De bepaling concretiseert deze uitzonderingsruimte door aan te knopen bij het gedrag van de werkende. In het bijzonder gaat het om situaties waarin de werkende, al dan niet in samenhang met de werkgever, bewust heeft bijgedragen aan de totstandkoming of instandhouding van een onjuiste kwalificatie van de arbeidsverhouding, dan wel door eigen handelen in relevante mate heeft bijgedragen aan het uitblijven van aanmelding bij of informatieverstrekking aan het pensioenfonds. In dergelijke gevallen kan het, mede gelet op de redelijkheid en billijkheid, onaanvaardbaar zijn dat de werkende zich achteraf alsnog op pensioenaanspraken beroept.

De in lid 5 opgenomen omstandigheden bieden gezichtspunten die het pensioenfonds kan betrekken bij de beoordeling van concrete gevallen.¹⁰⁶ Deze opsomming is niet uitputtend en is bewust vormgegeven met een 'en/of'-structuur. Zo is niet vereist dat alle genoemde omstandigheden tegelijk aanwezig zijn en wordt voorkomen dat de beoordeling plaatsvindt op basis van een afvinklijst van criteria, zonder inhoudelijke weging van de omstandigheden van het geval. Het gaat steeds om een weging van alle relevante omstandigheden van het geval, waarbij de mate van betrokkenheid en verwijtbaarheid van de werkende centraal staat. Daarbij is niet uitgesloten dat zich omstandigheden voordoen die niet in de opsomming zijn genoemd. In dergelijke gevallen biedt onderdeel e ruimte om ook deze omstandigheden bij de beoordeling te betrekken. Om te waarborgen dat deze beoordeling niet verwordt tot een louter subjectief oordeel van het pensioenfonds, is bepaald dat de relevante omstandigheden objectief en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten worden beoordeeld.

Daarnaast is van belang dat toepassing van deze uitzonderingsbepaling mede moet worden gezien in het licht van de solidariteit binnen het pensioenstelsel. Het alsnog toekennen van pensioenaanspraken in situaties waarin geen premie is afgedragen en waarin

¹⁰⁶ Hierbij is aansluiting gezocht bij de memorie van toelichting bij de Wet Vbar. Daarin wordt aangegeven dat sprake kan zijn van een uitzonderlijke omstandigheid wanneer de schijnzelfstandige ervoor heeft gekozen om, in weerwil van het arbeidsrecht, de werkzaamheden als zelfstandige te verrichten. In dat geval heeft de schijnzelfstandige een duidelijke eigen rol gespeeld bij het uitblijven van premiebetaling. Zie in dit verband ook paragraaf 4.1.2.2 van dit rapport.

de werkende zelf een relevante bijdrage heeft geleverd aan die situatie, kan ten koste gaan van het collectief en daarmee van de pensioenen van andere deelnemers. De bepaling beoogt in dergelijke gevallen een evenwicht te vinden tussen de bescherming van de individuele deelnemer en de bescherming van de collectieve belangen.

De voorgestelde modelbepaling sluit op hoofdlijnen aan bij het recente advies van de Landsadvocaat over pensioenopbouw bij schijnzelfstandigheid.¹⁰⁷ Ook de Landsadvocaat acht het onder omstandigheden verdedigbaar dat pensioenreglementen voorzien in een uitzondering op het uitgangspunt ‘geen premie, wel pensioen’, mits deze uitzondering niet leidt tot een categorische uitsluiting, ruimte laat voor een individuele beoordeling en voldoende rekening houdt met de beschermingsgedachte van het pensioenrecht. De door ons opgestelde modelbepaling geeft aan deze uitgangspunten een nadere uitwerking door deze te vertalen naar een concrete reglementaire bepaling. Daarbij is ervoor gekozen de relevante omstandigheden niet limitatief vast te leggen, maar vorm te geven als gezichtspunten die het pensioenfonds bij de beoordeling van het individuele geval kan betrekken. Doel hiervan is te voorkomen dat de uitzondering alsnog het karakter krijgt van een generieke afwijkingsbepaling.

2. Bestaande reglementsbe­palingen

De volgende voorbeelden laten zien hoe pensioenfonds­den de uitzonderingsruimte op het uitgangspunt ‘geen premie, wel pensioen’ reeds nader hebben geconcretiseerd. Deze bepalingen achten wij in beginsel verdedigbaar, maar op enkele onderdelen roepen ze vragen op. Daarop gaan wij hieronder in.

Voorbeeld 1

1. *De deelnemer kan in ieder geval geen rechten ontle­nen aan het pensioenreglement over de periode van deelneming waarvoor geen premie is betaald:*
 - a. *als gevolg van boze opzet van de deelnemer dan wel van de deelnemer en de werkgever samen;*
 - b. *als gevolg van het bewust kiezen van een constructie die tot effect had niet te kwalificeren als werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst;*
 - c. *bij een vrijwillige voortzetting van de pensioenopbouw.*
2. *Het pensioenfonds kan op grond van dwingendrechtelijke wet- en regelgeving gehouden zijn het pensioen niet uit te betalen dan wel geen enkele andere handeling ten aanzien van het pensioen te verrichten.*
3. *Het pensioenfonds kan nadere regels stellen voor toepassing van dit artikel.*

¹⁰⁷ Advies Landsadvocaat, Vragen pensioenopbouw schijnzelfstandigen, bijlage bij *Kamerstukken II 2024/25*, 32043, nr. 688, p. 20-23.

Toelichting voorbeeld 1

Deze bepaling gaat niet uit van een generieke uitsluiting van pensioenaanspraken bij het ontbreken van premiebetaling, maar knoopt expliciet aan bij concreet geformuleerde omstandigheden waarin afwijking van het uitgangspunt 'geen premie, wel pensioen' gerechtvaardigd kan zijn. Lid 1 aanhef en onderdeel a sluit aan bij het in de parlementaire geschiedenis genoemde voorbeeld van evidente boze opzet. In dergelijke gevallen kan het, gelet op de grenzen van de solidariteit, gerechtvaardigd zijn om het ontbreken van premiebetaling wél aan de deelnemer tegen te werpen. Lid 1 aanhef en onderdeel c (vrijwillige voortzetting) sluit eveneens aan bij een door de wetgever genoemde uitzondering, nu de deelnemer in dat geval zelf premieplichtig is.

Lid 1 aanhef en onderdeel b verdient een nadere beschouwing. Deze bepaling richt zich op situaties waarin bewust is gekozen voor een constructie die ertoe strekte buiten de kwalificatie van arbeidsovereenkomst te blijven. Daarmee wordt beoogd gevallen te adresseren waarin de werkende zelf in relevante mate heeft bijgedragen aan het uitblijven van premiebetaling. In zoverre sluit deze bepaling aan bij het criterium van verwijtbaar eigen gedrag. Tegelijkertijd roept de formulering vragen op nu het criterium 'bewust kiezen voor een constructie' ruim en potentieel generiek is. Zonder nadere inkadering bestaat het risico dat deze bepaling in de praktijk wordt toegepast op een brede categorie werkenden die als schijnzelfstandige kwalificeren, wat alsnog het karakter van een algemene uitsluiting kan krijgen. De bepaling kan worden gezien als een poging om de door de wetgever bedoelde uitzonderingsruimte (met name bij boze opzet) te concretiseren. Niettemin geldt dat ook dergelijke bepalingen niet zodanig mogen worden toegepast dat zij in de praktijk neerkomen op een generieke uitsluiting van aanspraken. De toepassing zal steeds moeten plaatsvinden aan de hand van de omstandigheden van het geval en zorgvuldig moeten worden gemotiveerd.

Voorbeeld 2

Uw werkgever betaalt uw premie niet en u heeft werk verricht op basis van een dienstverhouding, terwijl dit in het verleden niet als dienstverhouding is vastgelegd. Als u (eventueel samen met uw werkgever) bewust heeft gedaan alsof u geen dienstverhouding had terwijl dat wel zo was, kan het [...] -bestuur beslissen dat u geen aanspraak maakt op pensioen. Ook niet naar het verleden toe. Met bewust bedoelen we dat u (eventueel samen met uw werkgever) met opzet en voor langere tijd heeft gedaan alsof u geen dienstverhouding had terwijl dit in werkelijkheid wel zo is of was.

Dit is het geval als minimaal twee van de volgende situaties op u van toepassing zijn:

- *U stond ingeschreven als zelfstandige bij de Kamer van Koophandel.*
- *U had meerdere opdrachtgevers.*
- *U presenteerde zich als zelfstandige, bijvoorbeeld via een website.*
- *Uw uurtarief was hoger dan dat van medewerkers in loondienst.*
- *U stuurde facturen met btw voor uw werkzaamheden.*
- *U maakte gebruik van fiscale voordelen voor zelfstandigen.*

Maar er kunnen ook andere situaties zijn waardoor [...] vindt dat u (eventueel samen met uw werkgever) zich bewust heeft gedragen alsof u geen dienstverhouding had. Het [...] -bestuur beslist hierover.

U bent verplicht op verzoek aanvullende gegevens bij ons aan te leveren.

Toelichting

De bepaling beoogt het criterium van 'bewust handelen' nader te concretiseren. In beginsel achten wij de vastgelegde concretisering verdedigbaar. De in de bepaling opgenomen omstandigheden, zoals inschrijving bij de Kamer van Koophandel, het hebben van meerdere opdrachtgevers en het factureren met btw, kunnen worden aangemerkt als relevante indicatoren bij de beoordeling van de intentie van de werkende. In zoverre is het begrijpelijk dat deze omstandigheden worden benoemd.

In de bepaling is ervoor gekozen het bewust handelen te koppelen aan handelen 'voor langere tijd' en aan 'opzet'. Onze kanttekeningen zien met name daarop.

De keuze voor het criterium 'voor langere tijd' brengt mee dat gevallen van bewust en verwijtbaar handelen die zich over een kortere periode uitstrekken, buiten de reikwijdte van de bepaling vallen.

Met betrekking tot het vereiste van 'opzet' geldt dat dit een zware maatstaf vormt. Daarvoor lijkt niet voldoende dat de werkende zich feitelijk gedurende langere tijd als zelfstandige heeft gedragen. Vereist lijkt eerder dat de werkende wist, of zich ervan bewust moest zijn geweest, dat juridisch sprake was van een arbeidsovereenkomst en desondanks bewust is blijven handelen alsof daarvan geen sprake was. De genoemde omstandigheden tonen echter in de eerste plaats aan dat iemand zich naar buiten toe als zelfstandige heeft gepresenteerd. Daaruit volgt niet zonder meer dat de werkende ook daadwerkelijk wist dat juridisch sprake was van een dienstverhouding. Een werkende kan immers aan meerdere van de genoemde criteria voldoen, terwijl die tegelijkertijd daadwerkelijk in de veronderstelling verkeerde als zelfstandige werkzaam te zijn.

Dit betekent dat het pensioenfonds, wanneer het zich op deze bepaling beroept, aannemelijk zal moeten maken dat niet alleen sprake was van uiterlijke kenmerken van zelfstandigheid, maar ook van bewustheid bij de werkende dat de gekozen kwalificatie niet over-

eenstemde met de juridische werkelijkheid. Dat vormt naar onze mening een hoge drempel. Voor de bescherming van de werkende, die werknemer blijkt te zijn geweest, is dat goed. Minder bescherming zou volgens ons niettemin ook toegestaan kunnen zijn.

4.2.2.3 De verhouding tussen reglementaire bepalingen en algemene rechtsbeginselen

Ook indien het pensioenreglement uitzonderingen op 'geen premie, wel pensioen' nader concretiseert, is een aanvullend beroep op algemene rechtsbeginselen niet volledig uitgesloten. De betekenis daarvan zal echter beperkt zijn. Indien pensioenfondsen ervoor kiezen uitzonderingssituaties reglementair vorm te geven, ligt het in de rede dat deze bepalingen het beoordelingskader vormen voor toekomstige gevallen. Een ruime aanvullende toepassing van open normen als redelijkheid en billijkheid of misbruik van bevoegdheid zou afbreuk doen aan de rechtszekerheid en voorspelbaarheid die met een dergelijke reglementaire regeling juist wordt beoogd. Dat kan hooguit anders zijn indien zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen waarmee bij het opstellen van het reglement redelijkerwijs geen rekening kon worden gehouden.

Voor aanspraken over het verleden ligt dit anders. Reglementaire beperkingen kunnen in beginsel niet met terugwerkende kracht reeds ontstane pensioenaanspraken aantasten. Voor situaties die dateren van vóór de invoering van dergelijke reglementaire bepalingen ontbreekt daarmee een specifiek reglementair beoordelingskader. In die gevallen blijft een beroep op algemene correctiemechanismen, zoals redelijkheid en billijkheid of misbruik van bevoegdheid, het enige houvast voor 'geen premie, geen pensioen', zij het dat daarvoor een hoge drempel geldt.

5. Conclusie

Het beginsel ‘geen premie, wel pensioen’ blijft ook bij schijnzelfstandigheid het vertrekpunt. Dat betekent dat het ontbreken van premiebetaling op zichzelf niet voldoende is om pensioenaanspraken te weigeren. Afwijking is slechts denkbaar in uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld wanneer de werkende zelf bewust en verwijtbaar heeft bijgedragen aan de gekozen constructie of aan het uitblijven van aanmelding en premiebetaling.

Daarbij verdient benadrukking dat het pensioenfonds niet zonder meer kan volstaan met de constatering dat geen premie is betaald. In lijn met de gedachte achter artikel 29 Pensioenwet mag van het pensioenfonds worden verwacht dat het eerst een redelijke inspanning verricht om de verschuldigde premie alsnog betaald te krijgen. Dat hoeft niet steeds te betekenen dat een procedure tot premie-inning wordt gestart. Wel moet het fonds aantoonbaar onderzoeken of premiebetaling of verhaal nog mogelijk is.

Voor pensioenuitvoerders volgt hieruit het belang van tijdige controle en actieve monitoring. Zeker bij signalen van mogelijke schijnzelfstandigheid is het van belang dat pensioenfondsen hun administratie, aanmeldingen en premie-inning zorgvuldig bewaken. Wanneer werkgevers onjuiste of onvolledige informatie verstrekken, ligt het voor de hand dat de gevolgen daarvan primair bij de werkgever worden gelegd. Aansprakelijkheid van de werkgever kan daarbij een belangrijk instrument zijn om te voorkomen dat de financiële gevolgen bij het fonds en het collectief terechtkomen. Dit aspect komt verder aan de orde in het vervolgonderzoek.

Wanneer premiebetaling niet mogelijk is, laat de wetgeving pensioenfondsen slechts beperkte ruimte om het beginsel ‘geen premie, wel pensioen’ te begrenzen. Reglementaire bepalingen kunnen richting geven aan de beoordeling, maar mogen niet uitmonden in een generieke ‘geen premie, geen pensioen’-regel. Algemene rechtsbeginselen, zoals redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid, bieden slechts in uitzonderlijke gevallen uitkomst.

Daarmee vraagt de problematiek vooral om een zorgvuldige balans. De bescherming van de individuele werkende blijft het uitgangspunt, maar die bescherming is niet onbeperkt wanneer de werkende zelf bewust en verwijtbaar aan de gekozen constructie heeft bijgedragen. Voor pensioenfondsen ligt de opgave daarom in het ontwikkelen van een zorgvuldig, transparant en casuïstisch beoordelingskader, waarin zowel de positie van de werkende als de belangen van het collectief voldoende worden meegewogen. In dit onderzoek hebben wij verschillende richtingen geschetst waarlangs pensioenfondsen deze uitzonderingsruimte met gerichte reglementaire bepalingen nader zouden kunnen vormgeven, zonder afbreuk te doen aan de systematiek en beschermingsgedachte van het pensioenstelsel.



Network for Studies on
Pensions, Aging and Retirement

Dit is een publicatie van Netspar
Augustus 2026

T +31 13 466 2109
E info@netspar.nl

netspar.nl