

# Bewijspositie bedrijfstakpensioenfondsen

## Over ambtshalve premienota's, reglementaire sancties, opsporingsplichten en verzwaarde stelplichten

TPV 2019/19

### 1. Inleiding

Valt een onderneming (werkgever) onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, dan leidt dat tot verplichtingen. Verplichtingen tot het betalen van premies en bijdragen. Maar ook verplichtingen het fonds in staat te stellen die premies en bijdragen vast te stellen en uitkeringen te doen. In dit artikel bespreek ik uit verplichte deelname volgende informatieplichten van een werkgever tegenover een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds (par. 2) en de consequenties van het niet verstrekken van die informatie (ambtshalve premievaststelling, par. 3, en reglementaire sancties, par. 4). In het verlengde daarvan ga ik in op het grijze gebied van onzekerheid over verplichte deelname en werkingssfeeronderzoek (par. 5). Het fonds zal moeten stellen, en bij betwisting moeten bewijzen, dat de werkgever onder zijn werkingssfeer valt (par. 6). Dat lijkt een betrekkelijk gunstige bewijspositie voor die werkgever. Specifieke onderzoeksbevoegdheden heeft het fonds niet. De werkgever beschikt bovendien over de meest precieze gegevens van zijn onderneming. De rechtspraak komt bedrijfstakpensioenfondsen tegen die achtergrond echter (flink) tegemoet. Dat terwijl het fonds ondertussen premies gebaseerd op een schatting kan invorderen.

Het eerste doel van dit artikel is in kaart brengen of – en op basis waarvan – een werkgever een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds moet informeren over zijn bedrijfsactiviteiten en zijn personeelsbestand. In het verlengde daarvan zal ik analyseren wat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen doen en kunnen doen indien informatie ontbreekt. Die analyse is instructief voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen bij de beoordeling welke informatie zij kunnen verkrijgen en hoe te handelen bij het ontbreken van die informatie. Ook geeft die analyse werkgevers een beeld van de mogelijke gevolgen van niet of niet juist of volledig informeren. Het tweede doel van dit artikel is structuur aanbrengen in de rechtspraak over stelplicht en bewijslast in kwesties over de beoordeling of een werkgever valt onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Deze structuur kan partijen betrokken bij degelijke procedures richting geven bij de afweging informatie te verstrekken en hun procespositie te bepalen.

### 2. Reglementaire informatieplichten

Premievorderingen van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds op een onderneming ontstaan van rechtswege.

Voorwaarde is dat de werkgever valt onder de werkingssfeer van dat fonds. Dat volgt uit art. 3 en 4 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, hierna Wet Bpf 2000. Het moment van de aanmelding van de onderneming of diens werknemers bij het pensioenfonds is niet bepalend, net zomin als het versturen van een nota door het fonds.<sup>2</sup>

Bedijfstakpensioenfondsen zijn voor het bepalen van de omvang van premievorderingen en het doen van uitkeringen aangewezen op informatie over werkgevers en hun werknemers. Het gaat dan om informatie als naam, adres en woonplaats van de werknemer, burgerservicenummer, geslacht, geboortedatum, datum in dienst, hoogte pensioengevend salaris – zie de koppeling aan het loon in art. 8 Wet Bpf 2000 –, deeltijdfactor, arbeidsongeschiktheid, gegevens partner (naam, geboortedatum en geslacht), de start en het einde van een periode van onbetaald verlof, inclusief het verlofpercentage, eventuele WIA-beschikkingen en afmelding bij einde dienstverband. Partijen zullen zelf moeten bepalen welke informatie nodig is.<sup>3</sup> In de praktijk definiëren pensioenuitvoerders – zoals pensioenfondsen en verzekeraars – welke informatie nodig is. Zo nemen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen in het door hen opgestelde uitvoeringsreglement voor werkgevers veelal de wat meer algemene plicht voor pensioenuitvoering benodigde informatie te verstrekken.<sup>4</sup> En in aanvulling daarop wordt dan vaak meer precies beschreven welke gegevens, op welke wijze en binnen welke termijnen verwacht worden. Meerdere pensioenfondsen – althans de uitvoerders van hun administratie – maken sinds 2017 gebruik van de zogenaamde Uniforme Pensioen Aangifte (UPA).<sup>5</sup> Dat is een standaard voor het digitaal uitwisselen van werknemer- en dienstverbandgegevens tussen werkgevers, administratiekantoren en pensioenuitvoerders. De UPA is deels gebaseerd op het loonaangiftebericht van de Belastingdienst en uitgebreid met pensioenspecifieke gegevenselementen. De UPA is ontwikkeld in opdracht van de Pensioenfederatie

<sup>1</sup> Mr. S.H. Kuiper is advocaat bij Van Doorne. De kopij van deze bijdrage is afgesloten op 31 mei 2019.

<sup>2</sup> HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588, NJ 2015/241, m.nt. Van Schilfgaarde; PJ 2015/74 (*Beherend vennoot Carlande/BPF Vervoer*). De Hoge Raad spreekt over 'het opleggen van aanslagen' door het fonds.

<sup>3</sup> Vergelijk het uitgangspunt in art. 25 lid 1 onderdeel c Pensioenwet dat partijen in de uitvoeringsovereenkomst opnemen de informatie die door de werkgever aan de pensioenuitvoerder wordt verstrekt.

<sup>4</sup> Vergelijk bijv. de reglementaire informatieplicht van BPF Beroepsvervoer over de weg zoals die blijkt uit Hof Arnhem-Leeuwarden 14 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4138.

<sup>5</sup> Uit cijfers van SIVI Kennis- en adviescentrum voor de verzekeringsindustrie, blijkt dat het eind eerste kwartaal 2019 ging om vijf pensioenuitvoeringsbedrijven en regelingen van tien pensioenfondsen waarvan de minderheid (vier) bestond uit op basis van de Wet Bpf 2000 verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Zie [www.sivi.org/wp-content/uploads/2019/03/20190312-Regelingenoverzicht-2019-UPA.xlsx](http://www.sivi.org/wp-content/uploads/2019/03/20190312-Regelingenoverzicht-2019-UPA.xlsx).

in samenwerking met pensioenuitvoeringsorganisaties en softwareontwikkelaars.<sup>6</sup>

Bedrijfstakingpensioenfonds zijn overigens niet volledig afhankelijk van werkgevers. Pensioenuitvoerders zoals bedrijfstakingpensioenfonds hebben namelijk toegang tot de basisregistratie personen en het UWV.<sup>7</sup>

Valt een werkgever onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakingpensioenfonds, dan dient de werkgever de in de reglementen beschreven informatie te verstrekken op grond van art. 4 Wet Bpf 2000.<sup>8</sup> Dat nalaten is een onrechtmatige daad. Mag de werkgever selecteren welke informatie hij wel en welke informatie hij niet verstrekt? Niet altijd. Zijn reglementaire informatieplicht zal het bedrijfstakingpensioenfonds niet hebben beperkt tot gegevens van werknemers die naar het oordeel van die werkgever voor pensioenopbouw in aanmerking komen. De vraag of de omvang van het salaris aan pensioenopbouw in de weg staat is daarmee een kwestie voor het fonds. Namelijk door op basis van complete informatie de verschuldigde premie vast te stellen.<sup>9</sup>

Het bedrijfstakingpensioenfonds mag zonder duidelijke aanleiding voor het tegendeel uitgaan van de juistheid van de door de werkgever verstrekte informatie.<sup>10</sup>

### 3. Ambtshalve premievaststelling

Wat indien de werkgever informatie niet verstrekt? Om dan toch pensioenrechten en aanspraken te kunnen vaststellen, nemen verplichtgestelde bedrijfstakingpensioenfonds in hun uitvoeringsreglement een bevoegdheid op tot amtsshalve vaststelling van de benodigde informatie. Effectief kan het fonds daarmee ook de premie (forfaitair) vaststellen. Een voorbeeld: het uitvoeringsreglement februari 2019 van Pensioenfonds Zorg & Welzijn kent een art. 3.5 dat als volgt luidt:

“1. Het pensioenfonds is bevoegd om de informatie, die nodig is voor de juiste uitvoering van de uitvoeringsovereenkomst, het uitvoeringsreglement en het pensioenreglement van het pensioenfonds, amtsshalve vast te stellen.

2. Het pensioenfonds maakt alleen gebruik van de bevoegdheid die in lid 1 wordt bedoeld, als de aangesloten werkgever schriftelijk is verzocht om de informatie aan het pensioenfonds te verstrekken en de aangesloten werkgever aan dit verzoek niet of niet volledig heeft voldaan.”

Dit geeft het fonds de bevoegdheid ontbrekende gegevens naar eigen inzicht te schatten en zo pensioenaanspraken en pensioenrechten bij benadering vast te stellen.

De wens – en soms zelfs plicht<sup>11</sup> – zal zijn die pensioenaanspraken en pensioenrechten alsnog meer precies vast te stellen wanneer de werkgever gegevens verstrekt. Het corrigeren van de administratie van de pensioenaanspraken en pensioenrechten is niet een praktijk zonder risico. Het pensioenfonds loopt incassorisico indien uitkeringen onverschuldigd zijn gedaan. Verrekening met toekomstige uitkeringen is daarvoor een oplossing. Een meer wezenlijk punt is dat niet valt uit te sluiten dat er inmiddels verplichtingen jegens de aanspraak- en pensioengerechtigden zijn ontstaan die effectieve correctie beperken over het verleden en voor de toekomst. Al wordt over het algemeen wel aangenomen dat fouten hersteld mogen worden door een verplichtgesteld bedrijfstakingpensioenfonds, ook het verleden.<sup>12</sup> Maakt een verplichtgesteld bedrijfstakingpensioenfonds gebruik van zijn reglementaire bevoegdheid premie amtsshalve vast te stellen, dan zal het fonds bij betwisting door de werkgever, de gehanteerde schatting inzichtelijk moeten maken en moeten onderbouwen.<sup>13</sup> Dat kan betekenen dat het fonds per factuur moet benoemen om welke werknemers het gaat, welke periode het betreft, wat het pensioengevend salaris en de daaruit volgende verschuldigde premie is. Zonder die specificatie kan bij betwisting van de premiefactuur van de werkgever niet altijd worden verwacht dat hij in het kader van zijn stellingen specificeert waarom de factuur onjuist is.<sup>14</sup> Soms is het inzichtelijk maken van de berekeningsmethode voldoende, bijvoorbeeld wanneer de werkgever beschikt over de (werknemer)gegevens om de premieberekening te controleren.<sup>15</sup> De werkgever die met weinig toelichting verlangt dat het fonds inzichtelijk maakt hoe het tot zijn schatting is gekomen, maakt niet veel kans. Het enkele betwisten van de gegevens waarvan het fonds bij zijn berekeningen is uitgegaan, volstaat niet.<sup>16</sup> Zo komt het voor dat een werk-

6 Zie [www.pensioenfederatie.nl/paginas/nl/openbaar/themas/pensioenuitvoering/upa](http://www.pensioenfederatie.nl/paginas/nl/openbaar/themas/pensioenuitvoering/upa); [www.sivi.org/standaarden/uniforme-pensioenaangifte/](http://www.sivi.org/standaarden/uniforme-pensioenaangifte/); P.P.R. van Puijvelde, H.A.R. de Graaf & T.J. Wijffels, ‘De uniforme pensioenaangifte: samenwerken voor een betaalbaar pensioen’, *PensioenMagazine* 2013/83, p. 30-32.

7 Zie art. 37, 50 lid 2, 93 en 94 PW en art. 3.1 en 3.3 Wet basisregistratie personen en art. 39 Besluit basisregistratie personen. Zie ook de Verzamelbrief Pensioenonderwerpen SWZ d.d. 28 januari 2019 (SZW referentie 2019-0000006659); het idee is om de toegang tot de basisregistratie personen ten aanzien van personen die in het buitenland wonen niet langer te beperken tot personen die de AOW-gerechtigde leeftijd nog niet hebben bereikt.

8 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2869, *PJ* 2014/85, m.nt. B. Degelink; Hof Arnhem-Leeuwarden 11 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8124; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8322, *PJ* 2018/174. Zie voor een aardig voorbeeld van gewijzigde bedrijfsactiviteiten en het tegen die achtergrond gehouden zijn aan reglementaire informatieplichten voor de werkgever, Rb. Utrecht 2 februari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK4680, *PJ* 2010, 101, m.nt. W. van Heest.

9 Rb. Noord-Holland 15 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2905, *PJ* 2016/114, m.nt. B. Degelink.

10 Hof Amsterdam 8 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3250, *PJ* 2015/141.

11 Rb. Amsterdam 6 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2988 (Pensioenfonds moet alsnog premie berekenen op basis van verloonde uren nadat werkgever daartoe strekkende administratie beschikbaar stelt).

12 Over dit thema is veel en genuanceerde rechtspraak. Ik volsta met een verwijzing naar een enkel voorbeeld waar dit principe van fouterstel door een verplichtgesteld bedrijfstakingpensioenfonds werd aangenomen, maar er toch een schadevergoedingsplicht was: Hof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7351. Zie in meer algemene zin ook de (bekritiseerde) stellingen van minister Koolmees (Sociale Zaken en Werkgelegenheid) inzake het terugvorderen van partnerpensioen verwerkt in de administratie van pensioenfonds ABP na het aanleveren van foutieve informatie door de Sociale Verzekeringsbank: Kamervragen (*Aanhangsel Handelingen Tweede Kamer*), 2018/19, 2168.

13 Hof Arnhem 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY0603; Hof Den Haag 14 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1862.

14 Hof Den Haag 14 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1862; Rb. Noord-Holland 15 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2905, *PJ* 2016/114, m.nt. B. Degelink.

15 Rb. Rotterdam 12 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3539, *PJ* 2017/96.

16 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8124.

gever moet motiveren waarom de ambtshalve nota onjuist is gezien het aantal werknemers en de door hen ontvangen salarissen.<sup>17</sup> Dat ligt ook wel in lijn met de hierna in par. 6 te bespreken verzwaarde stelplicht van een werkgever in de context van het werkingsfeeronderzoek. De werkgever zal namelijk over de gegevens beschikken die nodig zijn voor een accurate berekening. De schatting van het fonds hoeft niet nauwkeurig te zijn en mag uitgaan van voor de nalatige premieplichtige ongunstige premisses.<sup>18</sup> De gedachte daarbij is dat de nota voor een deel ook de werking van een ultieme aansporing mag hebben en dat het niet lonend mag zijn om het op een ambtshalve nota te laten aankomen. Uit die jurisprudentie volgen ook ruime proportionaliteitsgrenzen waarbinnen het fonds moet blijven bij het opstellen van de nota: er mag geen sprake zijn van een aperte wanverhouding tussen de ambtshalve nota en het vermoedelijke daadwerkelijk verschuldigde bedrag.<sup>19</sup>

#### 4. Reglementaire sancties

Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen combineren de methodiek van het ambtshalve vaststellen van de verschuldigde premie met reglementaire bevoegdheden rente, boetes en aanmaningskosten in rekening te brengen.<sup>20</sup> Rente, boetes en kosten kan het fonds invorderen bij dwangbevel op grond van art. 21 lid 1 Wet Bpf 2000. Het fonds is redelijk vrij de omvang van deze bedragen te bepalen. De omvang van de boete en aanmaningskosten (waaronder invorderingskosten) relateren aan de geschatte premie – en niet de op basis van later verstrekte meer accurate informatie berekende premie, ook wanneer die lager blijkt te zijn – wordt toegestaan.<sup>21</sup> In uitvoeringsreglementen wordt wel vastgelegd dat er geen plicht is tot premierestitutie indien de werkgever daarom verzoekt.<sup>22</sup> Dat wordt wel gecombineerd met reglementaire (forfaitaire) vergoeding of schadevergoeding. Die (schade)vergoeding wordt gespecificeerd in de uitvoeringsreglementen. Bijvoorbeeld als een vergoeding voor de kosten van het fonds voor het vergaren van gegevens. Of bijvoorbeeld als een vergoeding van schade gelijk aan de uitkeringen die het pensioenfonds onvoorzien moet doen aan personen waarvan de werkgever onvolledige, verkeerde of niet-tijdige informatie heeft aangeleverd. Sommige uitvoeringsreglementen hanteren daarnaast nog een ruime (in het uitvoeringsreglement opgenomen) vrijwaring door de werkgever van een pensioenfonds. Namelijk een vrijwaring die zich richt op alle

financiële gevolgen die zijn ontstaan doordat de werkgever geen, onvolledige of verkeerde informatie aan het fonds heeft verstrekt.<sup>23</sup>

Het niet door een pensioenfonds verstrekken van een specificatie van de kosten voor het vergaren van informatie, staat op voorhand in de weg aan de verschuldigdheid van een reglementair bepaalde (forfaitaire) vergoeding daarvoor.<sup>24</sup> Maar kan het niet aanzienlijk eenvoudiger? Bijvoorbeeld door aan niet-aanmelding de consequentie te verbinden dat een pensioenaanspraak of een pensioenrecht niet ontstaat? Een vraag die vooral op zal komen als de betreffende werkgever geen verhaal biedt.<sup>25</sup> De mogelijkheden voor fondsen zijn beperkt. In het *Labots*-arrest oordeelde de Hoge Raad dat een pensioenaanspraak een zelfstandig (voorwaardelijk) vermogensrecht is dat ontstaat rechtstreeks vanwege het vervuld zijn van de in het pensioenreglement daartoe gestelde voorwaarden en niet doordat een bedrijfstakpensioenfonds bepaalde prestaties jegens de rechthebbende verricht.<sup>26</sup> Daardoor was in het betreffende geval het ontstaan van pensioenaanspraken niet (ook nog) afhankelijk van een daartoe strekkende handeling van (het bestuur van) het bedrijfstakpensioenfonds, zoals een toekenning of administratie van de pensioenaanspraken.<sup>27</sup> Volgt uit dit arrest ook dat de omvang van de pensioenaanspraken of pensioenrechten niet mag worden beperkt omdat het fonds niet of niet volledig is geïnformeerd of niet bekend is met deelnemers? Niet noodzakelijkerwijs. In cassatie stond namelijk vast dat het pensioenreglement niet een voorbehoud of beding bevatte met als inhoud 'geen premie, geen pensioen', ook niet in de vorm van een beding strekkend tot verval van rechten en aanspraken. Over de vraag of een dergelijk reglementair beding toelaatbaar zou zijn, heeft de Hoge Raad daarmee niet beslist. Heeft zo'n beding goede kans stand te houden? Dat denk ik niet. Dat het risico op wanbetaling door de werkgever op het bedrijfstakpensioenfonds rust, werd in cassatie bij de uitleg van het voorliggende reglement (nogmaals: zonder een 'geen premie, geen recht'-beding) een aanneemelijk rechtsgevolg geacht.<sup>28</sup> Daar komt bij dat toezicht-

17 Rb. Noord-Nederland 15 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4935, *PJ* 2017/9, m.nt. M.C.W. Tomeij.

18 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2869, *PJ* 2014/85, m.nt. B. Degelink; Hof Arnhem 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY0603.

19 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2869, *PJ* 2014/85, m.nt. B. Degelink; Hof Arnhem 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY0603.

20 Zie voor een recent voorbeeld Rb. Midden-Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2294 en Rb. Midden-Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2295.

21 Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1856, *PJ* 2015/103.

22 Vergelijk art. 3.6 lid 2 van het eerder aangehaalde uitvoeringsreglement van Pensioenfonds Zorg & Welzijn.

23 Deze elementen (zij het niet allemaal gecombineerd) komen bijvoorbeeld voor in de uitvoeringsreglementen van de vijf grootste fondsen (naar belegd vermogen). Zie het uitvoeringsreglement ABP van 2019, PFZW van 2019, PMT van 2019, PME (versie april 2016 gehanteerd in 2019), uitvoeringsreglement Bouwnijverheid per 1 januari 2019.

24 Hof Amsterdam 12 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3723, *PJ* 2017/162.

25 In andere gevallen kan ik me er minder bij voorstellen: het zou wel eens een betrekkelijk laagdrempelige manier van ontduiken van verplichte deelname kunnen opleveren.

26 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462, *NJ* 2012/93; *JAR* 2012/70, m.nt. S.H. Kuiper; *PJ* 2012/39, m.nt. Gommer.

27 Dat dit eigen is voor een verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenfonds en bijvoorbeeld niet geldt bij verzekerde regeling, concludeerde Rechtbank Midden-Nederland (Rb. Midden-Nederland 3 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5365, *PJ* 2015/158).

28 Overigens geeft Hof Amsterdam het arrest waartegen cassatie is ingesteld duidelijk richting, namelijk: een dergelijk beding is niet toelaatbaar c.q. er is geen ruimte om een dergelijk beding in het reglement te lezen. Zie r.o. 4.17 van het arrest van het hof zoals dat blijkt uit *NJ* 2012/93. Het hof legt de reglementaire voorwaarde dat voor de vaststelling van de pensioenaanspraken in het geval waarin geen premie is afgedragen van belang kan zijn of de werkgever de werknemersbijdrage (wel of niet) op het loon van de deelnemer heeft ingehouden aldus uit dat het in een dergelijk geval bij de deelnemer bestaande gerechtvaardigde vertrouwen wordt beschermd, dat pensioenaanspraken bij een bedrijfstakpensioenfonds worden opgebouwd.

houder De Nederlandsche Bank zich actief verzet tegen reglementaire bedingen op grond waarvan een uitkering wordt verminderd – waar ik dan ook maar toe reken, ondanks dat het iets anders is, het in het geheel niet ontstaan van een recht op een uitkering – wanneer de werkgever niet voldoet aan zijn informatieplicht.<sup>29</sup> Daar komt ook nog bij dat het uitgangspunt ‘geen premie, geen recht’ zich niet *zonder meer verdraagt* met de regeling van verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds zoals neergelegd in de Wet Bpf 2000.<sup>30</sup>

## 5. Werkingsfeeronderzoek

Tot nu toe ging dit artikel over de werkgever die onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds valt. Dan gelden voor deze werkgever de reglementen van dat bedrijfstakpensioenfonds. Bovendien rust op de werkgever een beginselplicht tot aanmelding, premiebetaling en bijdragebetaling, zowel tegenover het fonds<sup>31</sup> als tegenover de werknemers.<sup>32</sup> Niet in de laatste plaats omdat er onduidelijkheid kan zijn – en dat speelt vooral aan de kant van de pensioenfonds – over de activiteiten van een onderneming, die ook nog wel eens zullen wijzigen.<sup>33</sup> Daar komt nog bij – en over die aspecten heb ik het hierna overigens niet – dat a. werkgevers en bedrijfstakpensioenfonds niet altijd de weg weten te vinden in de mogelijke verplichtingen tot aansluiting<sup>34</sup> en b. er veel onduidelijkheid kan zijn over hoe een werkingssfeerbepaling uit te leggen. Al jaren is de uitleg van werkingssfeerbepalingen het onderwerp van vele cassatieprocedures in het civiele pensioendomein. Bedrijfstakpensioenfonds plegen te onderzoeken of er ondernemingen binnen de werkingssfeer actief zijn die nog niet zijn aangesloten. Een gehanteerde onderzoeksmethode is het toesturen – bijvoorbeeld na een signaal uit de markt en wellicht na het raadplegen van de website van een onderneming en de registers van de Kamer van Koophandel – van een formulier met vragen over de bedrijfsactiviteiten van een onderneming. Het fonds beoordeelt vervolgens op basis van dat retour ontvangen formulier of er redenen zijn voor aansluiting (het opne-

men in de administratie van het fonds) van de werkgever.<sup>35</sup> Dat kan, bijvoorbeeld bij een toegelicht en onderbouwde beslissing van het fonds, soms ook zonder het achterliggende onderzoeksrapport openbaar te maken.<sup>36</sup> Het bedrijfstakpensioenfonds mag zonder duidelijke aanleiding voor het tegendeel uitgaan van de juistheid van de door de werkgever verstrekte informatie.<sup>37</sup> Werkingssfeeronderzoek moet nadrukkelijk worden onderscheiden van nalevingsonderzoek of het aanleveren van informatie benodigd voor het vaststellen van pensioenrechten en pensioenaanspraken. Bij werkingssfeeronderzoek staat niet vast dat een onderneming valt onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Het onderzoek is op vaststelling daarvan gericht. Nalevingsonderzoek is daarentegen gericht op de vraag of de statuten en reglementen van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds worden nageleefd.<sup>38</sup> Is er gerede twijfel over de vraag of de onderneming onder de werkingssfeer valt, dan kan dat ook betekenen dat het fonds zijn belang bij werkingssfeeronderzoek nader moet toelichten.<sup>39</sup> Een uitdrukkelijke verplichting tot het doen van onderzoek naar de vraag of er ondernemingen binnen de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds actief zijn, kent de Wet Bpf 2000 niet. Aan de andere kant nam Hof 's-Hertogenbosch, in een werkingssfeerkwesitie in de sector metaal en techniek, in aanmerking ‘dat het pensioenfonds de taak – en dus de eigen verantwoordelijkheid – heeft het verplichtstellingsbesluit uit te voeren en daartoe zelfstandig dient na te gaan of aan de werkingssfeer is voldaan en [...] dat het pensioenfonds het recht heeft de voor die uitvoering noodzakelijke gegevens bij werkgevers [...] op te vragen of te vorderen.’<sup>40</sup> De consequenties van dat niet doen, zag dit hof vooral in de bewijsrechtelijke sfeer: door een en ander niet na te gaan, was het fonds niet in staat voldoende specifiek te stellen dat de betreffende werkgever onder de werkingssfeer viel. Een taakaansluiting te bewerkstelligen is aangenomen door Hof Den Haag:

“Het behoort tot de taak van [het bedrijfstakpensioenfonds] om te bewerkstelligen dat alle personen die onder de reikwijdte van de verplichtstelling vallen bij haar als deelnemer in de betreffende door haar uitgevoerde regeling worden aangemeld en dat de ter zake verschul-

29 DNB Q&A 01153 d.d. 3 november 2017, [www.toezicht.dnb.nl/3/50-224396.jsp](http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-224396.jsp).  
 30 Zie daarover par. 5 hierna.  
 31 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3886, *PJ* 2017/130, m.nt. E. Lutjens; Rb. Rotterdam 11 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9099; Rechtbank Noord-Nederland 15 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4935, *PJ* 2017/9, m.nt. M.C.W. Tomeij.  
 32 Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD3912.  
 33 Wijziging de bedrijfsactiviteiten van een onderneming, dan kan het gevolg daarvan zijn dat de onderneming niet langer onder de werkingssfeer van het fonds valt. Premies zijn dan mogelijk onverschuldigd betaald. Doet de werkgever op onverschuldigde betaling een beroep, dan kan het niet-melden van gewijzigde bedrijfsactiviteiten aan het fonds daaraan in de weg staan. De gedachte is dat de werkgever die gewijzigde activiteiten moet melden, omdat de werkgever als geen ander op de hoogte is van de activiteiten van de door haar gevoerde ondernemingen. Vergelijk Hof Den Haag 14 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1871, *PJ* 2015/140.  
 34 Het is wel aangenomen dat een werkgever zich zo nodig dient te laten adviseren over aansluiting, waarbij het, ook bij het verrichten van die inspanningen, niet tot juiste conclusies kunnen komen of het per abuis aanmelden bij een ander verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds wellicht soms een verzachtende omstandigheid kan zijn in het geval van aansluiting met terugwerkende kracht, in die zin dat het grond kan zijn voor een succesvol beroep door de werkgever op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, zie Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5246.

35 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 8 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3250, *PJ* 2015/141 en Rb. Midden-Nederland 19 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6563.  
 36 Rb. Noord-Nederland 15 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4935, *PJ* 2017/9, m.nt. M.C.W. Tomeij. In hoger beroep heeft het fonds bij gelegenheid van de pleidooien meegedeeld geen bezwaar te hebben tegen een aan hem te geven bevel, als door de werkgever verzocht, tot het in het geding brengen van het onderzoeksrapport, althans van de vastlegging van de uitkomsten van zijn nader onderzoek. Het hof gaf vervolgens een dergelijk bevel. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 14 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4138.  
 37 Hof Amsterdam 8 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3250, *PJ* 2015/141.  
 38 Zie vergelijkbaar over dit onderscheid tussen werkingssfeeronderzoek en nalevingsonderzoek in het domein van een algemeen verbindend verklaarde cao Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:670, *JAR* 2015/69.  
 39 Hof Den Haag 6 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1513, *PJ* 2017/111, vanwege het feitelijk karakter van dit oordeel komt dit onderdeel van 's hofs arrest in cassatie – het cassatieberoep slaagt (HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363, *NJ* 2019/29) – niet aan de orde.  
 40 Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ1268.

digde premies worden voldaan. Daarbij is van belang dat het gaat om een regeling voor de gehele in de verplichtstelling afgebakende sector, zulks (onder meer) ten behoeve van onderlinge solidariteit binnen die sector. Die solidariteit wordt gerealiseerd via het creëren van een zo groot mogelijk draagvlak en financiering van de regeling door middel van een zgn. doorsneepremie [...].<sup>41</sup>

Het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dat werkgevers niet aansluit, loopt premie-inkomsten mis. Daarnaast loopt het fonds het risico uitkeringen te moeten doen, ook als geen premies zijn voldaan.<sup>42</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden leidde uit de parlementaire geschiedenis van de Pensioenwet af 'dat het uitgangspunt "geen premie, geen recht" zich niet *zonder meer verdraagt* (cursivering toegevoegd) met de regeling van verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds zoals neergelegd in de Wet Bpf 2000.<sup>43</sup> De personen voor wie wel premies zijn betaald, dragen de lasten. Daarmee hebben verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds een groot belang bij het traceren van werkgevers, in ieder geval met het oog op risicobeheersing, overwoog ook A-G Timmerman bij de Hoge Raad.<sup>44</sup>

Dat er vanuit een oogpunt van risicobeheer belang kan zijn bij het traceren van werkgevers, maakt traceren door verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds nog geen plicht. In algemene zin wordt niet gevergd van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds dat zij met enige regelmaat de registers van de Kamer van Koophandel doornemen om te beoordelen of er (nieuwe) bedrijven zijn die vallen onder hun werkingssfeer.<sup>45</sup> Dat overigens nog afgezien van de betrouwbaarheid van de resultaten van een dergelijke exercitie. Eveneens is wel aangenomen dat een onderzoeksplicht van het bedrijfstakpensioenfonds in de periode na een op zich correcte inschrijving of aansluiting niet kan worden aangenomen, binnen noch buiten het kader van de Wet Bpf 2000.<sup>46</sup>

Een inspanningsplicht voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds een werkgever of concrete personen bij een werkgever aan te sluiten kan er wel zijn bij daadwerkelijke kennis van wanbetaling. In dat geval zal het fonds tot actie over moeten gaan, althans zich daarvoor moeten inspannen.<sup>47</sup> Maar die inspanningsplicht is niet een plicht

tot het doen van onderzoek naar mogelijk aangesloten werkgevers die niet zijn aangemeld.<sup>48</sup>

Daar komt nog bij dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds ook geen specifieke opsporingsbevoegdheden zijn toegekend in de Wet Bpf 2000 of anderszins in de pensioenwetgeving.<sup>49</sup> Wel voorziet art. 21 Wet Bpf 2000 in de mogelijkheid onbetaald gebleven pensioenpremies met een dwangbevel bij de werkgever te innen. Worden premies niet afgedragen, dan is bovendien met art. 23 Wet Bpf 2000 voorzien in een regeling van bestuurdersaansprakelijkheid. Daarmee ligt het accent in de pensioenwetgeving niet zozeer op de opsporing van werkgevers, maar op de sanctionering van het niet aannemen van werknemers en het niet afdragen van premies. Dat pleit niet voor het aannemen van een opsporingsplicht voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds. Dit overigens nog los van de vraag wat de rechtsgevolgen zouden moeten zijn als een fonds in die plicht verzaakt.

## 6. Stelplicht en bewijslast bij onzekerheid aansluitplicht

Bij het ontbreken van wettelijke opsporingsbevoegdheden is het de vraag of een bedrijfstakpensioenfonds zich tegenover de werkgever kan beroepen op reglementaire onderzoeksbevoegdheden of informatieplichten. Eerder bleek dat een werkgever uitsluitend is gebonden aan de reglementen van het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, en daarmee aan de daarin opgenomen informatie en medewerkingsplichten, als hij onder de werkingssfeer valt. Of de werkgever onder de werkingssfeer van het fonds valt, zal niet altijd bekend zijn. Het fonds zal daarnaar dan onderzoek kunnen doen.

Daarmee doet zich de vraag voor wat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds minimaal moet stellen en bij betwisting moet bewijzen over de feiten die de vraag betreffen of een werkgever onder de werkingssfeer valt. En ook roept het de vraag op wat van de werkgever mag worden verwacht bij betwisting van de stelling van het fonds.

Vooropgesteld: er gelden in dit domein van verplichte deelname en aansluiting van werkgevers geen bijzondere wettelijke bewijsregels. De partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van het vallen onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds draagt de bewijslast van de door haar gestelde feiten die voor de beoordeling van de ingeroepen rechtsgevolgen noodzakelijk is. Dat volgt uit art. 150 Rv. Vraagt een werkgever bijvoorbeeld een verklaring voor recht dat hij niet onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds valt, dan zal deze werkgever de voor beoordeling daarvan relevante feiten – bijvoorbeeld de aard van zijn onderneming, de verrichte werkzaamheden van bepaalde afdelingen, omzetcijfers, personeelsgege-

41 Hof Den Haag 26 augustus 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU3151, JAR 2005/249.

42 Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 63; Kamerstukken II 2005/06, 30413, 17, p. 44; Kamerstukken II 2005/06, 30413, 24, p. 25; Kamerstukken I 2006/07, 30413, C, p. 14-15; Kamerstukken I 2006/07, 30413 en 30655, E, p. 5; Hof 's-Hertogenbosch 26 oktober 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:BB4878, PJ 2009, 81, m.nt. S.H. Kuiper.

43 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3196, PJ 2014/86.

44 In die zin L. Timmerman in zijn conclusie van 17 juni 2016, ECLI:NL:PHR:2016:533, bij HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2170, PJ 2016/155.

45 Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7254, PJ 2015/174, m.nt. Lutjens; zie in hoger beroep Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3886, PJ 2017/130, m.nt. E. Lutjens.

46 Hof Den Haag 14 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1871, PJ 2015/140.

47 Hof 's-Hertogenbosch 26 oktober 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:BB4878, PJ 2009, 81, m.nt. S.H. Kuiper. Zie in die zin ook V. Gerlach, 'Ten onrechte niet deelnemen aan een bedrijfstakpensioenfonds en niet toepassen van een cao', *Pensioen & Praktijk*, 2010, nr. 11, p. 6-14 en H. Tachkirt & K.Y. Lau, 'Pensioenpremies niet betaald, toch pensioen?', *PensioenMagazine* 2010/71.

48 Daar heeft de casus van Hof 's-Hertogenbosch geen betrekking op. De zaak onderstreept wel het belang bij het opsporen van die werkgevers. Zie anders K. Borchert-Vriend, 'Aansluiting met terugwerkende kracht bij verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds', *Pensioen & Praktijk*, 2010, nr. 7, p. 11-19.

49 Vanzelfsprekend kan een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds wel gebruikmaken van meer generieke bevoegdheden, zoals het inzagerecht/exhibitieplicht van art. 843a Rv.

vens enz. – moeten stellen en bij betwisting moeten bewijzen. En de onderneming waarvan vaststaat dat deze onder de werkingssfeer van het fonds valt, maar geen werknemers in dienst heeft en meent dat hij daarom geen werkgever is in de zin van de Wet Bpf 2000, zal dat moeten stellen en bij betwisting moeten bewijzen.<sup>50</sup>

Vraagt daarentegen het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds een verklaring voor recht dat de werkgever wél gebonden is aan het verplichtstellingsbesluit, of vordert het fonds nakoming van gestelde premiebetalingverplichtingen, dan zal het fonds de voor de beoordeling van de door het fonds ingeroepen rechtsgevolgen relevante feiten moeten stellen en bij betwisting moeten bewijzen.<sup>51</sup> Een uitgangspunt dat ook geldt bij invordering van premies bij dwangbevel: het ligt op de weg van het pensioenfonds voldoende feiten te stellen, en zo nodig te bewijzen, waaruit kan worden afgeleid dat een werkgever verplicht diende deel te nemen aan het pensioenfonds en daarom premienota's moet betalen.<sup>52</sup> Dan is het dus het fonds dat zaken moet stellen en bewijzen als de aard van de onderneming van de werkgever, verrichte werkzaamheden, omzetcijfers, personeelsgegevens enz.

In deze werkingssfeer en premiekwesties zijn gegevens over de werkgever cruciaal. Het zal duidelijk zijn dat bij uitstek de werkgever daarover beschikt en het fonds niet, althans in ieder geval niet in dezelfde mate, toegang tot die gegevens heeft. Het fonds is dus al snel afhankelijk van de openheid die de werkgever betracht. Daarmee lijkt het redelijk dat van de werkgever mag worden verwacht dat hij die gegevens overlegt om zijn verweer te staven. Bovendien zou bewijslevering door het fonds van die feiten een zodanig zware last met zich kunnen brengen zij geen recht doet aan de rechtsbescherming beoogd met de reguliere bewijslastverdeling.<sup>53</sup>

De afhankelijkheid van de openheid van de werkgever leidt ertoe dat bij betwisting van stellingen van het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds al snel een verzwaarde motiveringsplicht (verzwaarde stelplicht) wordt aangenomen door de werkgever ten aanzien van het door hem te voeren verweer.<sup>54</sup> Het niet verstrekken van de informatie over de aard en inhoud van bedrijfsactiviteiten kan leiden tot het oordeel dat de werkgever de stelling van

het bedrijfstakpensioenfonds onvoldoende (onderbouwd) heeft weersproken, waardoor aan bewijslevering van het fonds niet meer wordt toegekomen.<sup>55</sup> Ook in het geval van het invorderen van premies bij dwangbevel kan een werkgever niet snel volstaan met een blote betwisting van de aansluitplicht.<sup>56</sup> Het doel – en in ieder geval het effect – hiervan is beïnvloeding van het bewijsrisico. Het bewijsrisico voor het fonds wordt verlicht: op het fonds rust nog steeds de bewijslast, maar dat de door het fonds betrokken stellingen of het door het fonds geleverd bewijs onvoldoende is wordt minder snel aangenomen vanwege de zwaardere eisen die gesteld worden aan de werkgever.

Ik geef enkele voorbeelden. De verzwaarde stelplicht voor de werkgever kan betekenen dat de werkgever gemotiveerd stellingen moet betrekken over de duur van het dienstverband van specifieke werknemers (bijv. langer of korter dan 26 weken in dienst als dat maatgevend is voor het vallen onder de verplichtstelling).<sup>57</sup> Het kan betekenen dat de werkgever inzage moet geven in contracten met zijn opdrachtgevers.<sup>58</sup> Tegenonderzoek door de eigen accountant van de werkgever volstaat niet vanzelfsprekend; onafhankelijk onderzoek kan nodig zijn.<sup>59</sup> Het niet verstrekken van gegevens vanwege het niet bewaard hebben daarvan kan niet zonder meer aan het fonds worden tegengeworpen.<sup>60</sup> Voordat een rechter echter toekomt aan de vraag of en welke zaken de werkgever moet stellen – verzwaarde motiveringsplicht of niet – zal het fonds zijn stellingen deugdelijk moeten onderbouwen. Zonder verzwaarde motiveringsplicht komt de rechter niet toe aan de beoordeling of de werkgever de vordering voldoende heeft betwist. De rechter heeft binnen art. 149 Rv een ruime mate van vrijheid te beoordelen of een bedrijfstakpensioenfonds voldoende feiten heeft gesteld.

De rechtspraak op pensioenterrein loopt op dit punt uiteen.<sup>61</sup> Het fonds dat niet stelde waarom het de feitelijke werkplek van bepaalde werknemers niet zelf kan achterhalen, stelde onvoldoende om te komen tot een plicht voor de werkgever om daarover verdere informatie te verschaffen.<sup>62</sup> In een geval waarin van belang was of meer dan 50% van de omzet of van het totale aantal arbeidsuren met glaszetten (of de combinatie schilderen/glaszetten) was gemoeid, stelde het bedrijfstakpensioenfonds onvoldoende door zich te beroepen op het handelsregister waarin 'schilderen en glaszetten' als hoofdactiviteit was vermeld. Het feit dat het fonds tevens een bewijsaanbod deed, stelde dat uit bepaalde brieven bepaalde werkzaamheden bleken en dat een van de vennoten als schil-

50 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2869, *PJ* 2014/85, m.nt. B. Degelink.

51 Vergelijk Rb. Breda 2 maart 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:5987; Hof Amsterdam 12 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3723, *PJ* 2017/162; Hof 's-Hertogenbosch 26 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4175, *PJ* 2017/163.

52 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7363, *PJ* 2013/197.

53 Vergelijk langs de lijn de voorbeelden uit het merkrecht, arbeidsrecht en het beroepsaansprakelijkheidsrecht in *Asser Procesrecht/Asser* 3 2017/307.

54 Hof Amsterdam 12 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3723, *PJ* 2017/162. Derksen en Ter Horst hebben dit ook afgeleid uit Hof Den Haag 18 augustus 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK1471, zie R. Derksen & A. ter Horst, 'Bewijslastverdeling rond de verplichte aansluiting', *PensioenMagazine* 2014/147. Zie anders Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ1268. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 14 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4138, waarin het pensioenfonds zich op het standpunt stelde dat op de werkgever een verzwaarde stelplicht rustte maar het hof niet met zoveel woorden die conclusie overnam, maar materieel wel een dergelijke invulling aan de verplichtingen van de werkgever geeft.

55 Hof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1124.

56 Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BE0021; Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7363, *PJ* 2013/197.

57 Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BE0021.

58 Hof Amsterdam 12 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3723, *PJ* 2017/162.

59 Vergelijk Rb. Breda 2 maart 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:5987.

60 Rb. Noord-Holland 15 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2905, *PJ* 2016/114, m.nt. B. Degelink. Wanneer een werkgever een verplichting tot aansluiting niet betwist en aanvoert dat hij feitelijk die gegevens niet kan verstrekken (een bevrijdend verweer) dient de werkgever dat bij afdoende betwisting te bewijzen, vergelijk Rb. Rotterdam 8 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2077, *PJ* 2018/94.

61 R. Derksen & A. ter Horst, 'Bewijslastverdeling rond de verplichte aansluiting', *PensioenMagazine* 2014/147.

62 Hof Den Haag 18 augustus 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK1471.

der/glaszetter een bedrijf is begonnen, maakte dat niet anders. De werkgever kon volstaan met een blote betwisting, ondanks het bewijsaanbod van het fonds en enkele bijkomende omstandigheden (brieven, nieuwe betrekking venoot) waaruit schilder en glaszetactiviteiten zouden blijken.<sup>63</sup> In een ander geval mocht het fonds bij het ontbreken van een gemotiveerde betwisting er echter van uitgaan dat de duur van het dienstverband van het personeel lang genoeg was om onder de werkingssfeer van de verplichtstelling te vallen.<sup>64</sup> En in nog weer een ander geval werd na een afdoende onderbouwde betwisting door de werkgever geoordeeld dat nader onderzoek werd verwacht van het fonds, dat zich had beperkt tot algemene (website)gegevens over de onderneming.<sup>65</sup>

Toch denk ik wel enige lijn in deze rechtspraak te kunnen aanbrengen: het is aan de werkgever feiten op te helderen als dat kan bijdragen aan correcte beoordeling van het conflict, bij op zichzelf niet op voorhand onaannemelijke stellingen van het pensioenfonds omtrent toepasselijkheid van (onder meer) de verplichtstelling. Die lijn komt tot uitdrukking in een recent arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>66</sup> waarin het hof overwoog:

“Het belang van de waarheidsvinding en het belang van een voortvarende vaststelling van de waarheid (vergelijk art. 20 Rv en art. 6 EVRM) verdraagt zich niet met de beperkte opvatting van [de onderneming] over de plicht om mee te werken aan het inbrengen van stukken. Hoewel de informatie hier van belang zich in hoofdzaak onder haar bevindt, heeft [de onderneming] zich immers beperkt tot de stelling dat het aan het Pensioenfonds is om de feiten te stellen en te bewijzen. Deze opvatting leidt er al snel toe dat feiten onopgehelderd blijven en stukken onbekend blijven die kunnen bijdragen aan een correcte beoordeling van het geschil, waarna bij voortgang van de procedure alsnog relevante feiten en/of stukken kunnen blijken en vervolgens feitelijke stellingen (moeten) worden aangepast/aangevuld, waarover nader debat gevoerd moet worden. Het hof acht deze opvatting van [de onderne-

ming] niet in overeenstemming met artikel 21 Rv en de daaruit voor haar voortvloeiende verplichtingen.”

Hiermee maakt het hof gebruik van de mogelijkheid om aan de motivering van de betwisting door de ondernemer eisen te stellen en de zaak (nog) niet af te doen op basis van een beslissing over de bewijslastverdeling.<sup>67</sup> De mogelijkheid voor het fonds terzake de betreffende stukken inzage, afschrift of uittreksel te verkrijgen op grond van art. 843a Rv laat ik hier onbesproken, behoudens de opmerking dat de ratio voor het verlenen van inzage met de hiervoor besproken verzwaarde motiveringsplicht in hoge mate gegeven lijkt te zijn.

Ik voeg daar nog aan toe dat bij de beoordeling van een vrijstellingsverzoek, de bestuursrechter de vraag kan opwerpen of de betrokken werkgever onder de werkingssfeer valt. Wanneer het pensioenfonds daarnaar onvoldoende onderzoek heeft gedaan, kan dat erin resulteren dat een besluit tot vrijstelling wordt vernietigd omdat het niet berust op zorgvuldig onderzoek.<sup>68</sup> Al is het de vraag of deze rechtspraak inmiddels is achterhaald. Immers, de bestuursrechter pleegt inmiddels bij een beoordeling van een vrijstellingsbesluit hangende onzekerheid over de plicht tot aansluiting voorshands uit te gaan van verplichte deelneming. Het verzoek om vrijstelling wordt dan opgevat als een voorwaardelijk verzoek om vrijstelling, te weten ingediend onder de voorwaarde dat er een verplichte deelneming bestaat.<sup>69</sup> Dit is niet noodzakelijkerwijs een tegenstelling: het voorshands aannemen van verplichte deelneming laat onverlet dat de vrijstelling kan zijn gebaseerd op onzorgvuldigheden met de gevolgen van dien. Een enkele keer is overigens ook aangenomen dat het niet door een werkgever verstrekken van gegevens niet alleen in de bewijsrechtelijke sfeer consequenties heeft, maar ook daarbuiten. In 2011 oordeelde Hof 's-Hertogenbosch:

“de werkgever die werknemers in dienst heeft die betrokken zijn bij [de bedrijfstak waarvoor het pensioenfonds was verplicht gesteld], en van wie op goede gronden wordt vermoed dat hij aan het werkingssfeercriterium voldoet, zou onrechtmatig handelen indien hij weigert de daarvoor relevante gegevens aan het pensioenfonds te verstrekken. De maatschappelijke zorgvuldigheid brengt immers mee dat de werkgever die gegevens verstrekt.”<sup>70</sup>

Die gedachtelijn volgend, resulteert het niet-informeren door de werkgever van het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds in een onrechtmatige daad. Staat een deelnameplicht vast, dan lijkt mij dit in algemene zin wel juist. Anderzijds maakt het enkele vermoeden van voldoen aan het werkingssfeercriterium nog niet dat sprake

63 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7363, PJ 2013/197.

64 Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BE0021.

65 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 november 2018, GHARL:2018:10142.

66 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4138. De concrete zaak speelde tegen de achtergrond waarin er in bestuursrechtelijke procedures, namelijk bij de rechtbank en de Centrale Raad van Beroep, reeds was geprocedeerd over de vraag of de werknemers van de betreffende onderneming verplicht zijn verzekerd voor de Nederlandse sociale zekerheid. Het bedrijfstakpensioenfonds wenste inzage in stukken en producties uit die procedures om zijn oordeel dat de onderneming onder zijn werkingssfeer valt nader te onderbouwen. Het hof meende dat het pensioenfonds zijn stellingen zodanig heeft onderbouwd en gesubstantieerd en wel zodanig dat deze stellingen niet op voorhand onaannemelijk zijn. Dat maakt dat van de onderneming vanwege haar hoedanigheid als werkgever en het gegeven dat zij over de gegevens terzake de werkwijze van de onderneming beschikt, mag worden verwacht dat zij het tegen de stellingen van het pensioenfonds gevoerde verweer mede baseert op en onderbouwt met (alle van belang zijnde stukken uit) haar administratie. In de woorden van het hof, volstaat een ‘bloemlezing’ – een door de onderneming zelf samengestelde, niet volledige en mogelijk niet representatieve selectie uit die gegevens – niet.

67 Zie over de voor- en nadelen daarvan A.S. Rueb, e.a., *Compendium van het Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 204-205.

68 Rb. Rotterdam 23 november 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB9124. Volstaan met het maken van notulen van gesprekken met de werkgever, maar niet raadplegen van aan het fonds ter beschikking staande registers waarin de onderneming voorkomt, volstond in dit geval niet.

69 CBB 16 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:420; CBB 6 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:281, PJ 2016/147; CBB 13 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:106, PJ 2015/86, m.nt. M.J.C.M. van der Poel.

70 Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ1268.

is van een plicht tot deelname en (dus) van een schending van de daaruit volgende informatievereisten.

Is een werkgever eenmaal aangesloten en meent hij dat hij kan worden uitgeschreven – de aansluiting moet eindigen of moet wijzigen – dan zal deze werkgever dat niet snel succesvol zonder verdere motivering kunnen stellen<sup>71</sup> en bij betwisting door het fonds met bewijs moeten komen dat van verplichte deelneming geen sprake (meer) is.<sup>72</sup> Een enkele keer slaagt een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid als een pensioenfonds de werkgever niet adequaat informeert. Tegenstrijdige informatie en vervolgens niet tijdig en adequaat informeren over de verschuldigde premie, was voor Hof Amsterdam reden om het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor onaanvaardbaar te houden dat een pensioenfonds de werkgever hield aan de – veronderstellende wijs aangenomen – verplichting tot premieafdracht.<sup>73</sup>

## 7. Conclusie

Dit artikel heeft twee doelen. Ten eerste is dat in kaart brengen of en op basis waarvan een werkgever een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds moet informeren over zijn bedrijfsactiviteiten en zijn personeelsbestand. En in het verlengde daarvan een analyse van wat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds doen en kunnen doen indien informatie ontbreekt.

Op dit (eerste) punt is een aantal conclusies te trekken. Kort weergegeven zijn dat de volgende. Een werkgever moet het fonds informeren indien hij onder de werkingssfeer van het fonds valt. Wat er concreet aan informatie moet worden verstrekt, bepaalt het uitvoeringsreglement dat het fonds opstelt. De werkgever die niet informeert handelt al snel in strijd met art. 4 Wet Bpf 2000. Ontbreekt informatie, dan kan het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds ambtshalve premienota's vaststellen en invorderen bij dwangbevel. Die nota's behoeven enige onderbouwing, maar mogen uitgaan van een ruime schatting. Dit sluit aan bij de gedachte dat het in de eerste plaats de werkgever – en niet het fonds – is die beschikt over de gegevens om tot een juiste premievaststelling te komen. Ook kunnen boetes, renten en kosten worden ingevorderd. De werkgever is echter niet gebonden aan de statuten en reglementen van het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds indien hij niet onder de werkingssfeer van het fonds valt. In geschillen daarover zou de werkgever ervoor kunnen kiezen geen of maar beperkt openheid van zaken te geven over de activiteiten van zijn onderneming. Kennis daarvan is van belang bij de beoordeling van dat geschil. Dat zal in de praktijk echter niet veel opleveren. Daarmee kom ik bij mijn tweede doel met dit artikel: structuur aanbrengen in de rechtspraak over de stelplicht en de bewijslast in kwesties waar de vraag is of een werkgever valt onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Vooropstaat dat er geen bijzon-

dere wettelijke bewijsregels zijn voor werkingssfeerkwesties. Het resultaat daarvan is dat de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van het vallen onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds de bewijslast draagt van de gestelde feiten die voor de beoordeling van de ingeroepen rechtsgevolgen noodzakelijk is. Zonder openheid van zaken door de werkgever verkeert het verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds al snel in bewijsnood, is de aanname in de rechtspraak.

Rechters komen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds tegemoet door het aannemen van een verzwaarde motiveringsplicht (verzwaarde stelplicht) voor de werkgever met betrekking tot zijn stelling niet onder de werkingssfeer van het fonds te vallen waar het betreft de feitelijke activiteiten van zijn onderneming. Mits echter wel prima facie aannemelijke stellingen door het fonds worden betrokken. Kort gezegd, is het aan de werkgever feiten op te helderen als dat kan bijdragen aan correcte beoordeling van het conflict bij op zichzelf niet onaannemelijke stellingen van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds.

71 Hof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1738.

72 Hof Arnhem Leeuwarden 1 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7363, PJ 2013/197.

73 Hof Amsterdam 28 oktober 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BH1075, PJ 2009/34, m.nt. R.A.C.M. Langemeijer.