

Bedrijfstakpensioenfonds heeft bewijslast dat een werkgever onder de verplichtstelling valt en werkgever een verzwaarde betwistplicht.

Documentgegevens

Soort:	Jurisprudentie (bewerkt)
Datum:	23-09-2025
Auteur(s):	Redactie
Vindplaats:	PJ 2025/122
Vakgebied(en):	Civil recht algemeen (V)
Brondocument(en):	ECLI:NL:GHAMS:2025:2471, Uitspraak, Hof Amsterdam, 23-09-2025

Mrs. W. Aardenburg, F.J. van de Poel, F.J. Bloem

Art. 149 Rv

Bedrijfstakpensioenfonds heeft bewijslast dat een werkgever onder de verplichtstelling valt en werkgever een verzwaarde betwistplicht.

Bedrijfstakpensioenfonds heeft bewijslast dat een werkgever onder de verplichtstelling valt. Werkgever voldeed aan zijn verzwaarde betwistplicht ter onderbouwing van zijn standpunt dat de isolatie-uitzondering uit het verplichtstellingsbesluit van Bpf Bouw (tekst geldend van 1 juli 2005 tot 15 juli 2016) van toepassing was.

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer: 200.340.897/01

zaaknummer rechtbank Amsterdam: 8375182 CV EXPL 20-4103

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 23 september 2025

inzake

1 STICHTING BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDS VOOR DE BOUWNIJVERHEID,

gevestigd te Amsterdam,

2. STICHTING OPLEIDINGS- EN ONTWIKKELINGSFONDS BOUW & INFRA,

gevestigd te Harderwijk,

3. STICHTING AANVULLINGSFONDS BOUW & INFRA,

gevestigd te Harderwijk,

appellanten in principaal appel,

tevens geïntimeerden in incidenteel appel,

advocaat: mr. E. Lutjens te Amsterdam,

tegen

[geïntimeerde],

gevestigd te [plaats],

geïntimeerde in principaal appel,
tevens appellante in incidenteel appel,
advocaat: mr. R.C.M. Andriessen te Amsterdam.

Appellanten in principaal appel, tevens geïntimeerden in incidenteel appel, worden hierna afzonderlijk Bpf Bouw, het O&O-fonds en het Aanvullingsfonds, en gezamenlijk de Fondsen genoemd. Geïntimeerde in principaal appel, tevens appellante in incidenteel appel, wordt hierna [geïntimeerde] genoemd.

1 De zaak in het kort

In deze zaak oordeelt het hof dat de algemeenverbindendverklaring van de cao Bouw & Infra (hierna: de cao Bouw & Infra) en de cao Bedrijfstakeigen Regelingen voor de Bouw & Infra (hierna: de cao BTER) rechtsgeldig tot stand is gekomen. Verder wordt geoordeeld dat de Fondsen niet hebben bewezen dat de bedrijfsactiviteiten van [geïntimeerde] voor de in geding zijnde periodes onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit Bpf Bouw en van de (algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de) cao Bouw & Infra en de cao BTER vallen. De vorderingen tot premiebetalingen en tot het verstrekken van loon- en premiegegevens en een controleverklaring van een registeraccountant worden daarom afgewezen.

2 Het geding in hoger beroep

De Fondsen zijn bij dagvaarding van 20 maart 2024 in hoger beroep gekomen van de vonnissen die de kantonrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: de kantonrechter) op 14 maart 2022 en op 16 januari 2024 onder bovenvermeld zaaknummer heeft gewezen tussen [geïntimeerde] als eiseres in conventie tevens verweerster in reconventie en de Fondsen als gedaagden in conventie tevens eisers in reconventie (hierna: het bestreden tussenvonnis respectievelijk het bestreden eindvonnis en tezamen de bestreden vonnissen).

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven;
- memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties;
- memorie van antwoord in incidenteel appel.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 11 juni 2025 doen bepleiten, de Fondsen door mr. Lutjens voornoemd en mr. H.L. Doorn, advocaat te Amsterdam, en [geïntimeerde] door mr. Andriessen voornoemd en mr. F.A.M. ten Broeke, advocaat te Amsterdam, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

Ten slotte is arrest gevraagd.

De Fondsen hebben geconcludeerd dat het hof de bestreden vonnissen zal vernietigen en uitvoerbaar bij voorraad alsnog:

1. voor recht zal verklaren dat [geïntimeerde] vanaf 1 januari 2007 valt onder de verplichtstelling van Bpf Bouw, vanaf 1 januari 2007 gebonden is aan de statuten, reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van Bpf Bouw en vanaf 1 januari 2007 premie moet betalen aan Bpf Bouw conform de bepalingen van het uitvoeringsreglement van Bpf Bouw;
2. voor recht zal verklaren dat [geïntimeerde] vanaf 1 januari 2007 gebonden is aan de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de cao Bouw & Infra en de cao BTER en vanaf 1 januari 2007 premie moet betalen aan het O&O-fonds en het Aanvullingsfonds conform de bepalingen van deze cao's;
3. [geïntimeerde] zal veroordelen tot betaling van € 49.367,54 plus € 134.569,47 aan Bpf Bouw, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente over de verschuldigde premie twee weken nadat de premie op grond van het uitvoeringsreglement van Bpf Bouw betaald had moeten zijn tot de dag der algehele voldoening, dat wil zeggen rente vanaf 14 dagen na elke loonperiode, met dien verstande dat het rentebedrag over de premienota over 2012 tot en met 2015 verminderd moet worden met het al in de vordering opgenomen bedrag aan rente overeenkomstig productie 10 bij de conclusie van antwoord in eerste aanleg;
4. [geïntimeerde] zal veroordelen tot betaling van € 6.897,55 plus € 16.699,62 aan het O&O-fonds, te vermeerderen met de wettelijke rente over de verschuldigde premie twee weken nadat de premie op grond van de cao BTER betaald had moeten zijn tot de dag der algehele voldoening, met dien verstande dat het rentebedrag over de premienota over 2012 tot en met 2015 verminderd moet worden met het al in de vordering opgenomen bedrag aan rente overeenkomstig

productie 10 bij de conclusie van antwoord in eerste aanleg;

5. [geïntimeerde] zal veroordelen tot betaling van € 3.234,54 plus € 9.514,14 aan het Aanvullingsfonds, te vermeerderen met de wettelijke rente over de verschuldigde premie twee weken nadat de premie op grond van de cao BTER betaald had moeten zijn tot de dag der algehele voldoening, met dien verstande dat het rentebedrag over de premienota over 2012 tot en met 2015 verminderd moet worden met het al in de vordering opgenomen bedrag aan rente overeenkomstig productie 10 bij de conclusie van antwoord in eerste aanleg;
6. voor recht zal verklaren dat [geïntimeerde], indien uit de gegevens genoemd in de hierna te noemen vorderingen onder 7 en 8 blijkt dat de door [geïntimeerde] verschuldigde premie over de periode van 1 januari 2007 hoger is dan de hiervoor genoemde bedragen, verplicht is dat hogere bedrag te betalen aan Bpf Bouw, het O&O-fonds respectievelijk het Aanvullingsfonds;
7. [geïntimeerde] op straffe van verbeurte van een dwangsom zal veroordelen om binnen twee maanden na betekening van dit arrest elektronisch de loon- en premiegegevens te verstrekken aan Bpf Bouw, het O&O-fonds en het Aanvullingsfonds, op de wijze als omschreven op www.bpfbouw.nl, omtrent de (gewezen) werknemers die tussen 1 januari 2007 en de datum van het te wijzen vonnis bij [geïntimeerde] in dienst zijn (geweest);
8. [geïntimeerde] op straffe van verbeurte van een dwangsom zal gelasten om uiterlijk binnen twee maanden na betekening van dit arrest een controleverklaring van een registeraccountant aan Bpf Bouw, het O&O-fonds en het Aanvullingsfonds te verstrekken waarin de registeraccountant een goedkeurend oordeel uitsprekt over de juistheid en volledigheid van de loon- en premiegegevens die [geïntimeerde] heeft verstrekt;
9. [geïntimeerde] zal veroordelen in de kosten van het geding in beide instanties met nakosten en rente.

[geïntimeerde] heeft in principaal appel geconcludeerd tot verwerping van het beroep en de grieven van de Fondsen en in incidenteel appel tot vernietiging van de bestreden vonnissen, voor zover het betreft (delen van) de rechtsoverwegingen 16, 17, 23, 24, 26, 28 en 29 van het bestreden tussenvonnis en rechtsoverwegingen 2 en 12 van het bestreden eindvonnis, alsmede tot afwijzing van de vorderingen van de Fondsen in eerste aanleg en tot alsnog volledige toewijzing van haar vorderingen in eerste aanleg, met veroordeling van de Fondsen in de kosten van het geding in hoger beroep met nakosten en rente.

3 Feiten

De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis onder 1.1 tot en met 1.13 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof tot uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld, komen de feiten neer op het volgende.

3.1.

[geïntimeerde] is een onderneming die zich bezig houdt met het verrichten van onderhoudswerkzaamheden, het verwijderen van milieuvriendelijke stoffen en materialen en het saneren en verwijderen van asbest. [geïntimeerde] is niet aangesloten bij een werkgeversvereniging. [geïntimeerde] heeft twee medewerkers in dienst (gehad), voor wie zij geen eigen pensioenvoorziening heeft getroffen.

3.2.

Bpf Bouw is een door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf 2000). Deelneming in Bpf Bouw is verplicht gesteld bij een verplichtstellingsbesluit van de minister voor werknemers die in dienst zijn van werkgevers in de Bouw & Infra (hierna: het Verplichtstellingsbesluit). De verplichtstelling heeft tot gevolg dat onder de verplichtstelling vallende werkgevers verplicht moeten deelnemen aan de door Bpf Bouw uitgevoerde pensioenregeling en de statuten en reglementen van Bpf Bouw moeten naleven ([artikel 4 Wet Bpf 2000](#)), waaronder de betaling van pensioenpremie.

3.3.

Het O&O-fonds en het Aanvullingsfonds zijn sociale fondsen in de bedrijfstak Bouw & Infra. De verplichtingen jegens deze fondsen zijn gebaseerd op de bepalingen over deze fondsen in de cao Bouw & Infra en de cao BTER. Deze algemeen verbindend verklaarde cao's bepalen dat werkgevers in de Bouw & Infra verplicht zijn tot premiebetaling aan het O&O-fonds en het Aanvullingsfonds. Het Verplichtstellingsbesluit, de cao Bouw & Infra en de cao BTER zullen hierna verder tezamen ook worden aangeduid als 'de Bouwregelingen'.

3.4.

In de periode van 1 juli 2005 tot 15 juli 2016 luidde de werkingssfeerbepaling in het Verplichtstellingsbesluit, voor zover van belang, als volgt:

Link: <https://tax.inview.nl/doc/http%3A%2F%2Fdoc.wolterskluwer.com%2Fnl%2Fapollon%2Fexpression%2Fid-a9327f99-b55a-470a-add1-de8a6f37ebbb>

© 2025 Wolters Kluwer Nederland. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl. Tekst- en datamining niet toegestaan.

“De deelneming in de Stichting Bedrijfstakpensioenfondsvoor de Bouwnijverheid is verplicht gesteld voor:

A 1.

werknemers die werkzaam zijn in ondernemingen, waaronder begrepen instellingen en verenigingen ten algemenen nutte, als hierna omschreven tot de eerste dag van de maand waarin zij de 65-jarige leeftijd bereiken voor het ouderdoms- en het arbeidsongeschiktheidspensioen.

2. 2.

De onder 1 bedoelde ondernemingen zijn:

a.

de ondernemingen, waarvan het bedrijf gericht is op productie voor derden op het gebied van:

1.

(...)

17.

asbestverwijdering aan of op bouwwerken, met uitzondering van asbestverwijdering als voorbehandeling ten behoeve van het aanbrengen, herstellen, bekleden afwerken en/of onderhouden van isolerende materialen; (...)

3.

Indien een onderneming, die naast het bedrijf als bedoeld in A, 2, tevens een ander bedrijf (andere productie voor derden) uitoefent, geldt voor de toepasselijkheid van deze verplichtstelling het volgende.

a.

Indien er geen afzonderlijke afdelingen zijn en de productie van het bedrijf als bedoeld in A, 2 overweegt, geldt deze verplichtstelling voor alle werknemers van de onderneming.

b.

Indien in een afzonderlijke afdeling zowel het bedrijf als bedoeld onder A, 2 als een ander bedrijf wordt uitgeoefend en de productie van het bedrijf als bedoeld onder A, 2 overweegt, geldt deze verplichtstelling voor alle werknemers als bedoeld onder A, 1 met uitzondering van de werknemers van de afdeling waar het andere bedrijf wordt uitgeoefend.

c.

Indien elk afzonderlijk bedrijf in een afzonderlijke afdeling wordt uitgeoefend, geldt deze verplichtstelling ten aanzien van alle werknemers in de afdeling waar de bij A, 2 bedoelde werkzaamheden worden uitgeoefend.

Afzonderlijke afdelingen worden aanwezig geacht indien iedere bedrijfsuitoefening feitelijk als zelfstandige eenheid is georganiseerd. De overwegende productie wordt bepaald door vergelijking van de in elke productie verloonde bedragen. (...)”

Artikel A.2 sub a onder 17 van het Verplichtstellingsbesluit wordt hierna aangeduid als: ‘de isolatie-uitzondering’.

3.5.

De isolatie-uitzondering is vervallen in het Verplichtstellingsbesluit per 15 juli 2016.

3.6.

Het Technisch Bureau Bouwnijverheid (hierna: ‘TBB’) heeft APG Rechtenbeheer N.V. (hierna: ‘APG’) op 6 juni 2016 een werkingssfeeronderzoek laten uitvoeren naar de onderneming van [geïntimeerde]. Naar aanleiding daarvan is op 9 december 2016 geoordeeld dat de onderneming van [geïntimeerde] onder de werkingssfeer van de Bouwregelingen valt en per 1 januari 2007 zal worden ingeschreven bij pensioenuitvoeringsorganisatie APG. APG heeft in het rapport van haar onderzoek onder meer opgenomen:

“(...)”

3. Profiel onderneming

De activiteiten die door/volgens de onderneming worden verricht zijn:

Asbest verwijderen/saneringen (Kleinschalig)

Toelichting activiteiten:

De onderneming beperkt zich uitsluitend tot het (kleinschalig) saneren/verwijderen van (voornamelijk) klein soortige asbesthoudende materialen.

Asbestsaneringen vinden veelal c.q. nagenoeg uitsluitend plaats in/aan/om (particuliere) woningen. Voornamelijk in opdracht van woningstichtingen/woningcorporaties/verenigingen van eigenaren (vve's)/particuliere woningbezitters.

De saneringen bestaan nagenoeg uitsluitend uit "kleinschalige" asbestverwijderingen, zoals het verwijderen van asbesthoudende dakplaten/golfplaten/amosietplaten/plafondplaten/kachels/vloerbedekkingen (zeil e.d.)/bitumen/buizen/vloerplaten e.d..

(...)

Verder dient in deze te worden opgemerkt, dat de bedrijfsactiviteiten van de onderneming geenszins expliciet gericht zijn op de uitzonderingsregel in deze, te weten:

-

"met uitzondering van asbestverwijdering als voorbehandeling t.b.v. het aanbrengen, herstellen, bekleden, afwerken en/of onderhouden van isolerende materialen".

(...)"

3.7.

[geïntimeerde] heeft tegen het besluit van 9 december 2016 bezwaar aangetekend. Dit bezwaar is ongegrond verklaard.

3.8.

Bij brief van 20 november 2017 aan de minister hebben vijftien asbestondernemingen, waaronder [geïntimeerde], bezwaar gemaakt tegen het standpunt van de Fondsen dat hun activiteiten vallen onder de werkingssfeer van de Bouwregelingen. Daarnaast hebben deze bedrijven de minister op grond van de Wet openbaarheid van bestuur verzocht om openbaarmaking van:

- (a) gegevens die door de bonden/het bedrijfsleven zijn aangeleverd ter beoordeling van de mate van representativiteit;
- (b) de resultaten van de door de minister gehouden steekproeven ter controle op die gegevens; en
- (c) de rapporten die zijn opgemaakt naar aanleiding van de op deze gegevens noodzakelijk gevonden accountantscontroles.

Bij besluit van 12 juli 2018 heeft de minister beslist dat (een deel van) de gevraagde gegevens openbaar zal worden gemaakt en aan de asbestondernemingen zal worden verstrekt.

3.9.

Bij brief van 26 april 2019 aan de minister hebben deze asbestondernemingen zich op het standpunt gesteld dat de algemeenverbindendverklaring van de cao Bouw & Infra en de cao BTER vanaf 2007 respectievelijk 2013 ten onrechte heeft plaatsgevonden en dat deelname aan het Bpf Bouw ten onrechte verplicht is gesteld, omdat sprake zou zijn van onvoldoende representativiteit en er een overlap bestaat voor wat betreft de werkingssfeer met de cao [bedrijf]. De asbestondernemingen hebben de minister verzocht de algemeen verbindendverklaring van de cao's en het Verplichtstellingsbesluit met terugwerkende kracht in te trekken. In reactie daarop heeft de minister hen bij brief van 13 juni 2019 laten weten dat aan dit verzoek geen gevolg zal worden gegeven.

3.10.

In opdracht van deze vijftien ondernemingen heeft arbeidsmarktbureau [naam] een onderzoek verricht naar het aantal ongeorganiseerde werknemers in de bouwsector in de periode vanaf 2007. [naam] heeft op 18 november 2019 gerapporteerd.

3.11.

Naar aanleiding van het onderzoek van [naam] hebben de asbestondernemingen de minister bij brief van 18 november 2019 laten weten dat hij ten onrechte heeft toegestaan dat onjuiste (onvolledige en ontoereikende) representativiteitsgegevens

ten grondslag lagen aan de vaststelling van het Verplichtstellingsbesluit en aan de algemeen verbindendverklaring van de cao's. De asbestondernemingen hebben gesteld dat de minister heeft gehandeld in strijd met de wet en de door hemzelf vastgestelde beleidsregels. Daarbij is de minister aansprakelijk gesteld voor de schade die daaruit is voortgevloeid en nog zal voortvloeien. Ook is de minister verzocht om te bewerkstelligen dat het Verplichtstellingsbesluit en de cao's ten opzichte van hen buiten toepassing zullen blijven. Bij brief van 10 december 2019 hebben de asbestondernemingen dit ook aan de Fondsen meegedeeld.

3.12.

Bij brief van 23 december 2019 heeft de minister geantwoord dat de bezwaren niet tijdig zijn ingediend zodat de besluiten rechtsgeldig zijn genomen en de regelingen vaststaan. De minister heeft aangegeven dat dit echter onverlet laat dat [geïntimeerde] bedenkingen of zienswijzen kan indienen bij toekomstige verzoeken tot algemeenverbindendverklaring en verplichtstellingsaanvragen.

3.13.

Dit heeft [geïntimeerde] vervolgens gedaan ten aanzien van het besluit van de minister van 18 december 2020 tot algemeenverbindendverklaring van de bepalingen van de cao BTER (Staatscourant 2020, nr. 58904). Namens onder meer [geïntimeerde] zijn bedenkingen ingebracht tegen het verzoek tot algemeenverbindendverklaring, met verwijzing naar het [naam]-rapport. In het besluit heeft de minister geconcludeerd dat naar aanleiding van het door cao-partijen overgelegde formulier representativiteitsgegevens, de nadere toelichting en het Assurance rapport van een onafhankelijke accountant kan worden vastgesteld dat door cao-partijen in voldoende mate aannemelijk is gemaakt dat de bepalingen van de cao waarop het verzoek tot algemeenverbindendverklaring betrekking heeft reeds voor een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen gelden. Volgens de minister zijn de bedenkingen voldoende weerlegd en doen geen afbreuk aan de door cao-partijen overgelegde representativiteitsgegevens.

3.14.

In een in opdracht van de asbestondernemingen opgesteld rapport van 21 oktober 2020 heeft [naam] de resultaten van het in 2019 uitgevoerde onderzoek nader onderbouwd.

3.15.

In september 2022 heeft APG in opdracht van de rechtbank een tweede (werkingssfeer)onderzoek laten uitvoeren naar de vraag of de werkzaamheden van [geïntimeerde] specifiek waren gericht op isolatie of gevolgd werden door werkzaamheden gericht op isolatie over de jaren 2007 tot en met 2015. De resultaten van dit onderzoek zijn neergelegd in de rapportage van 14 november 2022.

3.16.

Uit een vonnis van 24 juli 2024 van de rechtbank Den Haag ([ECLI:NL:RBDHA:2024:11549](#)) volgt dat de minister (vanaf 2007) telkens ten aanzien van de Bouwregelingen en het Verplichtstellingsbesluit heeft mogen oordelen dat sprake is van een belangrijke meerderheid en dat dientengevolge sprake is van representativiteit.

4 Eerste aanleg

4.1

[geïntimeerde] heeft in eerste aanleg, gevorderd om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, te verklaren voor recht dat het Verplichtstellingsbesluit, de cao Bouw & Infra en de cao BTER vanaf 1 januari 2007 niet van toepassing zijn op [geïntimeerde] zodat de Fondsen daaraan geen vorderingen tot betaling van premies dan wel overige vorderingen ten opzichte van [geïntimeerde] kunnen ontlenen, met veroordeling van de Fondsen in de proceskosten.

4.2.

[geïntimeerde] heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd primair dat de cao's niet algemeen verbindend verklaard hadden mogen worden vanwege een gebrek aan representativiteit en subsidiair dat zij niet onder de werkingssfeer valt.

4.3.

De Fondsen hebben verweer gevoerd en hebben in conventie geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van [geïntimeerde]. In reconventie hebben de Fondsen samengevat voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad gevorderd voor recht te verklaren dat [geïntimeerde] vanaf 1 januari 2007 valt onder de verplichtstelling van de Bouwregelingen en vanaf 1 januari 2007 premie moet bepalen aan Bpf Bouw, het O&O-fonds en het Aanvullingsfonds, [geïntimeerde] te veroordelen tot betaling van € 49.367,54 plus € 134.569,47 aan Bpf Bouw, € 6.897,55 plus € 16.699,62 aan het O&O-fonds en € 3.234,54 plus € 9.514,14 aan het Aanvullingsfonds, te vermeerderen met rente en [geïntimeerde] op straffe van een dwangsom te veroordelen tot het verstrekken van loon- en premiegegevens en een controleverklaring van een registeraccountant, met veroordeling van [geïntimeerde] in de kosten.

4.4.

[geïntimeerde] heeft in reconventie geconcludeerd tot niet-ontvankelijk verklaring van de Fondsen in hun vorderingen, althans hen deze vorderingen te ontzeggen met veroordeling van de Fondsen in de kosten van het geding.

4.5.

In het bestreden tussenvonnis heeft de kantonrechter het representativiteitsverweer van [geïntimeerde] verworpen. Ten aanzien van de werkingssfeer heeft de kantonrechter vastgesteld dat [geïntimeerde] vanaf 2016 onder de hoofdregel van de werkingssfeer van de Bouwregelingen valt. De kantonrechter heeft de Fondsen als de meest gerede partij opgedragen TBB/ APG nader onderzoek uit te laten voeren naar de activiteiten van [geïntimeerde] om te beoordelen of [geïntimeerde] in de periode 2007-2016 onder de isolatie-uitzondering viel, zoals [geïntimeerde] heeft gesteld.

4.6.

Na overlegging van het rapport van het voornoemde onderzoek en een antwoordakte van [geïntimeerde] heeft de kantonrechter in het bestreden eindvonnis geoordeeld dat de Fondsen feitelijk niet veel ander (verdergaand) onderzoek hebben gedaan dan het onderzoek dat tot het eerste rapport van APG heeft geleid. De Fondsen, op wie volgens de kantonrechter de bewijslast rustte van hun stelling dat de isolatie-uitzondering niet van toepassing was op [geïntimeerde], hebben naar het oordeel van de kantonrechter niet aangetoond dat de werkzaamheden van [geïntimeerde] niet direct zijn opgevolgd door werkzaamheden met een isolerend karakter, zodat niet is komen vast te staan dat [geïntimeerde] met haar bedrijfsactiviteiten onder de werkingssfeerbepalingen van de Bouwregelingen valt. De kantonrechter heeft de door [geïntimeerde] gevorderde verklaring voor recht dat het Verplichtstellingsbesluit en de cao's in de periode vanaf 1 januari 2007 niet van toepassing zijn op [geïntimeerde] toegewezen, met dien verstande dat dit geldt tot 2016, nu partijen het erover eens zijn dat [geïntimeerde] vanaf 2016 wel onder de (destijds gewijzigde) werkingssfeer valt. De vorderingen in reconventie heeft de kantonrechter afgewezen en de Fondsen zijn veroordeeld in de kosten van de procedure.

5 Beoordeling

5.1.

Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering zijn beide partijen in hoger beroep opgekomen, de Fondsen in principaal hoger beroep met vier genummerde grieven en [geïntimeerde] in incidenteel hoger beroep met zes genummerde grieven.

5.2.

Het principaal en incidenteel hoger beroep lenen zich voor gezamenlijke behandeling. In deze zaak verschillen partijen van mening over het antwoord op de volgende vragen:

- 1) Moet het Verplichtstellingsbesluit buiten toepassing blijven vanwege het ontbreken van de wettelijk vereiste representativiteit bij de totstandkoming daarvan?
- 2) Is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat [geïntimeerde] de gevolgen van de algemeen verbindendverklaring van de cao Bouw & Infra en de cao BTER moet dragen?
3. Welke partij moet bewijzen dat [geïntimeerde] onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit valt en/of de isolatie-uitzondering op haar van toepassing is?
4. Valt [geïntimeerde] onder de werkingssfeer van de Bouwregelingen?
5. Wat is de situatie vanaf (1 januari) 2016?

Representativiteit (grief 1 in incidenteel appel)

5.3.

Volgens [geïntimeerde] moeten het Verplichtstellingsbesluit en de algemeen verbindendverklaring van de cao's buiten werking worden gesteld en kunnen de Fondsen diensgevolge geen aanspraak maken op betaling van de premies, omdat de cao Bouw & Infra en de cao BTER niet algemeen verbindend verklaard hadden mogen worden vanwege onjuiste representativiteitsgegevens. Ter onderbouwing van haar standpunt heeft [geïntimeerde] verwezen naar de rapporten van [naam] van 18 november 2019 en 21 oktober 2020.

5.4.

Grief 1 in incidenteel hoger beroep faalt. Naar het oordeel van het hof zijn het Verplichtstellingsbesluit en de algemeenverbindendverklaring van de cao Bouw & Infra en de cao BTER rechtsgeldig tot stand gekomen. Daartoe is allereerst redengevend dat de conclusies van het [naam] rapport in de procedure die hebben geleid tot de gewraakte

Link: <https://tax.inview.nl/doc/http%3A%2F%2Fdoc.wolterskluwer.com%2Fnl%2Fapollo%2Fexpression%2Fid-a9327f99-b55a-470a-add1-de8a6f37ebbb>

© 2025 Wolters Kluwer Nederland. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl. Tekst- en datamining niet toegestaan.

besluiten niet zijn ingebracht als bedenking of zienswijze en dus voor de reeds rechtmatig genomen besluiten niet meer relevant zijn, zoals de minister bij brief van 23 december 2019 ook heeft toegelicht (zie hiervoor rov. 3.12). Daarbij komt dat ook indien achteraf bezien de wettelijk vereiste representativiteit bij de totstandkoming van het Verplichtstellingsbesluit zou hebben ontbroken, dit in het stelsel van de Wet Bpf 2000 niet betekent dat het Verplichtstellingsbesluit buiten toepassing moet blijven (vgl. HR 24 november 2023, [ECLI:NL:HR:2023:1622](#)). Tot slot is van belang dat de minister zorgvuldig onderzoek heeft gedaan, herhaald nadere gegevens heeft opgevraagd in de procedure voorafgaand aan de besluitvorming en vervolgens in het Assurance rapport is geconcludeerd dat aan de gestelde eisen van representativiteit is voldaan (zie hiervoor rov. 3.11, 3.12 en 3.13).

Onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (grief 2 incidenteel hoger beroep)

5.5.

Naar het oordeel van het hof heeft [geïntimeerde] onvoldoende feiten en omstandigheden naar voren gebracht die de conclusie rechtvaardigen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat zij de gevolgen van de algemeen verbindendverklaring van de cao Bouw & Infra en de cao BTER moet ondergaan. De door [geïntimeerde] aangevoerde omstandigheid dat er ten tijde van de procedure in eerste aanleg nog geen uitspraak was in de procedure van de asbestsaneringsondernemingen tegen het besluit van de minister van 23 december 2019 zodat [geïntimeerde] de kantonrechter daarover niet had kunnen informeren, is daartoe onvoldoende. Bovendien heeft de rechtbank Den Haag inmiddels in het nadeel van [geïntimeerde] beslist (zie hiervoor rov. 3.16). Aldus faalt grief 2 in incidenteel hoger beroep.

Stelplicht en bewijslast (grief 1 principaal hoger beroep en grief 4 incidenteel hoger beroep)

5.6.

De Fondsen hebben betoogd dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat, hoewel [geïntimeerde] de bewijslast heeft van de stelling dat tot 2016 de isolatie-uitzondering op haar van toepassing was, de bewijslast en het bewijsrisico bij de Fondsen liggen (zie rov. 24 van het bestreden tussenvonnis en rov. 10 van het bestreden eindvonnis). De Fondsen betwisten ook dat [geïntimeerde] heeft voldaan aan haar (verzwaarde) stelplicht door inzicht te geven in haar administratie. [geïntimeerde] had volgens de Fondsen moeten stellen en concretiseren bij welke projecten van welke opdrachtgevers de asbestverwijdering connexiteit met de isolatie-uitzondering heeft gehad.

5.7.

[geïntimeerde] heeft zich op het standpunt gesteld dat de kantonrechter ten onrechte (zie rov. 24 van het bestreden tussenvonnis) heeft geoordeeld dat zij moet bewijzen dat haar activiteiten onder de isolatie-uitzondering vallen. Volgens [geïntimeerde] rusten de stelplicht en bewijslast juist op de Fondsen, omdat zij stellen dat [geïntimeerde] onder de werkingssfeer van de Bouwregelingen valt en daaronder ook de vraag valt of de isolatie-uitzondering van toepassing is.

5.8.

In de voorliggende zaak hebben de Fondsen een verklaring voor recht gevorderd dat [geïntimeerde] onder de werkingssfeer van de Bouwregelingen valt. Omdat de Fondsen zich beroepen op het rechtsgevolg van deze stelling, namelijk premiebetaling door [geïntimeerde], is het in beginsel aan de Fondsen om te stellen en zo nodig te bewijzen dat [geïntimeerde] onder de werkingssfeer van de Bouwregelingen valt. Daarin ligt besloten de beoordeling of de activiteiten onder eventuele in de werkingssfeerbepaling opgenomen uitzonderingen vallen. Het is derhalve aan de Fondsen om te stellen en bij gemotiveerde betwisting door [geïntimeerde] ook te bewijzen dat [geïntimeerde] onder de werkingssfeerbepaling valt, waaronder begrepen dat [geïntimeerde] niet onder de isolatie-uitzondering valt. In dit kader ziet het hof aanleiding om een verzwaarde betwistplicht van [geïntimeerde] aan te nemen ten aanzien van haar betwisting dat zij, [geïntimeerde], niet onder de werkingssfeer valt omdat haar asbestverwijderingsactiviteiten onder de isolatie-uitzondering vallen, aangezien [geïntimeerde] als werkgever de beschikking heeft over de gegevens die haar onderneming betreffen. Dit betekent dat grief 1 in principaal appel faalt en grief 4 in incidenteel appel slaagt.

Hebben de Fondsen bewezen dat [geïntimeerde] onder de werkingssfeer valt (grievens 2, 3 en (een deel van) 4 in principaal hoger beroep en grief 3 incidenteel hoger beroep)?

5.9.

In geschil is de vraag of [geïntimeerde] wel of niet onder de werkingssfeer valt van het Verplichtstellingsbesluit en de algemeen verbindend verklaarde cao's Bouw & Infra en BTER.

5.10.

Een werkingssfeerbepaling moet worden uitgelegd aan de hand van de cao-norm. Deze norm houdt in dat aan een bepaling van een cao een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn, zodat het niet aankomt op de bedoelingen van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao is gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Ook de bewoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden

betrokken. Indien de bedoeling van de partijen bij de cao naar objectieve maatstaven volgt uit de cao-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest, kenbaar is, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend.

5.11.

Uit artikel A.2 sub a onder 17 in combinatie met artikel A.3 van het Verplichtstellingsbesluit volgt dat het besluit van toepassing is op ondernemingen waarvan het bedrijf in overwegende mate is gericht op productie voor derden op het gebied van asbestverwijdering aan of op bouwwerken, tenzij de asbestverwijdering plaatsvindt als voorbehandeling ten behoeve van het aanbrengen, herstellen, bekleden afwerken en/of onderhouden van isolerende materialen. Meer concreet betekent dit - kort gezegd - dat de Fondsen eerst moeten stellen, en bij betwisting door [geïntimeerde], zo nodig bewijzen, dat de onderneming van [geïntimeerde] in overwegende mate asbestverwijderingswerkzaamheden aan of op bouwwerken verricht (de hoofdregel) en vervolgens dat deze asbestverwijderingswerkzaamheden niet plaatsvinden als voorbehandeling op het aanbrengen van isolerende materialen (de isolatie-uitzondering).

5.12.

[geïntimeerde] heeft betoogd dat zij naast het saneren en verwijderen van asbest ook andere activiteiten verricht die niet met asbestsanering en evenmin met andere bouwactiviteiten van doen hebben. Volgens [geïntimeerde] vallen bepaalde asbestsaneringsactiviteiten van [geïntimeerde] onder de werkingssfeerbepaling van de cao [bedrijf] (het verwijderen van asbest in het kader van milieuonderhoud).

5.13.

Het hof is oordeel dat de Fondsen voldoende hebben toegelicht en aan de hand van de twee werkingssfeeronderzoeken van APG hebben onderbouwd dat de onderneming van [geïntimeerde] in overwegende mate werkzaamheden verricht op het gebied van asbestverwijdering aan of op bouwwerken en daarmee dat de asbestsaneringsactiviteiten van [geïntimeerde] onder de hoofdregel van de werkingssfeer van de cao Bouw & Infra vallen. Uit de rapporten van APG van 9 december 2016 en van 14 november 2022 kan worden afgeleid dat [geïntimeerde] zich uitsluitend bezig houdt met het verwijderen van (voornamelijk klein soortige) asbesthoudende materialen, dat die asbestsaneringen veelal/nagenoeg uitsluitend plaatsvinden in/aan particuliere woningen en voornamelijk in opdracht van woningstichtingen van eigenaren en particulieren en dat het nagenoeg uitsluitend gaat om kleinschalige asbestverwijdering (zoals dakplaten, golfplaten, amosieplaten, plafond, kachels, vloerbedekking, bitumen, buizen, vloerplaten). Hieruit volgt afdoende dat de asbestsaneringen van [geïntimeerde] nagenoeg uitsluitend plaatsvinden aan of op bouwwerken als bedoeld in artikel A.2 sub a onder 17 van het Verplichtstellingsbesluit en niet (ook) ten behoeve van milieubehoud als bedoeld in de cao [bedrijf]. Evenmin is gebleken van enige andere activiteit dan asbestverwijdering aan of op bouwwerken door [geïntimeerde]. Dat APG dit niet voldoende zou hebben onderzocht, zoals [geïntimeerde] heeft aangevoerd, kan gelet hierop niet worden gevolgd. Evenmin heeft [geïntimeerde] onderbouwd dat zij ook andere activiteiten dan asbestsaneringen aan of op bouwwerken ontplooit, terwijl dit wel op haar weg had gelegen. Grief 3 in incidenteel appel faalt derhalve.

Hebben de Fondsen bewezen dat [geïntimeerde] niet onder de isolatie-uitzondering valt (grievens 2, 3 en (een deel van) 4 in principaal appel en grief 5 in incidenteel appel)?

5.14.

Met de grievens 2, 3 en (een deel van) 4 in principaal appel betogen de Fondsen dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat de werkzaamheden van [geïntimeerde] onder de isolatie-uitzondering vallen, terwijl [geïntimeerde] met grief 5 in incidenteel appel aanvoert dat ook de werkzaamheden waarbij asbest wordt verwijderd in verband met brandwerendheid, de wens tot renovatie of vanwege gezondheidsrisico's - anders dan de kantonrechter heeft geoordeeld - onder de isolatie-uitzondering vallen.

5.15.

Zoals hiervoor overwogen, moeten de Fondsen stellen, en zo nodig bewijzen, dat de door [geïntimeerde] verrichte asbestverwijderingswerkzaamheden niet plaatsvinden als voorbehandeling ten behoeve van het aanbrengen, herstellen, bekleden afwerken en/of onderhouden van isolerende materialen (zie hiervoor rov. 5.11). Uit de woorden 'voorbehandeling' en 'ten behoeve van' in de tekst van de isolatie-uitzondering in artikel A.2 sub a onder 17 van het Verplichtstellingsbesluit leidt het hof af dat - voor toepasselijkheid van de isolatie-uitzondering - tussen het verwijderen van asbest en het aanbrengen van isolerende materialen in ieder geval een zekere connexiteit moet bestaan. De term 'voorbehandeling' duidt op een functionele band tussen de asbestverwijdering en een specifiek doel, te weten het vervolgens (kunnen) aanbrengen van isolatie.

5.16.

De Fondsen stellen met een beroep op de twee werkingssfeeronderzoeken van APG dat er geen functionele band bestaat tussen de asbestverwijderingsactiviteiten van [geïntimeerde] en het vervolgens aanbrengen van isolerende materialen (en dus dat de activiteiten niet onder de isolatie-uitzondering vallen). Zij wijzen erop dat in het rapport van 9 december 2016 van APG is vermeld dat de bedrijfsactiviteiten van [geïntimeerde] (kleinschalige asbestsanering) geenszins expliciet zijn gericht op de isolatie-uitzondering. Verder blijkt uit het rapport van 14 november 2022, op basis van een steekproef uit 26 projecten, dat geen sprake is van ander werk dan het verwijderen van asbesthoudende materialen, dat [geïntimeerde] zelf

geen isolatie terugplaatst of enig ander materiaal, dat niet is gebleken van afstemming met een andere partij die de isolatiewerkzaamheden op zich neemt en dat in geen van de projecten is geconstateerd dat [geïntimeerde] werd ingehuurd door een onderneming die zich specifiek richt op isolatiewerken.

5.17.

[geïntimeerde] heeft gemotiveerd aangevoerd dat haar asbestverwijderingsactiviteiten wél onder de isolatie-uitzondering vallen. Zij heeft daartoe verwezen naar het rapport van APG van 14 november 2022 en haar in eerste aanleg overgelegde producties 11 en 12. Uit dit rapport van APG blijkt dat [geïntimeerde] de volgende materialen heeft gebruikt vanwege hun isolerende karakter: gevelbeplating, leidingisolatie, een aantal vezelcement (plaat)materialen, doorvoeren, asbestkoord, een aantal toepassingen van binnen beplatingen en ondervloeren/zeil. In productie 11 heeft [geïntimeerde] van alle 26 projecten uit de steekproef van APG uiteen gezet welke werkzaamheden zijn verricht door haar eigen werknemers, uitgesplitst naar 'vallend onder isolatie-uitzondering' en 'niet vallend onder isolatie-uitzondering'. In productie 12 heeft [geïntimeerde] de in de 26 projecten door haar verrichte activiteiten nader geduid en voorzien van commentaar.

5.18.

Het hof stelt vast dat uit de door [geïntimeerde] overgelegde stukken volgt dat sprake is geweest van asbestsanering van plaatmaterialen, leidingisolatie, gevelbeplating, doorvoer en (afdichtings)koord. Omdat APG heeft aangegeven dat deze materialen aangemerkt kunnen worden als (asbest)isolerend materiaal dat door [geïntimeerde] werd gesaneerd en dit het merendeel van de werkzaamheden in de 26 projecten betreft, heeft [geïntimeerde] naar het oordeel van het hof voldoende onderbouwd dat haar activiteiten wél onder de isolatie-uitzondering vallen. Nu de Fondsen hier op hun beurt niets tegenover hebben gesteld en zij in hoger beroep bovendien geen bewijsaanbod hebben gedaan, wordt aan nadere bewijsvoering niet toegekomen en slaagt het verweer van [geïntimeerde]. Dat betekent tevens dat niet is komen vast te staan dat de activiteiten van [geïntimeerde] onder de werkingssfeer van de Bouwregelingen vallen. De grieven 2, 3 en (een deel van) 4 in principaal appel falen en grief 5 in incidenteel appel slaagt.

Wat is de situatie vanaf 2016 (grief 6 in incidenteel appel)?

5.19.

Met grief 6 in incidenteel appel betoogt [geïntimeerde] dat de kantonrechter ten onrechte de door haar gevorderde verklaring voor recht dat het Verplichtstellingsbesluit, de cao Bouw & Infra en de cao BTER in de periode vanaf 1 januari 2007 tot 2016 niet van toepassing zijn op [geïntimeerde] heeft toegewezen. [geïntimeerde] betwist dat niet in geschil is dat zij vanaf 2016 wel onder de werkingssfeer van de Bouwregelingen valt. Volgens [geïntimeerde] moet de door haar gevorderde verklaring voor recht gelden tot en met 2016 in plaats van tot 2016, omdat de isolatie-uitzondering per 1 januari 2016 in de cao BTER is vervallen, per 8 april 2016 in de cao Bouw & Infra en per 15 juli 2016 in het Verplichtstellingsbesluit. Met (een deel van) grief 4 in principaal appel betogen de Fondsen dat de kantonrechter ten onrechte heeft overwogen dat de Fondsen geen belang hebben bij hun vorderingen voor zover die zien op een "kortere periode" (vanaf 2016).

5.20.

Tussen partijen is niet in geschil dat de isolatie-uitzondering per 1 januari 2016 in de cao BTER is vervallen, per 8 april 2016 in de cao Bouw & Infra en per 15 juli 2016 in het Verplichtstellingsbesluit. Het hof ziet derhalve aanleiding om de door [geïntimeerde] gevorderde verklaring voor recht dat de Bouwregelingen niet op haar van toepassing zijn toe te wijzen in die zin dat de verklaring voor recht (i) ten aanzien van de cao BTER wordt toegewezen over de periode vanaf 1 januari 2007 tot 1 januari 2016, (ii) ten aanzien van de cao Bouw & Infra vanaf 1 januari 2007 tot 8 april 2016 en (iii) ten aanzien van het Verplichtstellingsbesluit van 1 januari 2007 tot 15 juli 2016.

5.21.

Het hof ziet geen aanleiding om de vorderingen van de Fondsen (te weten: de verklaringen voor recht dat [geïntimeerde] ná de genoemde data wel onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit, de cao Bouw & Infra en de cao BTER valt en de daarmee samenhangende vorderingen tot premiebetalingen danwel overige vorderingen) ná de genoemde data wel toe te wijzen. Tussen partijen is wel in geschil of [geïntimeerde] vanaf de genoemde data in 2016 onder de werkingssfeer van de Bouwregelingen valt. Bovendien is het debat, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, enkel gegaan over de vraag of [geïntimeerde] vanaf 2007 tot 2016 onder de werkingssfeer van de Bouwregelingen valt en over de uitleg van de in die periode geldende werkingssfeerbepaling (en niet ook over de periode daarna). Grief 6 in incidenteel appel slaagt en (dit deel van) grief 4 in principaal appel faalt.

5.22.

Gelet op het voorgaande bestaat geen grond voor toekenning van de vordering van de Fondsen tot betaling van premies danwel overige vorderingen ten opzichte van [geïntimeerde]. Daarom hebben de Fondsen geen belang bij toewijzing van hun vorderingen tot het verstrekken van loon- en premiegegevens en een controleverklaring van een registeraccountant, zodat ook deze vorderingen worden afgewezen.

Slotsom en kosten

5.23.

De grieven 4, 5 en 6 in incidenteel appel slagen. De overige grieven in incidenteel appel en de grieven in principaal appel treffen geen doel. Het bestreden eindvonnis zal worden vernietigd, voor zover daarbij de verklaringen voor recht zijn toegewezen dat de Bouwregelingen niet gelden voor [geïntimeerde] in de periode 2007-2016. De Fondsen zijn in het hoger beroep in het ongelijk gesteld en zullen daarom worden veroordeeld in de kosten van het geding in principaal en incidenteel hoger beroep.

6 Beslissing

Het hof:

rechtdoende in principaal en incidenteel appel:

vernietigt het bestreden eindvonnis, voor zover daarbij voor recht is verklaard dat het Verplichtstellingsbesluit, de cao Bouw & Infra en de cao BTER voor [geïntimeerde] niet gelden in de periode 2007-2016, zodat de Fondsen daaraan geen aanspraken tot betaling van premies danwel overige vorderingen ten opzichte van [geïntimeerde] kunnen ontlenen;

en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat het Verplichtstellingsbesluit niet geldt voor [geïntimeerde] in de periode vanaf 1 januari 2007 tot 15 juli 2016, dat de cao Bouw & Infra voor [geïntimeerde] niet geldt in de periode vanaf 1 januari 2007 tot 8 april 2016 en dat de cao BTER voor [geïntimeerde] niet geldt in de periode vanaf 1 januari 2007 tot 1 januari 2016, zodat de Fondsen gedurende deze periodes daaraan geen aanspraken tot betaling van premies danwel overige vorderingen ten opzichte van [geïntimeerde] kunnen ontlenen;

bekrachtigt de bestreden vonnissen voor het overige;

veroordeelt de Fondsen in de kosten van het geding in principaal en incidenteel hoger beroep en begroot deze kosten, tot op heden aan de zijde van [geïntimeerde] in principaal hoger beroep begroot op € 6.561,00 aan verschotten en € 8.856,00 voor salaris en in incidenteel hoger beroep op € 4.428,00 aan salaris;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

mr. W.P.M. Thijssen

In deze annotatie beperk ik mij tot de kwestie rond het verplichtstellingsbesluit van Bpf Bouw.

1.

De eerste kwestie betrof de representativiteit van de sociale partners die de verplichtstelling van Bpf Bouw hadden aangevraagd. Omdat geen zienswijze was ingediend in het kader van de aanvraag tot verplichtstelling, had het verplichtstellingsbesluit bestuursrechtelijk gezag van gewijsde gekregen. Daarom kon het niet meer worden aangetast. Zie overweging 5.4. Het hof verwijst naar overweging 3.2.2 van het Deliveroo-arrest van de Hoge Raad (HR 24 november 2023, [ECLI:NL:HR:2023:1622](#), [PJ 2024/9](#) met annotatie mr. V. Gerlach). Daarin verwijst de Hoge Raad zelf naar de conclusie van de A-G (PHR 24 februari 2023, [ECLI:NL:PHR:2023:225](#), [PJ 2023/21](#) met redactionele aantekening prof. dr. E. Lutjens). De wet kent een procedure voor het intrekken van een verplichtstelling bij gebreke aan representativiteit. Intrekking heeft geen terugwerkende kracht. Zie overweging 5.86 van de conclusie van de A-G. Het hof oordeelde dat het in de procedure waarin moest worden geoordeeld geen bevoegdheid had om de verplichtstelling “buiten toepassing te laten” op grond van gebrek aan representativiteit. Kennelijk werd (impliciet) een beroep op het onaanvaardbaarheidsleerstuk gedaan. Aan toepassing daarvan kwam het hof niet toe, omdat dan een buitenwettelijke rechtsgang zou worden gecreëerd om een verplichtstelling zijn werking te ontnemen terwijl de wet in een nauwkeurig beschreven route voorziet. Ik ga deze niet uiteenzetten maar verwijs daarvoor naar mijn annotaties in deze periodiek bij gerechtshof Amsterdam 7 juni 2022, [ECLI:NL:GHAMS:2022:1708](#), [PJ 2022/111](#) en Rechtbank Den Haag 24 juli 2024, [ECLI:NL:RBDHA:2024:11549](#), [PJ 2024/115](#).

2.

De tweede

kwestie betrof de bewijslastverdeling ten aanzien van beantwoording van de vraag of de asbestuitzondering in het verplichtstellingsbesluit dat gold van 1 juli 2005 tot 15 juli 2016 voor de werkgever gold. Het hof oordeelde dat Bpf Bouw moest bewijzen dat de ondernemingsactiviteit van de werkgever was gericht op asbestverwijdering. Als dat zo zou zijn, moest Bpf Bouw óók moest bewijzen dat de isolatie-uitzondering niet van toepassing was. De werkgever hoefde niet te bewijzen dat de isolatie-uitzondering van toepassing zou zijn. De werkgever kon volstaan met een “verzwaarde betwistplicht” ten aanzien van de stelling van Bpf Bouw dat de onderneming van de werkgever was gericht op asbestverwijdering en de stelling van Bpf Bouw dat de isolatie-uitzondering niet van toepassing was. Zie overweging 5.8. Op de werkgever rustte een “verzwaarde” betwistplicht omdat de informatie die Bpf Bouw nodig had om aan haar stelplecht en bewijslast te kunnen voldoen zich in het domein van de werkgever bevond. Uit overweging 5.18 volgt dat de werkgever op basis van overgelegde stukken voldoende had onderbouwd dat de ondernemingsactiviteit onder de isolatie-uitzondering viel. Mijns inziens had het hof daar in lijn van overweging 5.8 moeten oordelen dat de werkgever voldoende had betwist dat de isolatie-uitzondering niet van toepassing zou zijn. Of dat inhoudelijk uitmaakt en tot geslaagde cassatie zou kunnen leiden, behandel ik hierna

nog.

3.

De derde kwestie betrof de connexiteit tussen de asbestverwijdering en isolatie. Het hof oordeelde dat aan de connexiteitseis was voldaan. Daarvoor zou nodig zijn dat een zekere connexiteit bestaat tussen het verwijderen van asbest en het aanbrengen van isolerende materialen. Zie overweging 5.15. Die connexiteitseis ligt in lijn van de woorden “ten behoeve van” zoals opgenomen in de tekst van het verplichtstellingsbesluit. Uit de feiten verwoord in de overwegingen 5.16 en 5.17 concludeert het hof in overweging 5.18. dat de isolatie-uitzondering van toepassing zou zijn. Ik kan dat niet helder uit de door het hof opgesomde feiten afleiden, maar begrijp het onder verwijzing naar overweging 5.18 zo dat asbest werd verwijderd uit bestaand isolatiemateriaal. Dan zou het kunnen zijn dat het hof vond dat verwijdering van asbest uit bestaande isolatie kan worden beschouwd als het gelijktijdig verwijderen van asbest en het herstellen en/of onderhouden van isolerende materialen. Als ik het zo goed zou hebben begrepen, is de betekenis van het vereiste van “voorbehandeling” sterk (of helemaal?) uitgehold, omdat voorbehandeling dan feitelijk zou zijn versmolten met herstel en/of onderhoud. Daardoor zou een beroep op onjuiste interpretatie van het verplichtstellingsbesluit in cassatie kans van slagen kunnen hebben. Ik ga echter niet verder in op de isolatie-uitzondering, omdat deze sinds 15 juli 2016 is vervallen. Deze interpretatiekwestie is daarom voor de rechtsontwikkeling nog slechts relevant voor “oude” zaken.

4.

Ligt de geannoteerde uitspraak in lijn van eerdere rechtspraak? Een analyse van eerdere rechtspraak uit 2019 (steeds van gerechtshof Amsterdam) geeft het volgende inzicht:

- Gerechtshof Amsterdam 30 april 2019, [ECLI:NL:GHAMS:2019:1509](#), [PJ 2019/86](#) inzake Dulo Asbestverwijdering/Bpf Bouw: de isolatie-uitzondering was niet van toepassing omdat de werkgever niet, althans niet voldoende, gesteld en evenmin met feiten had onderbouwd dat, en in welke mate, haar verwijderingswerkzaamheden werden gevolgd door het aanbrengen van isolatie (door Dulo zelf of een ander) zodat geen sprake was van connexiteit tussen de werkzaamheden van Dulo en opvolgende isolatiewerkzaamheden; overweging 3.10;
- Gerechtshof Amsterdam 23 juli 2019, [ECLI:NL:GHAMS:2019:2673](#), [PJ 2019/120](#) inzake Asbestzorg Holland/Bpf Bouw: de isolatie-uitzondering was niet van toepassing omdat door de werkgever niet was geconcretiseerd dat sprake zou zijn van de volgens het verplichtstellingsbesluit vereiste connexiteit tussen de asbestverwijdering en isolatiemaatregelen; overweging 3.14;
- Gerechtshof Amsterdam 23 juli 2019, [ECLI:NL:GHAMS:2019:2666](#), [PJ 2019/121](#) inzake Bpf Bouw/Ecoreno: idem; overweging 3.14 met in overweging 3.15 dat het verplichtstellingsbesluit van Bpf Bouw zo moet worden geïnterpreteerd dat geen overlap met het verplichtstellingsbesluit van pensioenfondsen metaal en techniek, maar dat ook geen leemte ontstaat (vgl. HR 2 juni 2023, [ECLI:NL:HR:2023:847](#), [PJ 2023/69](#) met redactionele aantekening prof. dr. E. Lutjens inzake PMT/Riooltechniek waarin ook door de Hoge Raad werd geoordeeld dat in het licht van het leerstuk van het (on)aannemelijk rechtsgevolg dat bij de interpretatie van aanpalende verplichtstellingsbesluiten zowel overlap als een leemte moet worden voorkomen; zie overweging 3.8.1).

5.

De lijn komt mij niet geheel consistent voor: in de eerste uitspraak diende de werkgever te stellen en te onderbouwen dat de isolatie-uitzondering voor hem gold. In de twee zaken van drie maanden later was door de werkgever niet geconcretiseerd dat de isolatie-uitzondering gold. In de geannoteerde uitspraak gold de isolatie-uitzondering wél, maar als aangegeven op basis van een niet geheel consistente en wederom andere onderbouwing.

6.

Daarom verdient de als tweede behandelde kwestie meer aandacht, met name op het punt van de voor het eerst door het hof gehanteerde leer van de verzwaarde betwistplicht. Zoekend op “betwistplicht” in de rechtspraak van de Hoge Raad worden 13 conclusies van de procureur- of advocaat-generaal gevonden waarin de “betwistplicht” wordt behandeld, maar in de rechtspraak van de Hoge Raad komt de term niet terug. Uit de conclusies volgt dat de buitenwettelijke term “betwistplicht” moet worden gelezen in de context van art. 149 Rv.: feiten die zijn gesteld en die niet of niet voldoende zijn betwist moeten door de rechter als vaststaand worden aangenomen. Een al dan niet verzwaarde betwistplicht wordt aangenomen in situaties waar feiten zich exclusief in het domein van een van de partijen bij een procedure bevinden: die partij moet de betreffende informatie ontsluiten omdat de andere partij dat niet kan en anders in bewijsnood zou komen. Zoekend op “betwistingsplicht” worden wel uitspraken van de Hoge Raad gevonden waarin dit leerstuk in de geschetste zin wordt toegepast. Ik wijs als voorbeeld op HR 6 december 2024, [ECLI:NL:HR:2024:1812](#) inzake Russische Federatie/Everest Estate c.s. waarin werd geoordeeld dat onvoldoende feiten waren aangevoerd voor het betwisten van de legaliteit van bepaalde investeringen. Toegespitst op de isolatie-uitzondering in het verplichtstellingsbesluit van Bpf Bouw: weliswaar rust op Bpf Bouw de bewijslast dat de isolatie-uitzondering niet van toepassing is omdat Bpf Bouw moet stellen en bewijzen dat een werkgever verplicht is tot aansluiting, maar Bpf Bouw zou in bewijsnood komen als de werkgever niet de benodigde feitelijke informatie zou hoeven aan te leveren om Bpf Bouw in staat te stellen het bewijs te leveren dat de isolatie-uitzondering niet van toepassing is (of zelfstandig tot het oordeel te laten komen dat de isolatie-uitzondering inderdaad van

toepassing is, als de werkgever dat stelt). De betwistplicht die het hof aannam hield in dat de werkgever moest stellen dat de isolatie-uitzondering van toepassing was en de feiten moest ontsluiten die het Bpf Bouw respectievelijk de rechter mogelijk zouden maken dat zelfstandig vast te stellen. Dat komt er feitelijk op neer dat de werkgever moest “onderbouwen” dat de isolatie-uitzondering van toepassing was, omdat de rechter gestelde feiten slechts in aanmerking neemt als de partij die ze inbrengt toelicht waarom ze relevant zijn. In die zin werd geoordeeld in HR 10 maart 2017, [ECLI:NL:HR:2017:404](#); overweging 3.2.2 waarin ook eerdere rechtspraak in deze zin werd aangehaald.