

INHOUD

Kroniek Pensioenrecht

- 71** Wetgeving en beleid
- 72** Arbeidsrecht
 - 72** Eenzijdige wijziging pensioenovereenkomst
 - 72** Slapend dienstverband
 - 73** Mogelijke aftopping van afvloeiingsregelingen bij vroegpensioenering
- 74** Bedrijfstakpensioenfondsen: aansluiting
 - 74** (On) duidelijke termen
 - 74** Werkingsfeer
 - 75** Dwingend recht
- 75** Bedrijfstakpensioenfondsen: vrijstelling
- 76** Toeslagverlening
- 77** Pensioen en scheiding
 - 77** Externe uitvoering pensioen in eigen beheer bij verevening na scheiding
 - 77** Peildatum voor waardering
 - 78** Uitgestelde pensioenverrekening
 - 78** Pensioenverevening
 - 79** Pensioenverweer

Kroniek Arbeidsrecht

- 80** Ontbinding wegens disfunctioneren
- 80** Vernietiging arbeidsovereenkomst wegens bedrog
- 81** Transitievergoeding
- 82** Billijke vergoeding
- 82** Procesrecht
- 83** Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden
- 84** Omzeiling ketenregeling
- 84** Slapende dienstverbanden
- 85** Bovenwettelijke vakantiedagen
- 85** Overgang van onderneming
- 86** Gelijke behandeling
- 86** Arbeidsomstandigheden
- 86** Stakingsrecht
- 87** Wet- & regelgeving
 - 87** Wet arbeidsmarkt in balans
 - 87** Cumulatieontslaggrond /i-grond
 - 87** Transitievergoeding vanaf dag één
 - 87** Verruiming ketenregeling
 - 87** Oproepkrachten
 - 87** Payrolling
 - 87** Wijziging WW-premie
 - 87** Verhoging maximale transitievergoeding



Deze en eerdere Kronieken zijn ook te lezen op de website van het *Advocatenblad*. U dient zich daarvoor aan te melden met uw gebruikersnaam en wachtwoord. Als u nog geen account heeft, kunt u dat maken. Gebruik daarvoor eenmalig het wachtwoord **Advocatenblad**, om dat vervolgens te veranderen in een wachtwoord naar keuze.

Publicatiedatum 28 april 2020

100e jaargang

Het *Advocatenblad*, het blad voor de Nederlandse advocatuur, verschijnt 10 keer per jaar en wordt uitgegeven door Boom juridisch. De van de Nederlandse orde van advocaten onafhankelijke redactie stelt de inhoud samen.

Hoofdredacteur

Kees Pijnappels

Coördinatie

Sabine Droogleeuwer Fortuyn

Advocaat-redactieleden

Jan Wouter Alt, Aldert van der Bent, Yola Gerads, Karol Hillebrandt, Jack Linssen, Robert Malewicz, Coline Norde, Christiane Verfuurden, Paulien Willemsen, Rogier Wolf

Beeldredactie

Charlotte Helmer

Illustraties

Floris Tilanus

Vormgeving

Textcetera, Den Haag

Eindredactie

Tatiana Schellema

Correctie

Sandra Braakmann

Druk

Wilco, Amersfoort

Citeerwijze

Adv.bl. 2020-4, Kroniek Pensioenrecht, p.
Adv.bl. 2020-4, Kroniek Arbeidsrecht, p.

Aan dit nummer werken mee

Nadia Adnani, Bastian Bodewes, Annemiek Cramer, Karol Hillebrandt, Jan Aart van de Hoef, Christiaan Oberman, Naïme Tali, Wim Thijssen

Redactionele bijdragen

Bijdragen kunnen naar redactie@advocatenorde.nl. Per 500 woorden leveren deze 1 opleidingspunt op. De redactie heeft het recht bijdragen in te korten. De redactie is telefonisch bereikbaar op nummer 070-335 35 70.

Boom juridisch

Selma Soetenhorst-Hoedt (uitgever)

Bureau van de orde

Neuhuyskade 94, 2596 XM Den Haag, postbus 30851, 2500 GW Den Haag, info@advocatenorde.nl, 070-335 35 35, helpdesk: helpdesk@advocatenorde.nl, 070-335 35 54.

Abonnementen

De abonnementsprijs bedraagt € 240 per jaar (excl. btw, incl. verzendkosten). Een abonnement biedt u naast de gedrukte nummers tevens het online-archief vanaf 2001 én een e-mailattending. Kijk op www.advocatenblad.nl voor meer informatie en het afsluiten van een abonnement. Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip ingaan en worden stilzwingend verlengd, tenzij het abonnement schriftelijk wordt opgezegd. Na afloop van het eerste abonnementsjaar dient u rekening te houden met een

opzegtermijn van één maand. Kijk op www.tijdschriften.boomjuridisch.nl voor meer informatie. Wilt u een abonnement afsluiten of heeft u vragen? Neem dan contact op via klantenservice@boomdenhaag.nl of via telefoonnummer 070-330 70 33.

Adreswijzigingen

Boom juridisch via klantenservice@boomdenhaag.nl of via telefoonnummer 070-330 70 33.

Adreswijzigingen van advocaten:

adres@advocatenorde.nl.

Media-advis

Maarten Schüttel

Advertentiedeelname

Capital Media Services B.V., Staringstraat 11, 6521 AE Nijmegen
Tel. 024-360 77 10, mail@capitalmediaservices.nl

Behoudens door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervoerdigd of openbaar gemaakt zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan het *Advocatenblad* impliceert toestemming voor openbaarmaking en vervoerdigdiging t.b.v. de (elektronische) ontsluiting van (delen van) het *Advocatenblad* in enige vorm.

KRONIEK PENSIOENRECHT

Pensioenen waren in 2019 volop in de publiciteit: vanwege de dreigende pensioenkortingen (die door aan een 'noodknop' te draaien werden voorkomen) en omdat een moeizaam Pensioenakkoord werd bereikt. Ook een regeling voor het groeiende leger zzp'ers' was geen taboe meer. In de rechtspraak signaleren wij diverse ontwikkelingen. Rechter waren kritisch over de onduidelijke taal van verplichtstellingsbesluiten, op grond waarvan ondernemingen bij pensioenfondsen zijn aangesloten. Geoordeeld werd dat het Nederlandse stelsel van verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen vóórgaat aan het EU-recht om wat 'social dumping' door buitenlandse werkgevers in Nederland wordt genoemd, en daarmee oneerlijke concurrentie, een halt toe te roepen. En de Hoge Raad boog zich over leeftijdsdiscriminatie bij het 'aftoppen' van afvloeiingsregelingen, slapende dienstverbanden en het zwaarwichtigheidsbeginsel bij eenzijdige wijziging van een pensioenovereenkomst.

DOOR / BASTIAN BODEWES, ANNEMIEK CRAMER, JAN AART VAN DE HOEF, NAIME TALI & WIM THIJSSSEN

WETGEVING EN BELEID

Op 13 januari 2019 trad de implementatiewetgeving van de herziene IORP-richtlijn (IORP II) in werking². Deze wet bevat een regeling voor grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten vanuit Nederland naar een andere EU-Lidstaat (zie art. 90a Pensioenwet) en vanuit een andere EU-Lidstaat naar Nederland (zie art. 92a Pensioenwet). De regelingen gelden voor Nederlandse pensioenfondsen en premiepensioeninstellingen, maar niet voor verzekeraars omdat verzekeraars geen IORPS in de zin van Richtlijn IORP-II³ zijn⁴. Verder gelden nieuwe informatieverplichtingen voor werkgevers en pensioenfondsen⁵ en stringenter eisen voor de *governance* van pensioenfondsen. Volgens de nieuwe regeling moeten de risicobeheerfunctie, de interne auditfunctie en de actuariële functie door daarvoor geschikt bevonden sleutelfunctiehouders worden bekleed⁶. Op grond van de Wet arbeidsmarkt in balans⁷ dient voor payrollwerknemers in een 'adequaat' pensioen te worden

voorzien. Dat is, in grote lijnen, dezelfde basispensioenregeling als bedoeld in artikel 1 Pensioenwet die geldt voor de werknemers in de branche waarin de payrollwerknemer werkzaam is, of de basispensioenregeling die in de branche gebruikelijk is indien uitsluitend payrollwerknemers werkzaam zijn⁸. Het recht op adequaat pensioen gaat gelden vanaf 2021⁹. Aan de tweede pijler ouderdomspensioenen ligt in de eerste pijler de AOW ten grondslag. De AOW-leeftijd is de afgelopen jaren een belangrijk issue geweest, ook in de rechtspraak. Op grond van de Wet temporisering verhoging AOW-leeftijd¹⁰ is voor de jaren 2020 tot en met 2024 de AOW-leeftijd vastgesteld. Minister Koolmees heeft aangekondigd dat vervroegde ingang van de AOW voor ingezetenen die zwaar werk verrichten een onbegaanbare weg is¹¹ en dat de AOW-leeftijd in 2025 67 jaar zal blijven¹². Op 16 september 2019 werd een wetsvoorstel Wet pensioenverdeling bij scheiding 2021 bij de Tweede Kamer ingediend¹³. Op hoofdlijnen komt het erop neer dat bij scheiding vijftig procent van tijdens huwelijk of gere-

gistreerd partnerschap opgebouwd ouderdomspensioen en partnerspensioen aan de ex-partner toekomt, waarbij conversie (omzetting in een eigen ouderdomspensioen voor de ex-partner) de hoofdregel wordt. Van groot belang is uiteraard dat op 4 juni 2019 een Pensioenakkoord werd bereikt¹⁴. Overheid en sociale partners spraken af dat de AOW-leeftijd langzamer zal stijgen dan momenteel voorzien (zie hiervoor). De doorsneepremie bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen wordt afgeschaft en vervangen door degressieve pensioenopbouw in combinatie met een uiterst ingewikkelde en kostbare compensatie voor zowel jongeren als ouderen. Aan artikel 10 Pensioenwet wordt een nieuw soort pensioenovereenkomst toegevoegd, gekenmerkt door collectieve risicodeling. Ook wordt het fiscale pensioenkader herzien. Voor werknemers met 'zware beroepen' wordt het mogelijk om vervroegd uit te treden. Veel aandacht ging tenslotte naar de pensioenpositie van zelfstandigen en werknemers zonder pensioenregeling.

Bastian Bodewes is advocaat bij Van Heest Bodewes Pensioenrechtadvocatuur te Assen respectievelijk Haarlem, **Annemiek Cramer CPL**, **Jan Aart van de Hoef CPL** en **Wim Thijssen** zijn advocaat bij Pensioenadvocaten.nl respectievelijk te Amsterdam, Woerden en Heemstede, **Naime Tali** is advocaat bij Talegal te Amsterdam. **Wim Thijssen** is tevens verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht te Amsterdam.

Inmiddels is een vervolgakkoord in de maak over een verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen¹⁵. Nieuw is ook dat de vaste rekenrente voor de waardering van pensioenverplichtingen van pensioenfondsen geen 'heilig huisje' meer zou zijn voor minister Koolmees. Dat betekent feitelijk dat 'zekerheid' omtrent de hoogte van pensioenen zou worden prijsgegeven, waar dan tegenover staat dat de problematiek rond het korten van pensioenen door pensioenfondsen zou zijn opgelost, omdat de zekerheidsmaatstaf wordt losgelaten.

ARBEIDSRECHT

Over de afgelopen periode wees de Hoge Raad diverse belangrijke arresten op het snijvlak van arbeidsrecht en pensioenrecht. Onder andere over het eenzijdig wijzigen van pensioenovereenkomsten, slapende dienstverbanden en de aftopping van afvloeiingsregelingen voor werknemers met pensionering in zicht.

Eenzijdige wijziging pensioenovereenkomst

De werkgever kan de verdeling van de pensioenpremielast niet zomaar wijzigen met een beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW in de arbeidsovereenkomst (en het arbeidsreglement), oordeelde de Hoge Raad op 29 november 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1869). In het arbeidsreglement was bepaald dat de premie voor het werknemerspensioen geheel voor rekening kwam van de werkgever. De werkgever wijzigde (met instemming van de groeps-ondernemingsraad) de in het arbeidsreglement opgenomen wijze waarop de pensioenpremie over de werknemer en de werkgever werd verdeeld (hierna: 'de premielastverdeling'), in die zin dat met ingang van 1 januari 2014 een deel van de verschuldigde pensioenpremie voor rekening van de werknemers zou komen. Ter compensatie van de nieuwe premielastverdeling ontvingen de werknemers eenmalig een bedrag van (ten hoog-

ste) 100 euro bruto. De werknemers maakten daar bezwaar tegen. De Hoge Raad oordeelde dat de tekst en strekking van artikel 7:613 BW meebrengen dat wanneer de werkgever zich beroept op een eenzijdig wijzigingsbeding, de rechter (met inachtneming van alle omstandigheden van het geval) moet beoordelen of het belang van de werkgever bij wijziging van de arbeidsvoorwaarde, ten opzichte van het belang van de werknemer bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde, zodanig zwaarwichtig is dat het belang van de werknemer op gronden van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van de werkgever.

In deze belangenafweging wordt het vereiste gewicht van de belangen van de werkgever volgens de Hoge Raad mede bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daar tegenover staan.

De Hoge Raad lijkt hiermee niet van de absolute, maar van de relatieve benadering van artikel 7:613 BW uit te gaan. De absolute benadering houdt in dat de werkgever een zwaarwichtig belang moet hebben voor de door hem gewenste wijziging. In dat geval moet vervolgens worden getoetst of het belang van de werknemer bij handhaving van de arbeidsvoorwaarden voor het belang van de werkgever moet wijken. In de absolute benadering is daarom sprake van een tweetrapstoets (vergelijkbaar met de dubbele redelijkheidstoets uit het Stoof/Mammoet-arrest). De relatieve benadering houdt in dat het belang van de werkgever bij wijziging van de arbeidsvoorwaarden in redelijke verhouding moet staan tot het belang van de werknemer bij handhaving van de arbeidsvoorwaarden. Omdat de Hoge Raad van de relatieve leer lijkt uit te gaan, rijst de vraag of bij toepassing van een eenzijdig wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW een andere toetsmethodiek geldt dan bij toepassing van de Stoof/Mammoet-leer. Onduidelijk is of de Hoge Raad wat betreft de Stoof/Mammoet-leer

een andere weg zal inslaan, namelijk die van de belangenafweging zoals in de onderhavige zaak. Ook is de vraag hoe de zwaarwichtigheidstoets (art. 7:613 BW), de dubbele redelijkheidstoets (Stoof/Mammoet) en de onaanvaardbaarheidstoets (art. 6:248 BW) zich verhouden, en wanneer welke toets geldt (verschil tussen een collectieve wijziging versus een individuele wijziging van arbeidsvoorwaarden).

Slapend dienstverband

Over de beëindiging op verzoek van de werknemer van een slapend dienstverband na langdurige ziekte en toekenning van een ontslagvergoeding, beantwoordde de Hoge Raad in zijn arrest van 8 november 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1734) vier prejudiciële vragen. De eerste drie stelden, kort gezegd, aan de orde of de maatstaf van het arrest-Stoof/Mammoet zich leent voor 'omgekeerde toepassing' bij het beantwoorden van de vraag of een werkgever verplicht is een voorstel van de werknemer tot beëindiging van een 'slapend dienstverband' te aanvaarden, en de werknemer daarbij een vergoeding te betalen. Als de vragen 1 tot en met 3 (deels) ontkennend zouden worden beantwoord, was de vierde vraag of een werkgever dan toch op grond van het 'goed werkgeverschap' (art. 7:611 BW) verplicht zou kunnen zijn om akkoord te gaan met een voorstel tot beëindiging met wederzijds goedvinden van de arbeidsovereenkomst van een werknemer die wegens langdurige arbeidsongeschiktheid ontslagen kan worden. De werknemer had voorgesteld dat de werkgever hem een ontslagvergoeding zou betalen ter hoogte van het bedrag dat de werkgever op grond van de Wet van 11 juli 2018, waarin staat dat de werkgever de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid¹⁶, kan verhalen op het UWV. Zo ja, aan welke voorwaarden dient dan getoetst te worden of een dergelijke verplichting



van de werkgever om zo een voorstel te aanvaarden, bestaat?

Het antwoord van de Hoge Raad op de vragen 1 tot en met 3 luidde dat de maatstaf van het arrest-Stoof/Mammoet zich niet leent voor 'omgekeerde toepassing', omdat die maatstaf immers is gegeven voor wijziging van de arbeidsovereenkomst en niet voor gehele beëindiging daarvan. Daar komt volgens de Hoge Raad bij dat de positie van een werkgever zodanig verschilt van die van een werknemer, dat de maatstaf van het arrest-Stoof/Mammoet zich ook om die reden niet leent voor 'omgekeerde toepassing'. Het antwoord van de Hoge Raad op vraag 4 luidde dat als is voldaan aan de wettelijke vereisten om de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid te kunnen beëindigen, als uitgangspunt geldt dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW, verplicht is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding. Daarbij geldt dat die vergoeding niet hoger hoeft te zijn dan de transitievergoeding die verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de dag na die waarop de

werkgever de arbeidsovereenkomst wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer had kunnen (doen) beëindigen. Op dit uitgangspunt kan een uitzondering worden gemaakt als de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. Zo'n belang kan bijvoorbeeld gelegen zijn in reële re-integratiemogelijkheden voor de werknemer, maar niet in de omstandigheid dat de werknemer op het moment dat hij zijn beëindigingsvoorstel doet, de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt. De kwestie rond de slapende dienstverbanden is in verband met het pensioenrecht in zoverre van belang, dat de werkgever het dienstverband met een arbeidsongeschikte werknemer niet onder alle omstandigheden in stand kan laten als slapend dienstverband totdat het slapend dienstverband eindigt door pensioenontslag op of na de AOW-datum van de werknemer, met als voor de werkgever het gunstig rechtsgevolg dat geen transitievergoeding is verschuldigd.

Mogelijke aftopping van afvloeiingsregelingen bij vroegpensionering

In HR 24 januari 2020 (ECLI:NL:HR:2020:114) oordeelde de Hoge Raad over de vraag of een in een sociaal plan getroffen regeling over maximering van een ontslaguitkering (aftoppingsregeling), in het geval van een werknemer die in aanmerking komt voor vroeg-

pensionering, in strijd was met het verbod op leeftijdsdiscriminatie. Het ging om een zaak van een 62-jarige man tegen zijn voormalige werkgever ABN Amro. Artikel 3, aanhef en onder c Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBLA) verbiedt onder meer het maken van onderscheid naar leeftijd bij het beëindigen van een arbeidsovereenkomst. Artikel 7 lid 1, aanhef en onder c, WGBLA bepaalt dat dit verbod niet geldt indien het onderscheid objectief is gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Volgens de Hoge Raad berustte het oordeel van het hof over de passendheid en de noodzakelijkheid van de aftoppingsregeling niet op een afweging in redelijkheid van de gestelde, ter zake dienende omstandigheden. De ruime beoordelingsmarge van sociale partners om een evenwicht te bepalen tussen hun respectieve belangen, en de flexibiliteit die zij hebben om een genomen maatregel zo nodig aan te passen, brengen volgens de Hoge Raad mee dat de rechter de door de sociale partners gemaakte keuzes met *terughoudendheid* moet beoordelen. In dat verband had het hof ten aanzien van de passendheid van de overeengekomen aftoppingsregeling moeten beoordelen of deze regeling *niet kennelijk ongeschikt* was voor het bereiken van de legitieme doelen die daarmee werden nagestreefd. Ten aanzien van de noodzakelijkheid van de aftoppingsregeling had het hof volgens de Hoge Raad moeten beoordelen of zij op excessieve wijze afbreuk deed aan de belangen van de daardoor benadeelden. Daarbij had het hof de regeling in haar eigen regelingscontext moeten plaatsen door ook acht te slaan op de door de werkgever ingestelde mobiliteitsorganisatie en de getroffen en bekostigde pensioenmaatregelen. Ook had het hof rekening moeten houden met zowel het nadeel dat voor de betrokken personen aan de aftoppingsregeling kleefde als met het voordeel daarvan.

Volgens de Hoge Raad had het hof deze maatstaven en omstandigheden niet (kenbaar) aan zijn oordeel ten grondslag gelegd. Er volgde verwijzing naar Gerechtshof Den Haag.

BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDSEN: AANSLUITING

Over de vraag of een bedrijf wel of niet onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds valt, was veel te doen. In zijn arrest in de zaak die bedrijfstakpensioenfonds BPF Reisbranche tegen Booking.com aanspande (Gerechtshof Amsterdam 28 mei 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:1849)), stelde Gerechtshof Amsterdam voorop dat de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds vanwege de verplichtingen die daaruit voortvloeien *duidelijk* dient te zijn, en dat werkgevers op grond van de tekst van het verplichtstellingsbesluit moeten kunnen bepalen of zij onder de verplichtstelling vallen of niet (overweging 3.6). Helaas is de formulering van verplichtstellingsbesluiten in de praktijk vaak helemaal niet zo duidelijk. Het hof voegt daaraan toe, dat bij de uitleg van een werkingssfeerbepaling de cao-norm als uitgangspunt moet worden genomen (eveneens overweging 3.6). Dat laatste is niet verrassend; het is vaste rechtspraak dat een verplichtstellingsbesluit conform de cao-norm moet worden uitgelegd. Het hof komt met toepassing van de cao-norm tot het oordeel dat Booking.com niet onder de werkingssfeer van BPF Reisbranche valt, omdat Booking.com volgens het hof niet bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten. Kennelijk is de werkingssfeerbepaling van BPF Reisbranche hier voldoende duidelijk, althans is onvoldoende duidelijk dat Booking.com wél onder de werkingssfeer zou vallen. Ook Rechtbank Rotterdam overweegt in 'de pannenkoekenzaak' (Rechtbank Rotterdam 26 juli 2019, (ECLI:NL:RBROT:2019:6053, Bedrijfstakpensioenfonds Zoetwaren/X)¹⁷, dat het voor een werkgever, gelet op de ver-

strekkende gevolgen, *duidelijk* dient te zijn dat hij onder de werkingssfeer van een verplichtstellingsbesluit valt (overweging 5.28). De kantonrechter komt op basis van de cao-norm tot het oordeel dat de betreffende pannenkoekenproducent niet verplicht is tot aansluiting bij BPF Zoetwaren. De kantonrechter overweegt dat indien was beoogd om pannenkoeken, een aparte productgroep, onder de werkingssfeer van het fonds te laten vallen, dat gelet op de vereiste duidelijkheid in het verplichtstellingsbesluit had moeten worden opgenomen (eveneens overweging 5.28).

(On)duidelijke termen

Onduidelijke termen hebben ook tot procedures geleid. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:7382) kreeg te oordelen over het begrip 'beeldende vorming' uit het voor Pensioenfonds Zorg en Welzijn (PFZW, ook een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds) toepasselijke verplichtstellingsbesluit. Het hof komt daar niet uit. Het hof oordeelt dat, gelet op de cao-norm, geldt dat de formulering van het verplichtstellingsbesluit zodanig moet zijn dat het voor een gemiddelde werkgever bij lezing daarvan *duidelijk* is, of naar objectieve maatstaven redelijkerwijs moet zijn, dat zijn bedrijfsactiviteiten onder de werkingssfeer van het besluit vallen. Aan de hand van de cao-norm komt het hof niet tot een eenduidige uitleg van het begrip 'beeldende vorming'; zowel de door het PFZW voorgestane uitleg, als die van de betreffende werkgever is naar het oordeel van het hof mogelijk. Het hof komt 'al met al' tot het oordeel dat de betreffende werkgever niet verplicht is tot aansluiting bij het PFZW, omdat het begrip 'beeldende vorming' onvoldoende duidelijk is om daaraan de door het PFZW voorgestane uitleg te geven. Het oordeel van het hof dat indien eenduidige uitleg aan de hand van de cao-norm niet mogelijk is (en het verplichtstellingsbesluit dus onvoldoende duidelijk is geformuleerd), geen aansluitingsverplichting bestaat, is in lijn met het feit dat de cao-norm ook de individuele werkgever beoogt te beschermen (Hoge Raad 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, FNV/Condor). Dat verplichtstellingsbesluiten voor bedrijfstakpensioenfondsen vaak onduidelijk zijn geformuleerd blijkt wel uit de stroom van uitspraken over de interpretatie ervan: Gerechtshof Den Bosch 30 april 2019 (ECLI:NL:GHSHE:2019:1614, X/PFZW en ETZ)¹⁸, Rechtbank Gelderland 26 juni 2019 (ECLI:NL:RBGEL:2019:2730, BPF Schoonmaak e.a./Vado), Gerechtshof Amsterdam 23 juli 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:2666, BPF Bouw e.a./EcoReno) en Gerechtshof Amsterdam 23 juli 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:2673, BPF Bouw e.a./Asbestzorg Holland), Rechtbank Amsterdam 26 augustus 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:6292, Bpf Vervoer/Deliveroo), Rechtbank Midden-Nederland 18 december 2019 (ECLI:NL:RBMNE:2019:6099, X BV/PFZW), Rechtbank Midden-Nederland 28 augustus 2019 (ECLI:NL:RBMNE:2019:4029, Stichting X/PFZW) en Rechtbank Amsterdam 3 februari 2020 (ECLI:NL:RBAMS:2020:821, BPF Koopvaardij/Greenpeace)¹⁹.

leerd), geen aansluitingsverplichting bestaat, is in lijn met het feit dat de cao-norm ook de individuele werkgever beoogt te beschermen (Hoge Raad 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, FNV/Condor).

Dat verplichtstellingsbesluiten voor bedrijfstakpensioenfondsen vaak onduidelijk zijn geformuleerd blijkt wel uit de stroom van uitspraken over de interpretatie ervan: Gerechtshof Den Bosch 30 april 2019 (ECLI:NL:GHSHE:2019:1614, X/PFZW en ETZ)¹⁸, Rechtbank Gelderland 26 juni 2019 (ECLI:NL:RBGEL:2019:2730, BPF Schoonmaak e.a./Vado), Gerechtshof Amsterdam 23 juli 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:2666, BPF Bouw e.a./EcoReno) en Gerechtshof Amsterdam 23 juli 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:2673, BPF Bouw e.a./Asbestzorg Holland), Rechtbank Amsterdam 26 augustus 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:6292, Bpf Vervoer/Deliveroo), Rechtbank Midden-Nederland 18 december 2019 (ECLI:NL:RBMNE:2019:6099, X BV/PFZW), Rechtbank Midden-Nederland 28 augustus 2019 (ECLI:NL:RBMNE:2019:4029, Stichting X/PFZW) en Rechtbank Amsterdam 3 februari 2020 (ECLI:NL:RBAMS:2020:821, BPF Koopvaardij/Greenpeace)¹⁹.

Werkingsfeer

Twee uitspraken over de uitleg van verplichtstellingsbesluiten komen hierna wat uitgebreider aan de orde, omdat uit die uitspraken volgt dat de werkingssfeer van het betreffende fonds, BPF Detailhandel, zeer ruim is. Daardoor kunnen ze voor veel werkgevers en (gewezen) werknemers van belang zijn. Het betreft een uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland van 27 november 2019 (ECLI:NL:RBMNE:2019:6141, franchisenemers/BPF Detailhandel) en een uitspraak van Rechtbank Amsterdam van 23 december 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:10052, Greetz/BPF Detailhandel). Het begrip 'detailhandel' (voor zover hier van belang) is in het voor BPF Detailhandel toepasselijke

verplichtstellingsbesluit, gedefinieerd als 'het bedrijf van het kopen en aan particulieren verkopen van waren'. Beide uitspraken houden in dat de verkochte waren niet dezelfde waren hoeven te zijn als de ingekochte waren. Volgens Rechtbank Midden-Nederland kwalificeert de verkoop van pizza's die zijn bereid met door de verkoper ingekochte ingrediënten als detailhandel. En volgens Rechtbank Amsterdam valt de verkoop van door de verkoper ingekochte en vervolgens gepersonaliseerde kaarten en cadeaus ook onder detailhandel. De reikwijdte van de werkingssfeer van BPF Detailhandel is op basis van deze uitspraken zeer groot. Overigens verdient opmerking dat de betreffende verkopers in onze opvatting in beginsel sowieso onder de werkingssfeer van BPF Detailhandel vallen, omdat zij naast zelf bereide pizza's en gepersonaliseerde kaarten ook bijvoorbeeld frisdranken, respectievelijk niet-gepersonaliseerde kaarten verkopen. Die verkoop kwalificeert

immers sowieso als detailhandel; het verplichtstellingsbesluit stelt geen minimum aan de verkoop. Toch is de vraag of de verkoop van bewerkte producten kwalificeert als detailhandel, voor de praktijk wel degelijk van belang is. Het is immers van belang voor de uitzondering van de werkingssfeer van BPF Detailhandel, die geldt voor werkgevers in wier onderneming de detailhandel in loonbedrag wordt overtroffen door het loonbedrag in verband met andere bedrijvigheid. Is dan sprake van verschillende bedrijvigheden of van dezelfde bedrijvigheid? Tevens verdient opmerking dat beide rechtbanken er ten onrechte van uit lijken te gaan dat werknemers die verplicht zijn tot deelneming in een ander bedrijfstakpensioenfonds zijn uitzonderd van de werkingssfeer van BPF Detailhandel; die uitzondering is met toepassing van de cao-norm niet in het verplichtstellingsbesluit te lezen.

Dwingend recht

In verband met verplichtstelling wordt nog gewezen op twee uitspraken van Rechtbank Midden-Nederland van 22 mei 2019

(ECLI:NL:RBMNE:2019:2294 en ECLI:NL:RBMNE:2019:2295)²⁰ waarin de vraag werd beantwoord of het Nederlandse stelsel van verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen als bijzonder dwingend recht geldt in het kader van toepassing van het EU-recht (artikel 9 van het Rome-I Verdrag). De Kantonrechter oordeelde dat dit zo was, waarbij een overweging was dat de regeling op grond waarvan een rechtskeuze voor buitenlands recht moet wijken voor nationaal bijzonder dwingend recht in het algemeen mede als achtergrond heeft 'sociale dumping' en daarmee oneerlijke concurrentie te voorkomen. Een Luxemburgse en een Slowaakse onderneming lieten werknemers voor vleesverwerkingsbedrijven in Nederland werken. Deze ondernemingen stelden zich op het standpunt dat de rechtskeuze in de arbeidsovereenkomsten met hun werknemers voor het 'eigen' recht juist wel zou moeten voorgaan op grond van artikel 8, lid 1 Rome-I. Daarnaast deden zij een beroep op de detachingsrichtlijn. Omdat het oordeel luidde dat de Nederlandse verplicht gestelde pensioenregeling moest worden toegepast, moest het gekozen recht wijken en rees de vraag hoe het verder zou moeten met de in plaats daarvan getroffen regelingen in Luxemburg, respectievelijk Slowakije. Ten aanzien van die regelingen oordeelde de kantonrechter in het kader van de toepassing van de detachingsrichtlijn en artikel 97, lid 2 Pensioenwet bovendien dat geen sprake was van tweede pijler pensioenregelingen.

BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDSEN: VRIJSTELLING

Een werkgever kan onder voorwaarden een vrijstelling van deelneming in een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds verkrijgen. Dat is een zaak tussen de werkgever en het bedrijfstakpensioenfonds. Een werknemer heeft hierin geen zeggenschap. Indien de werkgever overigens een or heeft, dan heeft de or wel in-

maar als we dan overstappen op een systeem van bedrijfsbospensioenfondsen? bedrijfswoudpensioenfondsen?



stemmingsrecht ten aanzien van de keuze van de werkgever om niet bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds aan te sluiten, maar een eigen regeling op te zetten in combinatie met vrijstelling. Die keuze van de werkgever beïnvloedt immers de pensioenovereenkomst (vaak een premieovereenkomst in plaats van een uitkeringsovereenkomst bij het verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds).

Op verzoeken om vrijstelling is wel de Awb (Titel 4.1.1) van toepassing, op grond waarvan een werknemer als belanghebbende bezwaar en beroep kan indienen tegen een verleende vrijstelling. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven oordeelde op 12 februari 2020 (ECLI:NL:CBB:2019:62) in hoger beroep over een bezwaar van een werknemer tegen een door een pensioenfonds 10 jaar eerder verleende vrijstelling. De werknemer raakte pas na het verstrijken van de bezwaartermijn op de hoogte van het bestaan van de vrijstelling en de gevolgen daarvan. Als belanghebbende diende de werknemer bij het pensioenfonds bezwaar in tegen de verleende vrijstelling. Zij deed dit echter ruim na het verstrijken van de bezwaartermijn, waarop haar bezwaar werd afgewezen. Vervolgens startte de werknemer een procedure bij de Rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2018:999). De rechtbank oordeelde op 15 februari 2018 dat de werknemer het bezwaar te laat had ingediend en verklaarde haar niet-ontvankelijk. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven kwam in hoger beroep tot hetzelfde oordeel. Volgens het college was het vrijstellingsbesluit van het pensioenfonds op de in artikel 3:41, eerste lid Awb voorgeschreven wijze aan de werkgever als aanvrager bekend gemaakt. In artikel 3:41, eerste lid Awb is bepaald dat de bekendmaking van besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, door toezending of uitreiking aan hen, onder wie de aanvrager geschiedt.

De Awb schrijft echter niet voor dat het vrijstellingsbesluit ook bekend moet worden gemaakt aan eenieder die hiervan gevolgen kan ondervinden. De bezwaartermijn van zes weken is volgens het college een dag na toezending van het besluit aan de werkgever gaan lopen. Van een verschoonbaar te laat bezwaar was volgens het college echter geen sprake. Dit geschil geeft weer dat indien een werknemer als belanghebbende tegen een vrijstellingsbesluit bezwaar wil maken, het goed opletten is wanneer een besluit is genomen en wanneer het de werknemer bekend is geworden, om bezwaartermijnen niet te laten verlopen. In de praktijk is het dan ook vaak zo (met het oog op bescherming van de werknemers) dat een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds aan een vrijstelling de voorwaarde verbindt dat de werkgever het besluit kenbaar maakt richting de werknemers als belanghebbenden, opdat eventueel bezwaar tijdig kan worden ingediend. Aan later in dienst tredende werknemers dient overigens eveneens kenbaar te worden gemaakt dat de pensioenovereenkomst berust op vrijstelling van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, zodat een nieuwe werknemer nog van een bezwaartermijn van twee weken gebruik kan maken.

TOESLAGVERLENING

De afgelopen periode gaf een aantal boeiende uitspraken te zien over zogenaamde onbedoeld onvoorwaardelijke toeslagverlening. Het gaat om onder de tot 2007 geldende Pensioen- en spaarfondsenwet voorwaardelijk bedoelde toeslagverlening. De voorwaarden waren dat een niet vooraf vaststaande nagestreefde index (bijvoorbeeld de prijsindex) recht zou geven op een toeslag en dat de werkgever in staat zou zijn deze toeslag te financieren. In de praktijk werd deze vorm van toeslagverlening vaak 'onvoorwaardelijk' (ongeclausuleerd) geformuleerd, in die zin dat het voorbehoud ten aanzien van

de financiering in de toekomst niet uitdrukkelijk bleek. De gedachte was dat als de werkgever de toeslagverlening jaarlijks zou financieren, het vanzelfsprekend zou zijn dat de toeslag niet zou worden toegekend indien de werkgever deze niet zou kunnen financieren. Dergelijke ongeclausuleerde toeslagverlening met uitstelfinanciering werd bij invoering van de Pensioenwet onvoorwaardelijk. Het gevolg was dat de toekomstige toeslagverlening over opgebouwde rechten onderdeel van de pensioenaanspraak werd en moest worden vóórgefinancierd (zie de definitie van 'pensioenaanspraak' in art. 1 Pensioenwet). Ongewijzigde voortzetting van de ongeclausuleerde toeslagverlening met uitstelfinanciering was mogelijk door deze alsnog te clausuleren door het opnemen van een voorwaardelijkheidsverklaring (zie art. 95, lid 3 Pensioenwet). De bedoelde uitspraken zijn Rechtbank Noord-Holland 31 juli 2019 (ECLI:NL:RBNHO:2019:6929); Gerechtshof Den Haag 21 januari 2020 (ECLI:NL:GHDHA:2020:25) en Rechtbank Den Haag 11 februari 2020 (ECLI:NL:RBDHA:2020:1061). In de uitspraken van Gerechtshof Den Haag en van Rechtbank Den Haag werd, anders dan in de uitspraak van Rechtbank Noord-Holland, *principieel* geoordeeld over de verhouding tussen artikel 20 Pensioenwet en door invoering van de Pensioenwet onbedoeld onvoorwaardelijk geworden toeslagverlening²¹. De oordelen hielden in dat onvoorwaardelijke toeslagverlening niet voor de toekomst zou kunnen worden gewijzigd. Artikel 20 Pensioenwet zou aan een dergelijke wijziging in de weg staan. De uitspraken zijn volgens de auteur van dit onderdeel van deze Kroniek *principieel* onjuist²². Uit de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet en de Invoeringswet Pensioenwet blijkt immers uitdrukkelijk dat de vorm van toeslagverlening waar het om gaat, door invoering van de Pensioenwet onvoorwaardelijk zou worden, omdat de voorwaarde rond

de financiering niet uitdrukkelijk bleek. De toeslagverlening zou, conform de oorspronkelijke bedoeling, kunnen worden gewijzigd in ook onder de Pensioenwet voorwaardelijke toeslagverlening. Daartoe zou de juiste voorwaardelijkheidsverklaring moeten worden opgenomen.

De door de wetgever onbedoelde consequenties van de bekritiseerde uitspraken zijn, dat de arbeidsvoorwaarden van de (gewezen) deelnemers door wetsduiding enorm zouden verbeteren. Voorwaardelijk bedoelde toeslagverlening, afhankelijk van de mogelijkheid van de werkgever deze te financieren, zou onvoorwaardelijk worden en de toekomstige toeslagverlening zou bovendien per 1 januari 2007 moeten worden vóórgefinancierd (waarbij de pensioenuitvoerder het insolventierisico van de werkgever zou gaan lopen omdat de pensioenuitvoerder als normadressaat geldt voor de regeling dat onvoorwaardelijke toeslagverlening onderdeel vormt van de pensioenaanspraak²³). De consequentie zou verder zijn dat een uitkeringsovereenkomst van het type eindloonsysteem ook nimmer voor de toekomst zou kunnen worden gewijzigd waar het de *coming backservice* betreft (pensioen over verstreken dienstjaren, waarop aanspraak ontstaat na een toekomstige verhoging van de pensioengrondslag). Die is immers ook 'onvoorwaardelijk' toegekend, maar is afhankelijk van onzekere toekomstige verhogingen van de pensioengrondslag en kent uitstelfinanciering (*coming backservice* zou dan ook moeten worden vóórgefinancierd)²⁴.

Compensatie in verband met het opnemen van de bedoelde voorwaardelijkheidsverklaring komt dan ook niet aan de orde omdat de arbeidsvoorwaarden door het opnemen van de voorwaardelijkheidsverklaring niet wijzigen (zonder de declaratoire wijziging zouden de arbeidsvoorwaarden juist onbedoeld bij wetsduiding verbeteren). Dat kon door het declaratoir opnemen van de voor-

waardelijkheidsverklaring worden voorkomen, in de visie van de auteur dezes óók vanaf 2007.

PENSIOEN EN SCHEIDING

Hierna worden enkele interessante uitspraken besproken betreffende de externe uitvoering van pensioenaanspraken ten behoeve van de ex-partner opgebouwd in eigen beheer, uitgestelde pensioenverrekening, alimentatie, pensioenverevening en het pensioenverweer.

Externe uitvoering pensioen in eigen beheer bij verevening na scheiding

Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde op 5 februari 2019 over de verplichting tot externe uitvoering van in eigen beheer opgebouwde en te verevenen pensioenaanspraken. De pensioenaanspraken waren ondergebracht in een Stichting Directie-pensioenfonds waarvan de man formeel geen bestuurder was. Het hof overwoog in r.o. 4.7.4 dat ook in het geval de gewezen echtgenoot in beginsel geen aanspraak kan maken op afstorting bij een pensioenverzekeraar (omdat de man de pensioenstichting niet beheerst, als bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658), in een concreet geval de eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat toch tot afstorting dient te worden overgegaan. Op basis van een deskundigenonderzoek oordeelde het hof dat binnen de pensioenstichting geen sprake was van beleid dat voldeed aan de eisen waaraan dit onder de gegeven omstandigheden, te weten uitvoering door een stichting van pensioen voor twee gerechtigden met tegengestelde belangen, diende te voldoen. Ook waren de bestuurders zonder overleg met de vrouw door de man benoemd. Onder die omstandigheden mocht in redelijkheid niet van de vrouw worden verwacht dat zij onveranderlijk verbonden zou moeten blijven aan de pensioenstichting. Het hof wees de vordering tot afstorting toe.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wees op 12 februari 2019 (zie ECLI:NL:GHARL:2019:1301) de vordering tot afstorting van een ingegaan bijzonder partnerpensioen af omdat daarbij onvoldoende belang bestond nu het pensioen vrijwel geheel was uitgekeerd en de rechtspersoon bovendien over onvoldoende middelen beschikte voor externe uitvoering. Hier werd waarschijnlijk van de hoofdregel, te weten dat volgens vaste rechtspraak recht bestaat op externe uitvoering van pensioenaanspraken van de ex-partner van de dga, afgeweken met het oog op de continuïteit van de rechtspersoon. Op 26 februari 2019 oordeelde Rechtbank Den Haag (zie ECLI:NL:RBDHA:2019:1972) in een procedure waarin de vrouw verzocht te gelasten dat partijen inzake verevening van pensioenrechten meewerkten aan omzetting van pensioen in eigen beheer in een Oudedagsvoorziening (ODV). Deze ODV zou vervolgens moeten worden verevend. Het verzoek werd afgewezen (zie r.o. 5) omdat voor omzetting van pensioenaanspraken in een ODV vereist is dat partijen daarover overeenstemming hebben. Daarvan was van de zijde van de man niet gebleken.

Peildatum voor waardering

Op de valreep van deze Kroniekperiode wees de Hoge Raad op 14 februari 2020 (zie ECLI:NL:HR:2020:276) een belangrijk arrest. Daarmee komt een einde aan onduidelijkheid ter zake het tijdstip van bepaling van de commerciële waarde van het extern bij een pensioenverzekeraar uit te voeren, aan de ex-echtgenoot toekomstende, deel van de in eigen beheer door een dga opgebouwde pensioenaanspraken. De Hoge Raad oordeelde in ro. 3.1.3 dat als uitgangspunt geldt dat de rechtspersoon die een pensioentoezegging doet over voldoende kapitaal dient te beschikken om die toezegging te zijner tijd te kunnen nakomen. Verder volgt uit de eisen van redelijkheid en billijkheid het recht op afstorting van

het bedrag dat nodig is voor het deel van de pensioenaanspraak dat toekomt aan de tot verevening gerechtigde echtgenoot. Daarmee strookt dat het af te storten kapitaal wordt berekend naar de commerciële waarde van de pensioenaanspraak ten tijde van de afstorting. Dit betekent dat de commerciële waarde van de, naar het tijdstip van echtscheiding bepaalde, vereveningsaanspraak (en in voorkomend geval het bijzonder partnerpensioen), moet worden bepaald naar het tijdstip van afstorting door de rechtspersoon bij een externe pensioenverzekeraar. Indien de vertraging aan de ex-partner van de dga valt te verwijten, is de rechter bevoegd op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid het af te storten bedrag te matigen.

Uitgestelde pensioenverrekening

De volgende zaak betrof een uitspraak van het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba op 12 december 2018 (zie ECLI:NL:OGEEA:2018:764) waarin het Gerecht oordeelde dat recht bestond op uitgestelde pensioenverrekening (dat wil zeggen dat de waardeverrekening van pensioenaanspraken plaatsvindt door betaling van een deel van de toekomstige pensioentermijnen aan de verrekeningsgerechtigde) met terugwerkende kracht. Het Gerecht veroordeelde de verrekeningsplichtige om de pensioenuitvoerder te instrueren om rechtstreeks aan de verrekeningsgerechtigde te betalen. Dit is een opmerkelijk oordeel omdat de pensioenuitvoerder niet verplicht kan worden de instructie uit te voeren. Onder Nederlands recht zou de instructie met toepassing van artikel 64, lid 2 Pensioenwet herroepelijk moeten zijn²⁵. Ter vergelijking oordeelde Rechtbank Den Haag op 17 januari 2018 (zie ECLI:NL:RBDHA:2018:594) dat de redelijkheid en billijkheid niet meebrengen dat de vereveningsplichtige moet meewerken aan cessie van verevende pensioenaanspraken aan zijn ex-echtgenote.

Op 24 oktober 2018 oordeelde Rechtbank Rotterdam (zie ECLI:NL:RBROT:2018:9530) eveneens over een zaak betreffende uitgestelde pensioenverrekening. De verrekeningsplichtige werd veroordeeld tot verrekening vanaf het moment waarop de vordering werd ingesteld, dus zonder terugwerkende kracht tot pensioeningangsdatum. De rechtbank oordeelde dat, onder omstandigheden, voor opgewekt vertrouwen dat de vordering tot verrekening niet meer geldend zal worden gemaakt, niet altijd een gedraging of mededeling van de verrekeningsgerechtigde nodig is. Op 10 september 2019 (zie ECLI:NL:GHSHE:2019:3332) oordeelde Gerechtshof 's-Hertogenbosch in een zaak over pensioenverrekening in deze lijn dat geen uitgestelde verrekening met terugwerkende kracht behoefde plaats te vinden. Dit lijkt een vaste lijn in de rechtspraak te worden. Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde op 24 september 2019 (zie ECLI:NL:GHSHE:2019:3491) in lijn met Hoge Raad op 10 oktober 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AW6163) dat de verleende toeslagen in de periode gelegen tussen de echtscheiding en de pensioendatum in aanmerking dienen te komen bij uitgestelde pen-

sioenverrekening middels voorwaardelijke uitkering.

Op 10 december 2018 oordeelde Rechtbank Oost-Brabant (zie ECLI:NL:RBROT:2018:6376) dat van de vrouw, die alleen aanspraak kon maken op AOW en waarbij pensioenverrekening was uitgesloten, niet kon worden verwacht dat zij voor haar levensonderhoud op haar vermogen inteerde, zodat geen behoefte zou bestaan aan alimentatie. De rechtbank oordeelde het niet onredelijk dat zij haar vermogen belegde om dit te zijner tijd aan te wenden als pensioen.

Pensioenverevening

In een zaak betreffende pensioenverevening vorderde de vrouw compensatie voor het feit dat zij gedurende 25 jaar als huisvrouw werkte, voor de kinderen zorgde en geen pensioen kon opbouwen, terwijl de man in die tijd een florerende onderneming kon opzetten en wel pensioen opbouwde. Rechtbank Rotterdam wees de vordering van de vrouw op 3 juli 2019 af (zie ECLI:NL:RBROT:2019:8995), omdat juist voor deze situatie de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding²⁶ (WVPS) bedoeld is. Er is aldus de rechtbank geen andere rechtsgrond die toewijzing van de



vordering mogelijk maakt buiten de WVPS. Kennelijk oordeelt de rechtbank hier impliciet dat het recht op verevening, indien het vereveningsformulier niet tijdig (binnen twee jaar) wordt ingezonden aan de pensioenuitvoerder, geen plaats maakt voor verrekening volgens het Boon/Van Loon-regime. In een situatie als deze kan de vereveningsgerechtigde de betalingen uit hoofde van pensioenverevening overigens te zijner tijd invorderen van de vereveningsplichtige ex-partner.

Pensioenverweer

Het arrest van gerechtshof Amsterdam op 22 januari 2019 (zie ECLI:NL:GHAMS:2019:172) betrof een zaak waarin het pensioenverweer als bedoeld in artikel 1:153, lid 1 BW werd gevoerd. In dat artikellid is bepaald dat een verzoek om echtscheiding niet wordt toegewezen als een bestaand vooruitzicht op uitkeringen aan de andere echtgenoot na vooroverlijden van de echtgenoot die het verzoek heeft gedaan (grotendeels) verloren gaat, voordat een vervangen-

de voorziening is getroffen. Het hof oordeelde dat de bedrijfswinst die de man kon aanwenden voor pensioen en inkomen niet valt onder het bereik van het pensioenverweer, aangezien dit verweer alleen ziet op bestaande vooruitzichten op uitkering van pensioen of vergelijkbare uitkeringen, zoals lijfrente of levensverzekering. Rechtbank Noord-Holland oordeelde op 21 februari 2019 (zie ECLI:NL:RB NHO:2019:1865) in gelijke zin.

NOTEN

- 1 De zelfstandige zonder personeel is in verband met pensioenopbouw een-op-een vergelijkbaar met de zelfstandige zonder personeel.
- 2 Wet van 19 december 2018, *Stb.* 2018, 515.
- 3 Richtlijn 2016/2341/EU van 14 december 2016, *PbEU* 2016, L 354.
- 4 Verzekeraars vallen onder de Solvency II-richtlijn, Richtlijn 2009/138/EG van 25 november 2009, *PbEU* 2009, L335.
- 5 Zie de (wijziging van) de artt. 21, 38, 40, 44, 45, 46, 46a, 49 en 70 Pensioenwet.
- 6 Art. 106 Pensioenwet.
- 7 Wet van 29 mei 2019, *Stb.* 2019, 219.
- 8 Art. 8a, leden 4 tot en met 6 Wet arbeidsmarkt in balans.
- 9 Op grond van het Besluit van 11 juli 2019 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans, *Stb.* 2019, 266.
- 10 Wet van 3 juli 2019, *Stb.* 2019, 246.
- 11 *Kamerstukken II*, 2018-2019, Aanghangsel, 3662.
- 12 *Kamerstukken II*, 2019-2020, 32 163, 48.
- 13 *Kamerstukken* 35 287.
- 14 Zie de brief van minister Koolmees aan de Tweede Kamer van 4 juni 2019, *Kamerstukken II*, 32 043, 457.
- 15 Zie het rapport *Keuze voor zekerheid – Zelfstandigen standaard verzekerd tegen langdurig inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid*, Stichting van de Arbeid maart 2020, te vinden via www.stvda.nl.
- 16 *Stb.* 2018, 234.
- 17 Opgemerkt zij dat een van de andere auteurs dan de auteur van dit onderdeel van deze Kroniek als advocaat bij deze uitspraak was betrokken.
- 18 Opgemerkt zij dat de auteur van dit onderdeel van de Kroniek als advocaat bij dit arrest was betrokken.
- 19 Opgemerkt zij dat de auteur van dit onderdeel van de Kroniek als advocaat bij deze uitspraak was betrokken.
- 20 Opgemerkt zij dat twee andere auteurs dan de auteur van dit onderdeel van deze Kroniek, als advocaat bij deze uitspraken waren betrokken.
- 21 In de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland namen partijen zelf aan dat artikel 20 Pensioenwet aan wijziging van de onbedoeld onvoorwaardelijk geworden toeslagverlening in de weg zou staan.
- 22 Ook volgens T. Huijg, 'Onvoorwaardelijke' toeslag wel degelijk te wijzigen, *Pensioen Magazine* 2020, nr. 3, p. 31-35.
- 23 *Kamerstukken I*, 2006-2007, 30 655, C, p. 2 waarin werd gesteld dat pensioenuitvoerders de noodzakelijke voorwaardelijkheidsverklaring moesten implementeren die moest voorkomen dat onder de PSW voorwaardelijke toeslagverlening (toeslagverlening op basis van een onzekere geambieerde index met uitstelfinanciering) door invoering van de Pensioenwet onvoorwaardelijk zou worden.
- 24 Zie voor de relevante passages uit de wetsgeschiedenis: *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 17 ('alleen bij vooraf onvoorwaardelijk overeengekomen toeslagen is de toeslag al onderdeel van de pensioenaanspraak of het pensioenrecht vanaf het moment van opbouwen') waaruit blijkt dat indien toeslagverlening onder vigeur van de PSW voorwaardelijk was bedoeld, deze door invoering van de Pensioenwet niet onvoorwaardelijk zou worden; *Kamerstukken I* 2006-2007, 30 655, C, p. 2 (geen overgangsrecht van toepassing); *Kamerstukken I*, 2006-2007, 30 655, C, p. 3 ('Met deze bepalingen is zekergesteld, dat de nieuwe normen zich niet tevens tot het verleden zijn gaan uitstrekken.', waarbij werd opgemerkt dat vanaf 2007 wel een kennelijk declaratoire voorwaardelijkheidsverklaring moest worden opgenomen om de onder de PSW bestaande situatie te continueren).
- 25 Naar Arubaans recht lijkt de instructie wel mogelijk, vgl. art. 6, lid 1 van de Landsverordening houdende bepalingen met betrekking tot een algemeen pensioenstelsel waaruit blijkt dat vervreemding tot de pensioendatum niet mogelijk is (daarna kennelijk wel).
- 26 Wet van 28 april 1994, *Staatsblad* 1994, 342.