

Toepassing twee-conclusie-regel in hoger beroep bij wijziging verzoek; meerkosten voor externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner va...

Hof 's-Hertogenbosch 24-12-2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:4006, m.nt. mr. W.P.M. Thijssen

Instantie

Hof 's-Hertogenbosch

Datum

24 december 2020

Magistraten

Mrs. G.J. Vossestein, P.P.M. van Reijssen, A.J. Kromhout

Zaaknummer

200.149.647_01 en 200.149.655_01

Noot

mr. W.P.M. Thijssen

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS255126:1

Vakgebied(en)

Personen- en familierecht (V)

Brondocumenten

ECLI:NL:GHSHE:2020:4006, Uitspraak, Hof 's-Hertogenbosch, 24-12-2020

ECLI:NL:GHSHE:2016:4202, Uitspraak, Hof 's-Hertogenbosch, 22-09-2016

Wetgang

Art. 2 lid 1, 3, 3a Wvps; art. 6:2 BW

Essentie

Toepassing twee-conclusie-regel in hoger beroep bij wijziging verzoek; meerkosten voor externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van een DGA met pensioen in eigen beheer.

Samenvatting

Wijziging van verzoek in hoger beroep na memoriewisseling, inhoudend dat in plaats van pensioenverevening volgens het wettelijk standaardsysteem conversie wordt gevorderd en dat externe uitvoering niet naar een verzekeraar maar een door de ex-partner op te richten pensioenlichaam dient plaats te vinden, geldt niet als verfijning van het oorspronkelijke verzoek, zodat deze als in strijd met de goede procesorde en de twee-conclusie-regel buiten beschouwing dient te worden gelaten; meerkosten voor externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van een DGA met pensioen in eigen beheer in het kader van de waardering van de pensioenrechten van de DGA voor de ex-partner wel, voor de DGA niet in aanmerking genomen.

Partij(en)

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team familie- en jeugdrecht

Uitspraak: 24 december 2020

Zaaknummers: 200.149.647/01 en 200.149.655/01

Zaaknummer eerste aanleg: C/01/261067/ FA RK 13-1644

in de zaak in hoger beroep van:

[de vrouw],

wonende te

[woonplaats],
verzoekster in principaal hoger beroep,
verweerster in incidenteel hoger beroep,
hierna te noemen: de vrouw,
advocaat: mr. C.C.J. Aarts,
tegen
[de man],
wonende te
[woonplaats],
verweerder in principaal hoger beroep,
verzoeker in incidenteel hoger beroep,
hierna te noemen: de man,
advocaat: mr. B. du Fossé.

Uitspraak

22. De beschikking d.d. 9 mei 2019

Bij die beschikking heeft het hof bepaald dat:

- de deskundige de commerciële waarde van het te verevenen pensioen dient te berekenen per 3 november 2014 (waarbij de heersende marktrente tot uitgangspunt dient te worden genomen);
- de deskundige de vraag dient te beantwoorden of op het tijdstip van echtscheiding (3 november 2013) [bedoeld is: 2014] het in [de BV] BV aanwezige kapitaal toereikend is om:
 - i) de pensioenaanspraak van de vrouw af te storten (daaronder begrepen de meerkosten om na afstorting tot dezelfde pensioenuitkering te komen als waarop deze zonder afstorting aanspraak had kunnen maken), én
 - ii) de overblijvende pensioenaanspraak van de man (genoegzaam) te dekken op de door de Hoge Raad in zijn beschikking van 14 april 2017 (ECLI:NL:HR:2017:693) in rov. 3.4.5 omschreven wijze;
- de deskundige nog antwoord dient te geven op de vraag wat de liquidatiewaarde van [de BV] BV per 29 maart 2013, waarbij de deskundige rekening moet houden met de waardedaling van de aandelen als gevolg van de externe uitvoering van de pensioenrechten van de vrouw ten laste van het eigen vermogen van [de BV] BV;
- iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

23. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

23.1.

Op 11 maart 2020 heeft een regiezitting plaatsgevonden waarbij partijen, bijgestaan door hun advocaten, en voorts de deskundige, Van Steensel, zijn verschenen. De voortzetting van de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 4 november 2020. Bij die gelegenheid zijn gehoord:

- de vrouw, bijgestaan door mr. Aarts;
- de man, bijgestaan door mr. Du Fossé.

23.2.

Het hof heeft kennisgenomen van de inhoud van:

- brief deskundige d.d. 8 augustus 2019 met het tweede concept-rapport van Van Steensel van 7 augustus 2019, met daarin ook de reactie van de man van 29 oktober 2019 (met daarbij de rapporten van: (1) [deskundige 1]; (2) [bedrijf 1]; (3) [Accountants- en Belastingadvieskantoor].
- brief deskundige d.d. 30 oktober 2019;
- brief deskundige d.d. 21 november 2019;
- brief deskundige d.d. 3 december 2019;
- brief man d.d. 10 januari 2020
- V6 formulier man d.d. 2 maart 2020, met brief van diezelfde datum;
- brief vrouw d.d. 6 maart 2020 met bijlage 1;
- brief van de deskundige Van Steensel van 10 maart 2020;
- V8 formulier man d.d. 10 maart 2020, met brief van diezelfde datum en reactie [deskundige 2];
- V8 formulier man d.d. 11 maart 2020, met brief van diezelfde datum en brief van [Accountants- en

Belastingadvieskantoor];

- V8 formulier man d.d. 16 maart 2020;
- V8 formulier vrouw d.d. 17 maart 2020;
- V8 formulier vrouw d.d. 17 juni 2020, met brief van diezelfde datum en bijlage 1;
- V8 formulier man d.d. 30 juni 2020, met brief van diezelfde datum en producties 1 en 2;
- V8 formulier vrouw d.d. 30 juni 2020;
- brief vrouw d.d. 19 oktober 2020 met rapport van [deskundige 3] van [bedrijf 2] d.d. 15 oktober 2020;
- V8 formulier man d.d. 20 oktober 2020;
- V8 formulier man d.d. 22 oktober 2020;
- V8 formulier vrouw d.d. 23 oktober 2020;
- V6 formulier man d.d. 2 november 2020 met brief van 1 november 2020 met een reactie op de brief van de vrouw d.d. 19 oktober 2020 en productie 18 (rapport van [deskundige 2] als reactie op rapport van [bedrijf 2]/[deskundige 3]);
- V8 formulier vrouw d.d. 2 november 2020.

23.3.

Mr. Du Fossé heeft bij V8 formulier van 20 oktober 2020 bezwaar gemaakt tegen overlegging van de brief van mr. Aarts van 19 oktober 2020 met bijlagen aangezien het een reactie op de brief van de man van 29 oktober 2019 betreft en sprake is van termijnoverschrijding dan wel strijd met de goede procesorde om pas een jaar later op de brief te reageren. Subsidiair heeft mr. Du Fossé verzocht om haar na de zitting een nadere termijn te geven om op de brief te reageren. Het hof heeft daarop beslist dat de brief van mr. Aarts van 19 oktober 2020 met bijlage wordt toegelaten en mr. Du Fossé tot maandag 2 november 2020 te 12.00 uur in de gelegenheid gesteld schriftelijk op voornoemde brief van mr. Aarts te reageren. Van die gelegenheid heeft zij gebruik gemaakt met het hiervóór genoemde V6 formulier van 2 november 2020.

23.4.

Mr. Aarts heeft bij V8 formulier van 2 november 2020 bezwaar gemaakt tegen overlegging van de brief van mr. Du Fossé van 2 november 2020 met bijlagen aangezien het stuk 130 pagina's omvat en het hof geen toestemming heeft gegeven voor het overleggen van nadere producties.

Het hof heeft ter zitting beslist dat de brief van 2 november 2020, het memorandum en productie 18 meegenomen worden. Nadat mr. Du Fossé de producties 1-4, 6, 16 en 17 heeft ingetrokken en een toelichting heeft gegeven op de verder overgelegde producties zijn ook deze producties geaccepteerd en is een leespauze van twee uur ingelast om mr. Aarts in de gelegenheid te stellen dit stuk te bestuderen en met de vrouw te bespreken. Mr. Aarts heeft ingestemd met de leespauze en hij heeft gebruik gemaakt van de hem geboden gelegenheid tot bestudering en bespreking.

23.5.

Bij brief van 19 oktober 2020 heeft de vrouw haar verzoek gewijzigd in die zin dat zij ten aanzien van de pensioenvoorziening in [de BV] BV (hierna: [de BV] of de BV) thans primair verzoekt de conversiewaarde en subsidiair de overdrachtswaarde van het bijzonder partnerpensioen en het voorwaardelijk ouderdomspensioen (verevening) over te maken naar haar (nog op te richten) besloten vennootschap. Ter toelichting heeft mr. Aarts ter zitting het volgende aangevoerd. Er is sprake van een uitzondering op de twee-conclusie-regel als het verzoek zodanig samenhangt met de procedure of als daarmee een nieuwe procedure kan worden voorkomen. Dat is hier het geval. Bovendien is het de vraag of het een nieuw of aanvullend verzoek is. De grief gaat over de afkoopwaarde die bepaald moet worden. Daarbij is niet expliciet aangegeven of dit op basis van verevening of conversie dient plaats te vinden en aan wie de betaling moet worden gedaan. Het is een verfijning van het oorspronkelijke verzoek.

De man heeft tegen deze eisvermeerdering bezwaar gemaakt.

23.6.

Het hof overweegt als volgt.

De in art. 347 lid 1 Rv besloten twee-conclusie-regel beperkt de aan oorspronkelijk eiser toekomende bevoegdheid tot verandering of vermeerdering van eis in hoger beroep in die zin dat hij in beginsel zijn eis niet later dan in zijn memorie van grieven of antwoord mag veranderen of vermeerderen. Dit geldt ook als de verandering of vermeerdering van eis slechts betrekking heeft op de grondslag van hetgeen ter toelichting van de vordering door de oorspronkelijke eiser is gesteld. Op deze in beginsel strakke regel kunnen onder omstandigheden uitzonderingen worden aanvaard, met name indien de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat de eisverandering of -vermeerdering plaatsvindt, of indien de aard van het geschil meebrengt dat in een later stadium nog een zodanige verandering of vermeerdering van eis kan plaatsvinden. Voorts kan in het algemeen een verandering of vermeerdering van eis na het nemen van de memorie van grieven of antwoord toelaatbaar zijn, indien daarmee aanpassing wordt beoogd aan eerst na dat tijdstip voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden en de eisverandering of -vermeerdering ertoe strekt te voorkomen dat het geschil aan de hand

van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken (juridische of feitelijke) gegevens zou moeten worden beslist, of dat – indien dan nog mogelijk – een nieuwe procedure zou moeten worden aangespannen om het geschil alsnog aan de hand van de juiste en volledige gegevens te kunnen doen beslissen. Onverkort blijft dan gelden dat toelating van de eisverandering of -vermeerdering niet in strijd mag komen met de eisen van een goede procesorde.

De vrouw heeft in het beroepschrift ten aanzien van het pensioen verzocht:

“Te bepalen dat de man de pensioenaanspraak van de vrouw – althans een door het Hof in goede justitie te bepalen bedrag – moet afstorten ten gunste van de vrouw, op straffe van verbeurte van een dwangsom van EURO 500,00 voor iedere dag dat de man dit nalaat, althans – indien het Hof oordeelt dat de man niet tot afstorting verplicht is – de man verplicht aan de vrouw een gebruikersvergoeding te betalen van EURO 5.900,00 per jaar”.

Het bij brief van 19 oktober 2020 gedane verzoek is een wijziging/vermeerdering van het verzoek zoals gedaan in het beroepschrift. Conversie of overdracht van de pensioenaanspraken naar een nog op te richten besloten vennootschap is wezenlijk anders dan het afstorten van pensioenaanspraken, waarover de procedure tot nu toe ook is gegaan. Van de gestelde “verfijning” van het oorspronkelijk verzoek is aldus geen sprake. Evenmin zijn er omstandigheden die een uitzondering op de twee-conclusie-regel rechtvaardigen. De vrouw heeft niet onderbouwd waarom zij haar verzoek pas in dit stadium van de procedure wijzigt en waarom dit niet eerder had gekund. Het verzoek is daardoor ook in strijd met de goede procesorde. De aard van het geschil brengt evenmin mee dat in een later stadium nog een zodanige verandering van het verzoek kan plaatsvinden. De vrouw heeft geen na het beroepschrift voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden aangevoerd die een wijziging van het verzoek rechtvaardigen ter voorkoming van een nieuwe procedure. De wijziging/vermeerdering van het verzoek wordt dan ook buiten beschouwing gelaten.

24. De verdere beoordeling

Beslissingen die nog voorliggen

24.1.

Het hof heeft in de overwegingen van de tussenbeschikking van 22 september 2016 een eindoordeel gegeven over:

- (1) de echtscheiding (grief 1 principaal hoger beroep);
- (2) de gebruiksvergoeding (grief 2 principaal hoger beroep);
- (3) de kinder- en partneralimentatie (grievens 3 tot en met 6 principaal hoger beroep);
- (4) de rekening-courantschuld [de BV] (grievens 8 en 9 principaal hoger beroep);
- (5) de hypotheek- en eigenaarslasten (incidenteel hoger beroep);
- (6) het vergoedingsrecht (incidenteel hoger beroep).

Het hof zal deze beslissingen hieronder opnemen in het dictum, met dien verstande dat de vrouw haar grieven ten aanzien van de kinder- en partneralimentatie (grievens 3 tot en met 6 principaal hoger beroep) tijdens de mondelinge behandeling heeft ingetrokken, de man hiermee heeft ingestemd (de alimentatie is voorwerp geworden van een andere procedure) en beide partijen het hof hebben verzocht hierover geen beslissing meer te nemen. Het hof komt aldus terug van deze beslissing, die bijgevolg ook niet in het dictum zal worden opgenomen.

24.2.

Voor de leesbaarheid van deze beschikking volgt nu een verkort weergegeven overzicht van de bedoelde beslissingen uit de tussenbeschikking van 22 september 2016:

- (1) echtscheiding: de vrouw heeft geen belang meer bij haar grief ten aanzien van de echtscheiding nu is gebleken dat de echtscheidingsbeschikking op 3 november 2014 is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand (rov. 3.6.4); het verzoek van de vrouw wordt in zoverre afgewezen;
- (2) gebruiksvergoeding: de grief slaagt; het is in strijd met de redelijkheid en billijkheid dat de vrouw aan de man een gebruiksvergoeding verschuldigd is (rov. 3.7.4); de bestreden beschikking zal op dit punt worden vernietigd;
- (4) rekening-courantschuld [de BV]: de grieven falen; partijen zijn in hun onderlinge verhouding beiden draagplichtig voor de helft van dit bedrag van € 54.361,-- (rov. 3.9.2.4); de bestreden beschikking zal op dit punt worden bekrachtigd;
- (5) hypotheek- en eigenaarslasten: de grief slaagt; de man heeft een regresvordering op de vrouw voor de helft van het door hem voldane bedrag aan hypotheekrente van € 9.855,28, zijnde € 4.927,64. Het verzoek van de man op dit punt wordt toegewezen. Daarnaast zal het hof bepalen dat de vanaf 1 juli 2014 verschuldigde hypotheekrente betrekking hebbende op de woning tussen partijen bij helfte dient te worden gedragen evenals de premie van de opstalverzekering en het eigenaarsdeel van de onroerendezaakbelasting, tot de datum waarop de echtelijke woning is verkocht en geleverd aan een derde, dan wel aan een van beide partijen is toegedeeld (rov. 3.9.4.3);
- (6) vergoedingsrecht: het hof wijst het verzoek van de man af; dat de man een geldbedrag van fl. 21.500,-- onder uitsluitingsclausule heeft geërfd brengt nog niet mee dat de man een vergoedingsrecht heeft op de

gemeenschap. De man heeft ook niet gesteld dat er sprake is van een vermogensverschuiving die aanleiding geeft tot een vergoedingsrecht (rov. 3.9.5.3).

24.3.

Thans liggen nog voor:

- het te verevenen pensioen (grievens 10 en 11 principaal hoger beroep);
- de waarde van de aandelen [de BV] (grief 7 principaal hoger beroep);
- de kosten van het deskundigenonderzoek.

Het hof zal deze onderwerpen hierna bespreken.

Verevening pensioen (grievens 10 en 11 principaal hoger beroep)

24.4.

De rechtbank heeft het verzoek van de vrouw tot afstorting van haar pensioenaanspraak afgewezen. Daartegen richten zich de grieven 10 en 11. Het hof heeft eerst een tussenbeschikking gegeven op 22 september 2016 waarin het hof heeft overwogen met het oog op de verevening van het pensioen voornemens te zijn een deskundige te benoemen. De deskundige is bij tussenbeschikking van 15 december 2016 benoemd. Bij tussenbeschikking van 9 mei 2019 heeft het hof de vragen aan de deskundige nader gespecificeerd. De deskundige heeft op 7 augustus 2019 een tweede conceptrapport aan partijen verstrekt.

Na de tussenbeschikking van 22 september 2016 hebben partijen gedurende langere tijd een minnelijke regeling beproefd, zonder het gewenste resultaat.

Het hof heeft daarna nog tussenbeschikkingen gegeven over de pensioenverevening op 24 januari 2019 en op 9 mei 2019. De kwestie van de pensioenverevening is vervolgens aan de orde gekomen bij de mondelinge behandeling op 11 maart 2020. Partijen zijn gedurende de procedure in de gelegenheid gesteld hun standpunten aan te passen, eerst aan HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693 en vervolgens aan HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:276. Het debat dat ziet op de pensioenverevening heeft zich aldus voortgezet en het is met inachtneming daarvan dat het hof thans zal beslissen over de verevening van het pensioen.

24.5.

De deskundige heeft in zijn tweede conceptrapport van 7 augustus 2019 de omvang van de pensioenaanspraak per 3 november 2014 in [de BV] berekend op € 19.194,-- voor het ouderdomspensioen en op € 13.436,-- voor het nabestaandenpensioen.

Het aandeel van de vrouw in de pensioenaanspraak bedraagt volgens de deskundige op 3 november 2014 € 9.597,-- voor het voorwaardelijk ouderdomspensioen ingaande bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de man en € 13.436,-- voor het bijzonder nabestaandenpensioen.

De commerciële waarde per 3 november 2014 heeft de deskundige berekend op € 301.024,-- (ouderdomspensioen) en € 109.536,-- (nabestaandenpensioen), derhalve in totaal € 410.560,--. Indien de huidige markttrente (per datum 31-7-2019) tot uitgangspunt moet worden genomen, bedraagt de commerciële waarde € 425.002,-- (ouderdomspensioen) en € 165.144,-- (nabestaandenpensioen), derhalve in totaal € 590.146,--.

24.6.

De vrouw heeft na de tussenbeschikking van 9 mei 2019 en in reactie op het tweede conceptrapport van de deskundige van 7 augustus 2019 het volgende aangevoerd.

Het rapport en de bijlagen van de deskundige worden in zijn geheel meegenomen of geheel niet. De man lijkt alleen datgene uit het onderzoek te willen gebruiken wat hem uitkomt. Uit de uitspraak van de Hoge Raad van 14 februari 2020 volgt dat moet worden uitgegaan van de commerciële waarde van de pensioenaanspraak en de markttrente op het moment van afstorting. Onjuist is dat verzekeraars niet meer bereid zijn om mee te werken aan het afstorten van pensioenverplichtingen. De vrouw verwijst naar de door haar overgelegde offerte van Allianz. [de BV] heeft een pensioentoezegging gedaan en dan dient [de BV] ook over voldoende kapitaal te beschikken om die toezegging te kunnen nakomen. Mocht afstorting van pensioenrechten niet langer mogelijk zijn, dan dient dit voor risico van de man te komen, nu hij veel tijd heeft genomen om het concept-rapport van de deskundige te bekritisieren.

De vrouw heeft de (BV van de) man in 2019 diverse malen verzocht om tot afstorting over te gaan. Het is aan de man te wijten als dit nu niet meer zou kunnen. Vooroverleg met de fiscus over afstorting bij een pensioenverzekeraar is wenselijk om geen fiscale risico's te lopen. De pensioenvoorziening kan nog steeds worden omgezet in een oudedagsvoorziening. De man is dan wel verplicht om te compenseren voor het doen van afstand van de opgebouwde pensioenrechten van de vrouw. De afgelopen jaren zijn aanzienlijke kosten ten laste van [de BV] gebracht, welke feitelijk privékosten betreffen. Het gaat hier om de auto en de advieskosten. Deze laatste houden vermoedelijk verband met de echtscheidingsprocedure en alle hiermee verband houdende (externe) adviseurs die de man heeft benaderd en hun rapportages, die zijn ingebracht naar aanleiding van het concept-rapport van de deskundige. De man wil de vrouw nu ook voor de helft van die kosten laten

meebetalen.

De vrouw kan instemmen met het uitgebrachte concept-rapport van de deskundige.

Het ouderdomspensioen bedraagt per 3 november 2014 minimaal € 20.611,-- , het (bijzonder) partnerpensioen bedraagt minimaal € 12.025,-- op jaarbasis. Waarschijnlijk zijn de aanspraken hoger en is in 2013 en/of 2014 nog pensioen opgebouwd. De commerciële waarde kan worden bepaald op basis van de Benaderde Marktwwaardemethode. Er dient rekening te worden gehouden met een vaste indexatie van 2%. Per 1 september 2019 bedraagt de commerciële waarde van de pensioenaanspraken opgebouwd ultimo 2012 € 908.644,-- en het benodigd kapitaal om het aandeel van de vrouw af te storten € 576.226,-- . Niet is onderzocht of het met de aanwezige activa in [de BV] en een aanvullende zekerheidstelling, zoals het aandeel van de man in de echtelijke woning, mogelijk is om de aanspraken in 2014 af te storten. Die kans was volgens de vrouw groter omdat de rente destijds hoger was en er meer activa in [de BV] aanwezig waren. Zonder extra te lenen kon toen 79% van het totale pensioen worden afgestort. De aanspraak van de vrouw was volledig. Voor de betaalbaarheid moet volgens vaste jurisprudentie worden getoetst per 3 november 2014 (en niet per september 2019 of heden). De overdrachtswaarde dient te worden bepaald op het moment van overdracht. Er is geen reden dat het pensioen alleen zuiver blijft indien [de BV] de pensioenuitvoerder blijft voor de aanspraak die toekomt aan de vrouw.

De vrouw wil zelf een BV oprichten die pensioenuitvoerder wordt van de verevende (of geconverteerde) pensioenaanspraken die zijn opgebouwd in [de BV]. Voor de overdrachtswaarden worden de door de fiscus aangegeven rekenregels gehanteerd. Naar redelijkheid en billijkheid past conversie in plaats van verevening beter bij partijen.

Bij brief van 19 oktober 2020 heeft de vrouw een rapport van de door haar geraadpleegde deskundige [deskundige 3] overgelegd.

24.7.

De man heeft na de tussenbeschikking van 9 mei 2019 en in reactie op het tweede conceptrapport van de deskundige van 7 augustus 2019 nog het volgende aangevoerd.

Uit de rapporten van de door de man ingeschakelde deskundigen blijkt dat afstorten van het aandeel van de vrouw in de door hem in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken niet meer mogelijk is omdat professionele verzekeraars deze faciliteit niet meer aanbieden. Daardoor zijn bedragen waartegen pensioenaanspraken kunnen worden afgestort niet meer voorhanden, althans niet meer bepaalbaar.

Het ouderdomspensioen bedraagt per 3 november 2014 € 20.611,-- en het (bijzonder) partnerpensioen € 12.025,-- bruto op jaarbasis. Bij de berekening van de commerciële waarde dient rekening te worden gehouden met een vaste indexatie van 2%.

Per 1 september 2019 bedroeg de totale commerciële waarde van de pensioenaanspraken € 909.000,-- en het benodigde kapitaal om het aandeel van de vrouw af te storten € 576.000,-. Per 3 november 2014 was het kapitaal onvoldoende om het aandeel van de vrouw berekend per 1 september 2019 af te storten.

De fiscale aspecten bij vrijgeven van pensioenaanspraken vanwege het niet mee (kunnen) geven van voldoende dekking zijn verstrekkend en dienen steeds in acht genomen te worden.

Één van de fiscale gevolgen van gedeeltelijk afstorten zou zijn een belastingheffing van afgerond 72% over de gehele commerciële waarde van de pensioenaanspraak. De rente is na 1 september 2019 gedaald en daarom zal de commerciële waarde verder zijn gestegen. Het besluit om de pensioenvoorziening in eigen beheer om te zetten in een oudedagsvoorziening had uiterlijk 31 december 2019 moeten worden genomen en kon alleen met instemming van beide partijen. De uitspraak van de Hoge Raad van 14 februari 2020 is in deze zaak niet van belang, nu afstorting niet meer mogelijk is. Afstorting van pensioenaanspraken dient te geschieden tegen de commerciële waarde per datum van afstorten. Dat is ook de benaderingswijze van de belastingdienst en is ook terug te vinden in de jurisprudentie en literatuur.

Gedeeltelijk afstorten vormt een (wettelijk verboden) prijsgeven van pensioenaanspraken. Bovendien is afstorten inmiddels zo duur dat het pensioenkapitaal direct grotendeels zou verdampen.

De offerte van Allianz waarnaar de vrouw verwijst is geen vorm van afstorten van pensioenaanspraken in eigen beheer. Het gaat om een ander product en gaat fiscaal tot ongewenste resultaten leiden (afkoop). Het is een beleggingsproduct waarvan de uitkomst onzeker is.

Er is sprake van een forse onderdekking in [de BV]. Deze is door de dalende marktrente alleen nog maar toegenomen. De middelen ontbreken en afstorting brengt de continuïteit van [de BV] in gevaar en holt de pensioenaanspraken van de man volledig uit. Bij onderdekking moet "het tekort" in beginsel worden gedeeld (HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693).

Onjuist is dat de man aanzienlijke bedragen aan [de BV] zou onttrekken.

Bij brief van 1 november 2020 heeft de man een rapport van deskundige [deskundige 2] ingebracht. Hierin reageert [deskundige 2] op het door de vrouw overgelegde rapport van [bedrijf 2]. Kort gezegd, stelt [deskundige 2] dat het rapport van [bedrijf 2] niet objectief is, dat er gebruik wordt gemaakt van veronderstellingen en onjuiste (doel)interpretaties, voldoende en begrijpelijke motiveringen ontbreken en de man van van alles wordt beschuldigd. [bedrijf 2] erkent dat afstorten van het aandeel van de vrouw in de pensioenaanspraak van de man (verevening) niet meer mogelijk is. [bedrijf 2] wil daarom op een onmogelijke wijze de (pensioen)aanspraken en wettelijke kaders wijzigen.

24.8.

Het hof overweegt als volgt.

Het hof stelt voorop hetgeen de Hoge Raad over het pensioen in eigen beheer heeft overwogen in zijn beschikking van 14 februari 2020:

3.1.2

Het recht op pensioenverevening berust blijkens de regeling in de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (hierna: Wvps) op het uitgangspunt dat echtgenoten in gelijke mate aanspraak kunnen maken op het pensioen dat gedurende de deelnemingsjaren tussen de huwelijksluiting en het tijdstip van scheiding door een van hen is opgebouwd, en dus evenredig met de duur van het huwelijk (art. 2 lid 2 Wvps en art. 3 lid 1 Wvps). Ook voor de aanspraak op partnerpensioen is aansluiting gezocht bij het tijdstip van scheiding (art. 3a Wvps). Hieruit volgt dat het tijdstip van echtscheiding bepalend is voor het aan de andere echtgenoot toekomende deel van de pensioenaanspraak.

3.1.3

Indien een rechtspersoon een pensioentoezegging doet, dient hij zorg te dragen dat hij deze te zijner tijd kan nakomen. Indien en voor zover de opbouw van het pensioen in eigen beheer plaatsvindt, dient hij daarom in beginsel over voldoende kapitaal daarvoor te beschikken.

De eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen, zullen in het algemeen meebrengen dat de tot verevening verplichte echtgenoot die als directeur/grootaandeelhouder de rechtspersoon beheerst waarin de te verevenen pensioenaanspraak is ondergebracht, dient zorg te dragen voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar van het kapitaal dat nodig is voor het aan de andere echtgenoot toekomende deel van de pensioenaanspraak. Bij de berekening van het benodigde kapitaal dient te worden uitgegaan van de commerciële waarde van de pensioenaanspraak, waarbij de heersende marktrente tot uitgangspunt wordt genomen.

Met het uitgangspunt dat de rechtspersoon die een pensioentoezegging doet over voldoende kapitaal moet beschikken om die toezegging te zijner tijd te kunnen nakomen, en het uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende recht op afstorting van het kapitaal dat nodig is voor het deel van de pensioenaanspraak dat toekomt aan de tot verevening gerechtigde echtgenoot, strookt dat het af te storten kapitaal wordt berekend naar de commerciële waarde van de pensioenaanspraak ten tijde van de afstorting.

3.1.4

Het voorgaande brengt mee dat naar het tijdstip van echtscheiding bepaald moet worden wat de hoogte is van de pensioenaanspraak van de tot verevening gerechtigde echtgenoot, maar dat de commerciële waarde van die aanspraak – het bedrag dat nodig is om die pensioenaanspraak bij een externe pensioenverzekeraar te verzekeren – bepaald moet worden naar het tijdstip van afstorting door de rechtspersoon.”

24.9.

Naar het tijdstip van de echtscheiding (3 november 2014) dient dus te worden bepaald wat de hoogte is van de pensioenaanspraak van de tot verevening gerechtigde (de vrouw) en de commerciële waarde van die aanspraak moet worden bepaald naar het tijdstip van afstorting door [de BV].

24.10.

Partijen verklaren thans beiden dat het ouderdomspensioen per 3 november 2014 (minimaal) € 20.611,-- bedraagt, dat de aanspraak van de vrouw op (voorwaardelijk) ouderdomspensioen € 10.305,50 bedraagt (rapporten van [deskundige 1], [deskundige 3] en [deskundige 2]) en het (bijzonder) partnerpensioen (minimaal) € 12.025,-- (beide op jaarbasis). Het hof gaat daarom uit van voorgaande bedragen. Uit het rapport van [deskundige 3] van [bedrijf 2] d.d. 15 oktober 2020 zou kunnen worden opgemaakt dat de aanspraak van de vrouw mogelijk hoger zou zijn, maar de advocaat van de vrouw heeft onvoldoende duidelijk gemaakt hoeveel hoger, noch het standpunt betrokken dat van dit (onbepaalde) hogere bedrag zou moeten worden uitgegaan, zodat het hof aan dit mogelijk hoger zijn van de aanspraak van de vrouw verder voorbij gaat.

24.11.

Volgens de vrouw bedraagt de commerciële waarde van de pensioenaanspraken per 1 september 2019 € 908.644,-- en het benodigd kapitaal om het aandeel van de vrouw af te storten € 576.226,--.

Volgens de man bedraagt de commerciële waarde van de pensioenaanspraken per 1 september 2019 (afgerond) € 909.000,-- en het benodigd kapitaal om het aandeel van de vrouw af te storten (afgerond) € 576.000,--.

De verschillen tussen de door partijen genoemde bedragen zijn verwaarloosbaar klein en lijken vooral veroorzaakt door afronding, zodat daaraan redelijkerwijs moet worden voorbijgegaan. De commerciële waarde per 1 september 2019 bedraagt aldus € 908.644,-- en het benodigd kapitaal om het aandeel van de vrouw af te storten bedraagt € 576.226,--. Uit de beschikking van de Hoge Raad van 14 februari 2020 volgt dat de commerciële waarde van de aanspraak van de vrouw moet worden bepaald naar het tijdstip van afstorting door [de BV]. Bij geschil over de hoogte van de commerciële

waarde waarbij aan de rechter wordt verzocht dit geschilpunt te beslechten, zoals hier, gaat de beslissing over die hoogte noodzakelijkerwijs vooraf aan de feitelijke afstorting, die daarna nog plaats moet hebben. Partijen hebben het hof voorts niet, althans niet toereikend geïnformeerd over de vraag of de commerciële waarde van de aanspraak van de vrouw na 1 september 2019 is gewijzigd en wat deze dan thans zou bedragen. Evenmin hebben partijen het hof verzocht de commerciële waarde van de aanspraak van de vrouw opnieuw te doen vaststellen door een deskundige, in het bijzonder op een latere datum, dichter gelegen bij het tijdstip van afstorting. Het hof zal dan ook, mede gelet op praktische uitvoerbaarheid van de beslissing van het hof, uitgaan van de op die datum (1 september 2019) genoemde waarde, te weten € 576.226,---.

24.12.

Vervolgens is de vraag aan de orde of er voldoende kapitaal aanwezig is in [de BV] om én de commerciële waarde van het aandeel van de pensioenaanspraak van de vrouw af te storten, én voldoende kapitaal in [de BV] achter te laten om de commerciële waarde van het aandeel in de pensioenaanspraak van de man te dekken.

De Hoge Raad overwoog in zijn beschikking van 14 februari 2020, namelijk als volgt:

“3.2.

Indien op het moment waarop de afstorting plaatsvindt, onvoldoende kapitaal aanwezig is in de rechtspersoon om én de commerciële waarde van het aandeel in de pensioenaanspraak van de tot verevening gerechtigde echtgenoot af te storten, én voldoende kapitaal in de rechtspersoon achter te laten om de commerciële waarde van het aandeel in de pensioenaanspraak van de tot verevening verplichte echtgenoot te dekken, zal het tekort in beginsel moeten worden gedeeld, evenredig met de verhouding waartoe de verevening overeenkomstig art. 3 lid 1 Wvps leidt. De omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de rechter tot een andere verdeling komt van het tekort tussen de ex-echtgenoten. Daarvoor is met name plaats indien het aan de vereveningsplichtige echtgenoot is toe te rekenen dat zodanig tekort is ontstaan of is opgelopen.

3.3

Het voorgaande laat onverlet dat de rechter, gelet op alle omstandigheden van het geval, kan beslissen dat geen aanspraak bestaat op (volledige) afstorting indien de tot verevening verplichte echtgenoot stelt en bij betwisting aannemelijk maakt dat de benodigde liquide middelen niet kunnen worden vrijgemaakt of van elders verkregen zonder de continuïteit van de bedrijfsvoering van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming in gevaar te brengen.”

Het hof verwerpt de stelling van de vrouw dat de betaalbaarheid van de afstorting van de pensioenaanspraken moet worden beoordeeld naar het moment van echtscheiding, te weten 3 november 2014. Het moment waarop dit moet worden beoordeeld is, zoals de Hoge Raad heeft overwogen, het moment van afstorting: dán moet worden beoordeeld of er (on)voldoende kapitaal aanwezig is.

Door de man is aangevoerd dat er onvoldoende vermogen in [de BV] aanwezig is om de waarde van de aanspraak van de vrouw van € 576.226,-- af te kunnen storten. De vrouw heeft dit betwist. Eveneens heeft de vrouw betwist dat er geen middelen kunnen worden vrijgemaakt of elders verkregen om de aanspraak van de vrouw af te storten. Dit betekent dat de man, gelet op de hiervoor aangehaalde overweging van de Hoge Raad zijn stelling dat er geen kapitaal aanwezig is en de benodigde liquide middelen niet kunnen worden vrijgemaakt of van elders verkregen zonder de continuïteit van de bedrijfsvoering van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming in gevaar te brengen, aannemelijk dient te maken.

Op 11 maart 2020 heeft een mondelinge behandeling met partijen plaatsgevonden. Daarbij zijn partijen in de gelegenheid gesteld hun standpunten aan te passen aan de beschikking van de Hoge Raad van 14 februari 2020. Het hof heeft de man vanwege deze beschikking en juist ook met het oog op het punt waar het hier om gaat (de afstorting) gevraagd om overlegging van de jaarstukken over het jaar 2019. De man heeft daarop geantwoord dat deze nog niet beschikbaar waren. Ook nadien heeft de man nagelaten deze jaarstukken in te dienen, terwijl hij daartoe wel de mogelijkheid heeft gehad (het V8-formulier van 2 november 2020 dat vlak voor de zitting is ingediend, is bijvoorbeeld ook nog toegelaten). Dat op deze datum (2 november 2020) nog steeds geen jaarstukken over 2019 beschikbaar zouden zijn, heeft de man niet gesteld. In zoverre heeft de man zijn door de vrouw betwiste standpunt dat er onvoldoende vermogen in de BV aanwezig is en er ook geen middelen kunnen worden vrijgemaakt, laat staan van elders verkregen, onvoldoende onderbouwd. Andere verificatoire stukken die duidelijkheid zouden kunnen verschaffen over de mogelijkheid tot afstorting ontbreken eveneens: bijvoorbeeld belastingaangiffes/aanslagen (2019) of een kasstroomoverzicht 2019. De man heeft dus onvoldoende aannemelijk gemaakt dat er onvoldoende kapitaal was of dat de benodigde liquide middelen niet konden worden vrijgemaakt of van elders verkregen. Aldus dient er vanuit te worden gegaan dat de vrouw aanspraak heeft op volledige afstorting.

24.13.

Het hof zal bepalen dat de man dient zorg te dragen voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar van de commerciële waarde van de pensioenaanspraak van de vrouw ad € 576.226,-- Deze verplichting vindt haar grondslag in de

redelijkheid en billijkheid, zoals nader omschreven door de Hoge Raad in zijn beschikking van 20 februari 2020. Deze aldus op de man rustende verplichting brengt voor hem mee dat, in het geval een verzekering op dezelfde voorwaarden als de pensioentoezegging in [de BV] niet tot de mogelijkheden behoort, hij een zoveel mogelijk vergelijkbaar (verzekerings-)product dient aan te schaffen en daartoe zo spoedig mogelijk een overeenkomst dient aan te gaan met de aanbieder van dat product. De vrouw heeft verzocht hieraan een dwangsom te verbinden. Het hof zal die dwangsom toewijzen als nader in het dictum omschreven.

24.14.

Uit het voorgaande volgt dat grieven 10 en 11 in principaal hoger beroep slagen. Hetgeen de man in eerste aanleg heeft aangevoerd over het pensioen, leidt niet tot een ander oordeel.

Waarde aandelen [de BV] (grief 7 in principaal hoger beroep)

24.15.

De rechtbank heeft geoordeeld dat aan de aandelen [de BV] geen waarde dient te worden toegekend. De vrouw is van die beslissing in hoger beroep gekomen.

24.16.

De man stelt dat de waarde van de aandelen [de BV] nihil is (brieven man 29 oktober 2019, 2 maart 2020 en 29 juni 2020) omdat de pensioenverplichting van [de BV] haar middelen te boven gaat (ongeacht welke waarderingmethode wordt toegepast). Uit alle pensioenberekeningen blijkt dat – zou afstorten van in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken nog mogelijk zijn geweest – veel meer geldmiddelen nodig zijn geweest dan [de BV] aan eigen vermogen heeft of ooit heeft gehad.

De vrouw sluit zich aan bij het tweede concept-deskundigenbericht (brief vrouw 17 juni 2020).

24.17.

Het hof heeft in de tussenbeschikking van 24 januari 2019 over de waardepeildatum het volgende overwogen:

“De redelijkheid en billijkheid (nu het enkel de man was die de onderneming heeft gedreven – en voortgezet) brengen mee dat met het oog op de verdeling voor de waardering van de aandelen van die datum (de datum van ontbinding van de huwelijksgemeenschap [29 maart 2013]) moet worden uitgegaan).

In de tussenbeschikking van 22 september 2016 heeft het hof over de waardering(smethode) per die datum het volgende overwogen:

“Tussen partijen is niet in geschil dat de aandelen van [de BV] BV (hierna [de BV]) kunnen worden toegedeeld aan de man. Partijen verschillen echter van mening over de waarde van de aandelen waartegen toedeling aan de man kan plaatsvinden. Allereerst stelt het hof vast dat partijen het er over eens zijn dat op basis van waardering door middel van de Discounted Cash Flow-methode, de waarde van de aandelen in [de BV] nihil is. De vrouw stelt zich evenwel op het standpunt dat uitgegaan moet worden van de liquidatiewaarde van de onderneming.

Nu de man in 2012 een bescheiden omzet heeft gerealiseerd in [de BV], terwijl hij in 2013 en 2014 in het geheel geen omzet heeft gerealiseerd, terwijl de man ten tijde van de zitting bij dit hof (in 2015) nog steeds geen omzet had gerealiseerd, is het hof met de vrouw van oordeel dat in dit geval uitgegaan dient te worden van de liquidatiewaarde van de onderneming. Het hof is voornemens om ten behoeve van de waardering van de aandelen een deskundige te benoemen ter vaststelling van de liquidatiewaarde van [de BV]. Het hof overweegt daarbij dat de liquidatiewaarde vastgesteld moet worden rekening houdende met de al dan niet gedeeltelijke afstorting van de pensioenaanspraak van de vrouw, en verwijst voor het te mogelijk te gelasten deskundigenonderzoek voorts nog naar rov. 3.9.3.4, hieronder.

Het voorgaande leidt dan ook tot de conclusie dat de grief van de vrouw slaagt.”

Peildatum waardering

24.18.

In het tweede concept-deskundigenbericht van 7 augustus 2019 (p. 2, p. 3 en 11) stelt de deskundige vast dat partijen het erover eens zijn dat voor de berekening van de waarde van de aandelen, niet moet worden uitgegaan van 29 maart 2013 (datum indiening verzoek tot echtscheiding), maar van 31 december 2012. Partijen hebben in hun reacties op dit tweede concept-deskundigenbericht tegen deze vaststelling geen bezwaar gemaakt, zodat ook het hof zal uitgaan van deze datum (31 december 2012).

Hierbij zij het volgende opgemerkt. Zoals het hof hiervóór al heeft overwogen, dient de liquidatiewaarde van [de BV] vastgesteld te worden “rekening houdende met de al dan niet gedeeltelijke afstorting van de pensioenaanspraak van de vrouw” of zoals het hof dit heeft overwogen in zijn beschikking van 9 mei 2019: rekening houdende “met de waardedaling van de aandelen als gevolg van de externe uitvoering van de pensioenrechten van de vrouw ten laste van het eigen vermogen van [de BV] BV”. De vereveningsperiode of het vereveningstijdvak eindigt namelijk niet op 29 maart 2013 noch op

31 december 2012, maar pas per datum einde huwelijk (3 november 2014). Partijen hebben het hof niet verzocht van deze beslissingen (inzake het rekening houden met de afstorting) terug te komen en het hof volhardt in zijn beslissing dienaangaande.

In de berekening van de waarde van de aandelen per 31 december 2012 dient daarom te worden verdisconteerd de op die datum redelijkerwijs te verwachten wijziging van de commerciële waarde van de pensioenaanspraken op 3 november 2014. (In die zin ook de reactie van de man op het tweede concept-deskundigenbericht, rapport [Accountants- en Belastingadvieskantoor], pt. 122). Vanaf die datum kan immers ook pas worden afgestort. Van enige eerdere (gedeeltelijke) afstorting of afspraak van partijen daaromtrent is niet gebleken. In de keuze van partijen voor 31 december 2012 als datum voor waardering van de aandelen in [de BV], kan zonder nadere toelichting, die ontbreekt, ook geen afstand door de vrouw worden gezien van haar aanspraak op pensioenverevening over de periode van 31 december 2012 tot 3 november 2014. Het hof zal op deze verdiscontering hieronder nader ingaan.

Tot slot wordt nog opgemerkt dat [de BV] is opgericht tijdens het huwelijk (in 2003), zodat er geen voorhuwelijks pensioen in [de BV] is opgebouwd, dat buiten de verevening zou moeten blijven.

Waarderingsmethode

Partijen hebben het hof niet verzocht om terug te komen van de bindende eindbeslissing dat het voor de vaststelling van de waarde van de aandelen gaat om de liquidatiewaarde van [de BV]. De reacties van de man zien ook uitdrukkelijk op de "liquidatiewaarde van de aandelen [de BV]" (brief 2 maart 2020, p. 1, pt. 1) en "liquidatiewaarde [de BV]" (brief 2 maart 2020, p. 2). Het hof ziet ook ambtshalve geen reden van de bedoelde bindende eindbeslissing terug te komen.

Per 31 december 2012 kent de balans van [de BV] (pd hb deel I, prod. 10 en reeds brief man d.d. 18 juni 2015, prod. 1) de volgende, hier relevante, posten:

- eigen vermogen € 248.209,--;
 - voorziening voor pensioenverplichtingen (art. 2:374 lid 4 BW), "pensioenreserve in eigen beheer" € 175.889,--
- De commerciële waarde van de pensioenaanspraken van de man en de vrouw per 31 december 2012 bedraagt volgens het tweede concept-deskundigenbericht, bij afstorting op die datum, in totaal € 410.560,-- (p. 10). De vrouw sluit zich hierbij aan. De liquidatiewaarde kan dan worden gesteld op (eigen vermogen ad € 248.209 + de reeds getroffen voorziening ad € 175.889) -/- commerciële waarde ad € 410.560 =) € 13.538,--.

Echter, zoals het hof hiervoor overwoog, dient bij de berekening van de waarde van de aandelen per 31 december 2012 te worden verdisconteerd de op die datum redelijkerwijs te verwachten wijziging van de commerciële waarde van de pensioenaanspraken op 3 november 2014. (Het tweede concept-deskundigenbericht gaat eraan voorbij dat de vereveningsperiode of het vereveningstijdvak niet op 31 december 2012 eindigt, maar pas per datum einde huwelijk (3 november 2014)). Reeds op 31 december 2012 was er voor de marktrente al langere tijd sprake van een dalende trend, die zich overigens ook daadwerkelijk heeft doorgezet. De vrouw erkent dit laatste zelf ook. De door haar ingeschakelde deskundige [deskundige 3] heeft de commerciële waarde van de totale pensioenvoorziening per 3 november 2014 zelfs berekend op € 569.471,-- (rapport d.d. 15 oktober 2020 overgelegd bij de brief van de advocaat van de vrouw d.d. 19 oktober 2020). Het hof acht het gelet hierop aannemelijk dat op 31 december 2012 redelijkerwijs een zodanige stijging van de commerciële waarde van de pensioenaanspraken viel te verwachten dat deze de pensioenvoorziening ad € 175.889,-- plus het eigen vermogen ad € 240.677,-- overtrof, of in ieder geval daaraan gelijk was (dus € 416.566,-- beliep). Daardoor bedraagt de liquidatiewaarde nihil.

De vrouw stelt nog wel dat dat:

"er in de afgelopen jaren aanzienlijke kosten ten laste van de B.V. zijn gebracht welke feitelijk privé kosten betroffen. Het gaat dan om de auto die niet voor de BV. wordt gebruikt en de hoge advieskosten welke vermoedelijk kosten zijn in verband met de echtscheidingsprocedure en alle hiermee verband houdende (externe) adviseurs die de man heeft ingehuurd en die zijn ingebracht naar aanleiding van het concept rapport van de heer Van Steensel", (brief vrouw 17 juni 2020).

De vrouw bedoelt hier kennelijk mee dat deze kosten niet in mindering mogen strekken op het eigen vermogen van de BV, maar daarvoor had de vrouw duidelijk moeten maken hoe hoog die kosten zijn en met name ook dat dit kosten zijn die vóór de peildatum (31 december 2012) zijn gemaakt. Het hof verwerpt dit betoog van de vrouw dan ook.

Het hof heeft weliswaar in zijn tussenbeschikking van 22 september 2016 overwogen dat de grief van de vrouw slaagt, maar daarmee heeft het hof slechts bedoeld dat juist is het standpunt van de vrouw dat de liquidatiewaarde van [de BV] moet worden vastgesteld (en dus anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, de aandelen [de BV] niet moeten worden gewaardeerd met toepassing van de zogenoemde discounted cash flow methode). Daarmee heeft het hof toen dus nog niet beslist op het verzoek van de vrouw, dat zij recht heeft op vergoeding door de man van de helft van de waarde van die aandelen. Uit hetgeen zojuist werd overwogen, volgt dat grief 7 in principaal hoger beroep faalt en dat het verzoek van de vrouw onder d. van het beroepschrift (te bepalen dat de aandelen in [de BV] moeten worden gewaardeerd op € 74.000,-- en dat de vrouw recht heeft op vergoeding van de helft van deze waarde) wordt afgewezen.

Kosten deskundigenonderzoek

24.19.

De deskundige heeft voor het door hem uitgevoerde deskundigenonderzoek een bedrag van € 23.443,45 in rekening gebracht (factuur 3946 d.d. 3 december 2019). De man heeft bezwaar gemaakt tegen de factuur.

24.20.

De vrouw stelt dat de vertraging die in het onderzoek van de deskundige is opgetreden met name is veroorzaakt doordat de man diverse malen lange uitstellen vroeg om te reageren, zelf te laat stukken heeft overgelegd en na de afronding van het concept rapport van 7 augustus 2019 wederom de deskundige met pakken papier en nieuwe inzichten bestookte. De hoge kosten zijn dan ook grotendeels door de man veroorzaakt.

24.21.

De man stelt dat de deskundige niet heeft voldaan aan zijn opdracht alleen al omdat hij zich heeft teruggetrokken en geen rapport heeft ingediend. Daarnaast is het concept rapport ondeugdelijk en onbruikbaar gebleken. Daarbij komt dat reeds ten tijde van de aanvaarding van de opdracht door de deskundige vast stond dat afstorten van in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken niet meer mogelijk was omdat de toegestane, professionele verzekeraars dat niet meer doen. De verrichte werkzaamheden zijn dan ook zinloos en dienen voor rekening van de deskundige te blijven.

24.22.

Het hof overweegt als volgt.

Bij tussenbeschikking van 20 april 2017 is het voorschot op de kosten van de deskundige op het door de deskundige begrote bedrag van € 9.250,-- inclusief BTW bepaald. Bij tussenbeschikking van 19 april 2018 is op verzoek van de deskundige bepaald dat een aanvullend voorschot voor de kosten van de deskundige dient te worden voldaan van € 5.250,-- inclusief BTW.

Nadien heeft de deskundige niet meer om een aanvullend voorschot verzocht. In totaal is een voorschot van € 14.500,-- inclusief BTW voldaan.

De deskundige heeft een eindnota ingediend ten bedrage van € 23.443,--.

Het hof zal de totale kosten van het deskundigenonderzoek begroten met inachtneming van de door de deskundige ingediende eindnota en de hiervoor genoemde reacties van partijen.

Onder punt 140 van de Leidraad deskundigen civiele zaken (hierna: de Leidraad) is bepaald dat de deskundige tijdens het onderzoek in het oog houdt of het voorschotbedrag wordt overschreden. Dreigt dit te gebeuren, dan is het volgens de Leidraad raadzaam het onderzoek tijdelijk te onderbreken, een schriftelijk verzoek om een aanvullend voorschot te vragen en te wachten op bericht dat het onderzoek kan worden voortgezet. Het hof is van oordeel dat het, mede gelet op punt 140 van de leidraad, op de weg van de deskundige had gelegen om oog op het voorschotbedrag te houden en indien nodig (nogmaals) een aanvullend voorschot te vragen. Nu de deskundige geen nader voorschot heeft gevraagd dient de eindnota, mede gelet op de omvang daarvan in relatie tot het voldane voorschot, voor zover deze het voorschot van € 14.500,-- inclusief BTW te boven gaat buiten beschouwing te blijven.

Daarnaast is gebleken dat de deskundige de opdracht heeft teruggegeven voordat het onderzoek volledig was afgerond. Bij brief van 21 november 2019 heeft de deskundige aangegeven dat de pensioendeskundige die hem bijstaat, mevrouw mr. [pensioendeskundige], wegens persoonlijke omstandigheden niet in staat is op de reacties van partijen te reageren en dat zij genoodzaakt is zich terug te trekken, zodat de deskundige niet in staat is zijn definitieve rapport aan te reiken waarin wordt ingegaan op de reacties van partijen.

Onder punt 65 van de Leidraad is geregeld dat zodra de deskundige de opdracht heeft aanvaard, deze verplicht is het onderzoek te verrichten en daarvan verslag uit te brengen. Na de aanvaarding van de benoeming kan alleen nog in bijzondere omstandigheden en na overleg met de Contactpersoon de opdracht voortijdig worden beëindigd.

Bij tussenbeschikking van 15 december 2016 is mr. G.J. Vossestein tot raadsheer-commissaris benoemd tot wie de deskundige zich, door tussenkomst van de griffier dient te wenden met (procedurele) vragen en verzoeken indien het onderzoek daartoe aanleiding geeft. De deskundige heeft de opdracht zonder overleg met de raadsheer-commissaris teruggegeven, hetgeen in strijd is met de Leidraad. Dat de door de deskundige zelf ingeschakelde pensioendeskundige zich heeft teruggetrokken betekent naar het oordeel van het hof bovendien niet, zonder nadere toelichting, die de deskundige daaromtrent niet heeft gegeven, dat de deskundige het onderzoek niet zou kunnen afronden. Het stond hem immers vrij om een andere pensioendeskundige in te schakelen.

Aldus heeft de deskundige zijn opdracht niet vervuld met inachtneming van de Leidraad.

Omdat de deskundige wel twee conceptrapportages heeft opgesteld en daarvoor werkzaamheden heeft verricht die deels bruikbaar zijn gebleken in deze zaak, (partijen sluiten voor de omvang van de aanspraak op en nabij aan bij de berekening van de deskundige) ziet het hof wel aanleiding om een deel van de door de deskundige gemaakte kosten te vergoeden. Het hof begroot de kosten van het deskundigenonderzoek in redelijkheid op € 7.250,--. Dit bedrag zal aan de deskundige worden uitbetaald. Partijen dienen ieder de helft van deze kosten te dragen, ofwel ieder een bedrag van € 3.625,--. De man heeft reeds een bedrag voldaan van € 9.875,-- (€ 4.625,-- + € 5.250,--), zodat aan hem een bedrag van € 6.250,-- (€ 9.875,--

- - € 3.625,--) zal worden teruggestort. Het voorschot van de vrouw is voorlopig voor rekening van 's Rijks kas gekomen. Dat betekent dat de vrouw nog een bedrag van € 3.625,-- aan de griffier van het hof dient te betalen.

Proceskosten

24.23.

Het hof zal de proceskosten in hoger beroep compenseren nu partijen gewezen echtgenoten zijn.

25. De beslissing

Het hof:

Op het principaal en incidenteel appel:

vernietigt de beschikking van de rechtbank Oost-Brabant van 25 februari 2014 ten aanzien van de gebruiksvergoeding (rov. 3.5) en de verevening van de door de man in [de BV] opgebouwde pensioenrechten;
en in zoverre opnieuw rechtdoende:
wijst alsnog af de door de man verzochte door de vrouw te betalen gebruiksvergoeding;
bepaalt dat de man dient zorg te dragen voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar van de commerciële waarde van de pensioenaanspraak van de vrouw ad € 576.226,-- en zo de man binnen twee maanden na de datum van deze beschikking, dus uiterlijk 23 februari 2021, er niet in is geslaagd afstorting te bewerkstelligen (of een zoveel mogelijk vergelijkbaar (verzekerings-)product aan te schaffen als bedoeld in rov. 24.13), op verbeurte van een dwangsom van € 500,-
- voor iedere dag met ingang van 24 februari 2021 dat de afstorting niet heeft plaatsgevonden, met een maximum van € 50.000,--;
bekrachtigt de bestreden beschikking voor het overige;
bepaalt dat de man een regresvordering heeft op de vrouw voor de helft van het door hem voldane bedrag aan hypotheekrente van € 9.855,28, zijnde € 4.927,64;
bepaalt dat de vanaf 1 juli 2014 verschuldigde hypotheekrente betrekking hebbende op de woning tussen partijen bij helfte wordt gedragen evenals de premie van de opstalverzekering en het eigenaarsdeel van de onroerendezaakbelasting, tot de datum waarop de echtelijke woning is verkocht en geleverd aan een derde, dan wel aan een van beide partijen is toegedeeld;
begroot de kosten van het deskundigenonderzoek op € 7.250,--, welk bedrag aan de deskundige zal worden uitbetaald;
bepaalt dat ieder van partijen wordt belast met de helft van de begrote kosten van het deskundigenonderzoek van € 7.250,--
, derhalve € 3.625,--;
bepaalt dat uit het reeds door de man betaalde voorschot van € 9.875,-- een bedrag van € 6.250,-- aan de man zal worden teruggestort;
bepaalt dat de vrouw een bedrag van € 3.625,-- ter zake van het deskundigenonderzoek dient te betalen, te voldoen aan de griffier van het hof;
compenseert de proceskosten in hoger beroep in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;
wijst af het meer of anders verzochte.

Noot

Auteur: mr. W.P.M. Thijssen

1.

In deze zaak dateerde de beschikking waarvan hoger beroep werd ingesteld van 25 februari 2014, zoals blijkt uit de eerste tussenuitspraak van het hof. Het initiële verzoek tot echtscheiding dateerde van 29 maart 2013, zoals blijkt uit o. 3.2.1. van de eerste tussenuitspraak. Deze zaak heeft in elk geval meer dan 7 jaar gesleept. In de eindfase ging het, voor zover van belang, nog om twee kwesties. De *eerste* kwestie (een procesrechtelijke) betrof een wijziging van het verzoek. Het oorspronkelijke verzoek hield in dat het hof zou moeten oordelen dat de DGA zou dienen te bewerkstelligen dat zijn B.V. tot externe uitvoering van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en het recht op bijzonder partnerpensioen van de ex-partner van de DGA bij een verzekeraar met vergunning om het levensverzekeringsbedrijf uit te oefenen zou overgaan. Dit verzoek werd het subsidiaire verzoek. De wijziging van het verzoek hield in dat primair werd verzocht de DGA te veroordelen conversie door de B.V. te bewerkstelligen en externe uitvoering van het geconverteerde recht van de ex-partner van de DGA bij een door de ex-partner op te richten B.V. De wijziging van het verzoek werd na de memoriewisseling in hoger beroep ingediend. De *tweede* kwestie (een pensioenrechtelijke) betrof de hoogte van het voor externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA door diens B.V. beschikbaar te stellen bedrag en de vraag of de B.V.

überhaupt wel tot externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA verplicht was.

De procesrechtelijke kwestie

2.

In verband met de procesrechtelijke kwestie oordeelde het hof in het licht van de twee-conclusie-regel dat een procespartij in hoger beroep zijn of haar eis of verzoek niet later kan wijzigen dan bij memorie van grieven of bij memorie van antwoord. Wat houdt de twee-conclusie-regel in? Art. 347, lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bepaalt dat in hoger beroep door degene die hoger beroep instelt (bij dagvaardingszaken de appelland, bij verzoekschriftprocedures de verzoeker/verzoekster in hoger beroep) en degene die zich in hoger beroep verweert (bij dagvaardingszaken de geïntimeerde, bij verzoekschriftprocedures de verweerder in hoger beroep) respectievelijk een conclusie van eis (in de praktijk aangeduid als memorie van grieven) en een conclusie van antwoord (in de praktijk aangeduid als memorie van antwoord) nemen. Uit de rechtspraak volgt dat het daarbij ook blijft, in weerwil van het bepaalde in art. 130 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (inhoudend dat eiser of verzoeker de eis mag wijzigen zolang de rechter de datum waarop eindvonnis zal worden gewezen nog niet heeft bepaald) en art. 353, lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (inhoudend dat deze regeling ook in hoger beroep geldt). Zie HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, met name o. 4.2.4. Dit overigens behoudens de mogelijkheid van het instellen van incidenteel hoger beroep bij memorie van antwoord door de geïntimeerde of de verweerder in hoger beroep, waartegen door de oorspronkelijke appelland of verzoeker in hoger beroep verweer mag worden gevoerd bij memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep (zie art. 347, lid 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).

3.

Het hof oordeelde dat deze strikte twee-conclusie-regel ook geldt ten aanzien van het wijzigen van de grondslag voor een vordering of verzoek of een verweer (o. 23.6). Het hof oordeelde dat bij wijze van uitzondering op de twee-conclusie-regel een wijziging van het verzoek of de eis voor de appelland of de verzoeker in hoger beroep nog mogelijk is na het nemen van de memorie van grieven, of voor de geïntimeerde of verweerder in hoger beroep nog mogelijk is na het nemen van de memorie van antwoord (indien incidenteel hoger beroep is ingesteld), in de volgende situaties (o. 23.6):

- De wederpartij heeft ondubbelzinnig ingestemd met de wijziging;
- De aard van het geschil impliceert dat een latere wijziging van de eis of het verzoek nog mogelijk is;
- Na het nemen van de memorie van grieven of de memorie van antwoord hebben zich feiten of omstandigheden voorgedaan of zijn feiten of omstandigheden gebleken die noodzaken tot het voeren van een nieuwe procedure indien deze niet in het lopende hoger beroep zouden mogen worden ingebracht, met als gevolg dat het lopende hoger beroep zou worden beslist uitgaande van onjuist gebleken juridische of feitelijke gegevens.

Als randvoorwaarde blijft gelden dat de eis- of verzoekwijziging niet mag leiden tot strijd met de eisen van de goede procesorde (o. 23.6; ik wijs op art. 6 EVRM).

4.

De vrouw stelde (om te ontkomen aan de gevolgen van de twee-conclusie-regel) dat geen sprake was van een *wijziging* van haar verzoeken in hoger beroep, maar van een *verfijning*. Die vlieger ging niet op: het hof oordeelde dat een verzoek tot conversie een wezenlijk ander verzoek is dan een verzoek tot pensioenverevening volgens het wettelijk standaardsysteem in combinatie met een verzoek tot toekenning van bijzonder partnerpensioen, en dat een verzoek tot externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van een DGA bij een verzekeraar met vergunning om het verzekeringsbedrijf uit te oefenen een wezenlijk ander verzoek is dan een verzoek tot externe uitvoering van die rechten bij een door de vrouw op te richten B.V. De wijziging van het verzoek na het nemen van de memorie van grieven werd daarom als strijdig met de goede procesorde buiten beschouwing gelaten (o. 23.6).

5.

Ik merk daarbij nog op dat een vordering die ertoe strekt dat de DGA medewerking aan conversie zou moeten verlenen en zou moeten bewerkstelligen dat zijn B.V. die medewerking verleent voor afwijzing gereed ligt, gezien het bepaalde in art. 5, lid 1 Wvps. Uit dat artikellid blijkt dat conversie uitsluitend mogelijk zou zijn op basis van een overeenkomst tussen de man en de vrouw, anders gesteld: met wederzijds goedvinden. Dit blijkt ook uit de rechtspraak: zie bijvoorbeeld Gerechtshof Den Haag 11 november 2009, ECLI:NL:GHDHA:2009:BK5760, *PJ* 2010/52, Gerechtshof Leeuwarden 19 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW7308, *PJ* 2012/136, Rechtbank Oost-Brabant 20 september 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:5229, *PJ* 2017/182 en Rechtbank Den Haag 26 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:1972. Een uitzondering vormt Rechtbank Utrecht 21 maart 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BA3081 waar de vereveningsgerechtigde zo veel ouder was dan de vereveningsplichtige, dat het recht op pensioenverevening zonder conversie illusoir zou worden, zodat het niet verlenen van medewerking aan conversie tot een onaanvaardbaar rechtsgevolg zou leiden. Ook de vordering die er toe strekt dat de

DGA zou moeten bewerkstelligen dat externe uitvoering van de pensioenrechten van zijn ex-partner bij een door de ex-partner op te richten B.V. wordt gerealiseerd ligt voor afwijzing gereed, omdat de BV bepaalt bij welke verzekeraar met vergunning om het verzekeringsbedrijf uit te oefenen externe uitvoering wordt gerealiseerd. Zie voor de onderbouwing van dat standpunt mijn artikel *De peildatum bij externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van een DGA* in EB Tijdschrift voor scheidingsrecht, 2020/40, p. 86.

De pensioenrechtelijke kwestie

6.

De pensioenrechtelijke kwestie betreft de externe uitvoering door de B.V. van de man van de pensioenrechten van zijn ex-partner. De verplichting tot externe uitvoering vindt grondslag in de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW). Het juridische kader voor externe uitvoering is gegeven in een viertal arresten van de Hoge Raad: HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289, *PJ* 2004/63 (verkorte weergave: de B.V. van een DGA is verplicht tot externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA), HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658, *PJ* 2007/42 (verkorte weergave: de DGA dient te bewerkstelligen dat de BV tot deze externe uitvoering overgaat), HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693, *PJ* 2017/87 (verkorte weergave: de ex-partner dient te delen in onderdekking) en HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:276 (verkorte weergave: de peildatum voor het vaststellen van de pensioenrechten van de ex-partner is de datum van scheiding, de peildatum voor het vaststellen van het voor externe uitvoering door de B.V. beschikbaar te stellen bedrag is de datum waarop de externe uitvoering feitelijk wordt gerealiseerd). Deze uitspraken zijn door mij behandeld in mijn hiervoor al aangehaalde artikel in EB Tijdschrift voor scheidingsrecht. In de zaak waarop deze annotatie betrekking heeft, kwam een viertal aspecten aan de orde: de peildatum voor het vaststellen van de pensioenrechten van de ex-partner, het tijdsverschil tussen een berekening van het bedrag gemoeid met externe uitvoering en de daadwerkelijke externe uitvoering, het standpunt van de man dat externe uitvoering niet mogelijk zou zijn en de meerkosten voor externe uitvoering.

De peildatum voor het vaststellen van de pensioenrechten van de ex-partner

7.

Het Hof oordeelde in o. 24.9 recht toe, recht aan in lijn van het hiervoor aangehaalde “peildatum”-arrest van de Hoge Raad van 14 februari 2020 dat de pensioenrechten van de ex-partner (het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen uit hoofde van pensioenverevening en het bijzonder partnerpensioen) per de datum van het eindigen van het huwelijk (3 november 2014) dienden te worden vastgesteld. Dit oordeel ligt in lijn van het bepaalde in art. 3, lid 1 WVPS voor het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en art. 3a, lid 2 WVPS voor het bijzonder partnerpensioen.

Het tijdsverschil tussen een berekening van het bedrag gemoeid met externe uitvoering en de daadwerkelijke externe uitvoering

8.

Een praktisch punt waarover het hof diende te oordelen was het tijdsverschil tussen een berekening van het voor externe uitvoering beschikbaar te stellen bedrag en de daadwerkelijke externe uitvoering. Het Hof koos hier, kennelijk op de voet van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW, voor een praktische oplossing: omdat de verschillen tussen berekeningen die partijen afzonderlijk in geding brachten beperkt waren en partijen het hof niet (voldoende) hadden geïnformeerd over eventuele wijzigingen van het voor externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA benodigde bedrag, ging het hof uit van de afgeronde bedragen die partijen hadden ingebracht.

De (on)mogelijkheid voor de B.V. om tot externe uitvoering over te gaan

9.

De DGA stelde in deze procedure dat de B.V. niet tot (volledige) externe uitvoering van de pensioenrechten van zijn ex-partner zou kunnen overgaan omdat de B.V. over onvoldoende vermogen daarvoor zou beschikken en geen middelen zouden kunnen worden vrijgemaakt of van elders verkregen. Omdat de vrouw dit standpunt betwiste en de DGA geen recente jaarrekening in geding had gebracht, terwijl dat volgens het hof wel had gekund, en ook geen belastingaangiftes of kasstroomoverzichten in geding had gebracht, werd het verweer van de DGA dat (volledige) externe uitvoering niet mogelijk zou zijn gepasseerd. Ook in deze zaak blijkt dat het bedoelde verweer uitermate goed moet zijn onderbouwd in geval van (blote) betwisting door de ex-partner, wil het kans van slagen hebben. Ik merk nog op dat deze kwestie niet met onderdekking van het pensioen in eigen beheer had te maken. Onderdekking is een solvabiliteitskwestie. Van onderdekking van pensioen in eigen beheer is sprake indien de commerciële waarde van het pensioen (in de situatie waarin de rechten van de ex-partner van de DGA extern moeten worden uitgevoerd: vermeerderd met de kosten voor externe uitvoering) de

som van de fiscale pensioenvoorziening en het ongebonden eigen vermogen van de B.V. overtreft. Ik verwijs naar het hiervoor in deze annotatie aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 14 april 2017. Op onderdekking was in deze zaak geen beroep gedaan. De gestelde, maar niet voldoende aangetoonde, onmogelijkheid van de B.V. om tot externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA over te gaan hield een beroep op gebrek aan liquiditeit in. Vandaar dat het hof de DGA tegenwierp dat geen kasstroomoverzicht in geding was gebracht waaruit bleek dat liquiditeitsproblemen zouden ontstaan indien de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA extern zouden worden uitgevoerd (zie o. 24.12).

De meerkosten voor externe uitvoering

10.

In HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693, *PJ* 2017/87 met aantekening van mijn hand werd het volgende geoordeeld:

“Indien op het tijdstip van echtscheiding onvoldoende kapitaal aanwezig is om én het aandeel van de tot verevening gerechtigde echtgenoot af te storten, waaronder begrepen de meerkosten om na afstorting tot dezelfde pensioenuitkering te komen als waarop deze zonder afstorting aanspraak had kunnen maken, én voldoende kapitaal in de vennootschap achter te laten om (opnieuw naar commerciële waarde berekend) de met het aandeel van de tot verevening verplichte echtgenoot corresponderende pensioenaanspraak te dekken, zal het tekort in beginsel moeten worden gedeeld, evenredig met de verhouding waartoe de verevening overeenkomstig art. 3 lid 1 WVPS leidt.”.

11.

In de zaak waar het in deze aantekening om gaat heeft het hof de overweging in het arrest van de Hoge Raad uit 2017 omtrent de meerkosten voor externe uitvoering (opslagen die de verzekeraar in rekening brengt, zoals de garantieopslag voor het kunnen garanderen van de verzekerde uitkeringen) toegepast en in het kader van die toepassing geïnterpreteerd. Niet in de eindbeschikking, maar in de tussenbeschikkingen van 24 januari 2019 (ECLI:NL:GHSHE:2019:204) en 9 mei 2019 (ECLI:NL:GHSHE:2019:1782). Het hof oordeelde dat de meerkosten voor externe uitvoering bij de ex-partner in aanmerking moeten worden genomen (omdat deze recht heeft op externe uitvoering en zonder het beschikbaar stellen van deze meerkosten de pensioenrechten niet volledig extern zouden kunnen worden uitgevoerd, lees: verzekerd). Bij de DGA dienen deze meerkosten niet in aanmerking te worden genomen, kennelijk omdat de DGA nu eenmaal voor eigen beheer heeft gekozen.

12.

Op het eerste gezicht lijkt dit een logisch en redelijk oordeel dat op basis van grammaticale interpretatie van het arrest van de Hoge Raad uit 2017 kon worden gegeven. Ik wijs echter op de gevolgen die dit oordeel zou hebben in een situatie van dekkingstekort. Indien de meerkosten voor externe uitvoering van pensioen in eigen beheer uitsluitend voor de ex-partner beschikbaar moeten worden gesteld, daalt de dekkinggraad van het gedeelte van het pensioen in eigen beheer dat voor de DGA behouden blijft relatief meer dan wanneer ook voor de DGA de meerkosten in aanmerking zouden worden genomen voor het vaststellen van de onderdekking. Op basis van de redelijkheid en billijkheid zou ook kunnen worden geredeneerd dat indien de ex-partner het recht op externe uitvoering effectueert en daardoor bij een verzekeraar onder Solvency II en de Wet toezicht verzekeringbedrijf gegarandeerde pensioenrechten verkrijgt, terwijl de DGA afhankelijk blijft van het toekomstige wel en wee van zijn B.V., de meerkosten ook voor de DGA in aanmerking zouden moeten worden genomen in het kader van verdeling van de onderdekking. Daarmee zou redelijke invulling worden gegeven aan het uit de rechtspraak van de Hoge Raad ten grondslag liggende principe dat de ex-partners in gelijke mate behoren te delen in onderdekking en in gelijke mate hun pensioenrechten gerealiseerd dienen te zien. De DGA kan dan immers zelf ook de keuze voor externe uitvoering van zijn pensioenrechten maken. Zie over de zekerheidsmaatstaf van onder het regiem van Solvency II en de Wet toezicht verzekeringbedrijf verzekerde pensioenrechten mijn artikel *Pensioenkortingen door verzekeraars en pensioenfondsen*, *NJB* 2014, afl. 39, p. 2764-2773.

Afsluitende opmerking

13.

Ik concludeer dat de uitspraak van het hof in lijn ligt van de vaste jurisprudentie, met name die van de Hoge Raad. Op het punt van de meerkosten voor externe uitvoering komt het mij voor dat op basis van de redelijkheid en billijkheid had kunnen worden geoordeeld dat die meerkosten in het kader van de berekening van de dekkinggraad van het pensioen in eigen beheer niet alleen bij de ex-partner van de DGA in aanmerking hadden moeten worden genomen, maar ook bij de DGA zelf. Zo zou worden bereikt dat de pensioenrechten van de DGA en de ex-partner van de DGA in beginsel een gelijke realisatiemogelijkheid hebben. De uitspraak van het hof volgend, is de realisatiegraad van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA hoger dan die van de pensioenrechten van de DGA zelf. Voor de hier geannoteerde zaak is dit aspect niet relevant, omdat geen sprake was van onderdekking.