

Kroniek Pensioenrecht

FJR 2020/32

In deze (uitgebreide) Kroniek Pensioenrecht wordt inzicht gegeven in de ontwikkelingen in de rechtspraak van de afgelopen jaren op de raakvlakken tussen pensioen en scheiding. Er is een selectie gemaakt uit de vele rechtspraak van de afgelopen periode die ziet op het raakvlak tussen pensioen en scheiding. Als deelonderwerpen komen aan de orde pensioenverrekening, pensioenverevening, bijzonder partnerpensioen, alimentatie, het pensioenverweer, het pensioen van de DGA (alimentatie en externe uitvoering van de rechten van de ex-partner op het pensioen van de DGA) en scheidingen met internationale aspecten. Bij elk deelonderwerp wordt voor een beter inzicht ook het juridisch kader weergegeven waarbinnen de te behandelen rechtspraak dient te worden geplaatst en zo nodig wordt vermeld welke verdere verduidelijking in de rechtspraak wenselijk is.

De behandelde uitspraken zijn voorzien van een FJR-vindplaats (bijv. FJR 2020/32.1), waardoor de uitspraak ook online beschikbaar komt.

1. Pensioenverrekening (Boon/Van Loon)

Pensioenverrekening werd destijds geïntroduceerd met de geruchtmakende uitspraak van de Hoge Raad inzake *Boon/Van Loon* (HR 27 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4271, NJ 1982/503). Pensioenverrekening berust op art. 6:2 BW, de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Als uitgangspunt is in aanmerking genomen dat de pensioenrechten in een huwelijksgoederengemeenschap vallen en door middel van waardeverrekening moeten worden verdeeld in geval van ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap. In geval van opbouw van ouderdomspensioen en partnerpensioen door een van de partners, dient het waardeverschil tussen enerzijds het tot de datum van echtscheiding opgebouwde ouderdomspensioen en anderzijds het tot die datum opgebouwde partnerpensioen te worden verrekend. Dat met het partnerpensioen rekening moet worden gehouden volgt uit HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6998. Bij het ontbreken van een huwelijksgoederengemeenschap waarvan pensioenrechten onderdeel uitmaken, geldt geen recht op pensioenverrekening (HR 5 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9188).

Vanwege de inwerkingtreding van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding op 1 mei 1995 is pensioenverrekening enkel van toepassing op scheidingen van voor deze datum.

1.1 *Betaling ineens of voorwaardelijke pensioenverrekening*

Pensioenverrekening kan worden gerealiseerd door betaling van een bedrag ineens per datum scheiding. Indien dat bedrag ineens niet kan worden opgebracht, kan pensioenverrekening worden gerealiseerd door de waarde van het bedrag ineens actuariael om te rekenen in een bedrag uitgedrukt in een percentage van het ouderdomspensioen, zolang beide ex-partners leven door de verrekeningsplichtige uit te keren aan de verrekeningsgerechtigde. Men spreekt van uitgestelde of voorwaardelijke pensioenverrekening. Deze voorwaardelijke pensioenverrekening geldt niet als een betalingsregeling voor pensioenverrekening ineens, maar moet worden beschouwd als een rechtsfiguur sui generis (Rechtbank Amsterdam 5 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4013) (FJR 2020/32.1). Een punt waarover niet echt duidelijkheid bestaat, is welke rekenregels moeten worden gebruikt bij het berekenen van de betaling ineens bij pensioenverrekening ineens en bij het berekenen van de voorwaardelijke uitkering. Zijn dat bij pensioenverrekening ineens de grondslagen van de pensioenuitvoerder per datum scheiding of “objectieve” grondslagen? Indien van “objectieve” grondslagen zou moeten worden uitgegaan, welke zijn dat dan? Zijn dat bij voorwaardelijke pensioenverrekening dezelfde grondslagen of de grondslagen geldend op de datum van aanvang van de uitkeringen? Omdat pensioenverrekening au fond onderdeel van de verdeling van een gemeenschap per datum scheiding is, zou ik willen bepleiten dat in alle gevallen van grondslagen per datum scheiding moet worden uitgegaan. Aanknopen bij de grondslagen van de pensioenuitvoerder kan eenvoudig zijn, met name als de pensioenuitvoerder bereid is de berekening te maken. Maar deze grondslagen hoeven niet objectief te zijn. Uiteindelijk is het maatwerk in het licht van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2, lid 1 BW), de grondslag waarop pensioenverrekening is gebaseerd.

1.2 *Indexering*

De belangrijkste rechtspraak nadien gewezen hield in dat indien indexering onderdeel uitmaakt van de te verrekenen pensioenen, daarmee bij de berekening van de uitkering uit hoofde van voorwaardelijke pensioenverrekening rekening moet worden gehouden (HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW6163). Dat geldt ook gedurende de periode tussen de scheiding en de ingangsdatum van het verrekende ouderdomspensioen (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3491) (FJR 2020/32.2). Op dit punt bestaat in mijn visie nog wel behoefte aan verduidelijking ten aanzien van de vraag wat onder indexering moet worden verstaan. Een vaste verzekerde stijging van een pensioen of onvoorwaardelijke indexering op basis van een indexcijfer maakt onderdeel uit van het pensioen (zie de definitie van pensioenaanspraak in art. 1 Pensioenwet). Indexering is in de praktijk meestal

¹ Mr. W.P.M. (Wim) Thijssen is advocaat bij Pensioenadvocaten.nl en is verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht te Amsterdam. Rechtspraak is bijgewerkt tot 1 april 2020.

voorwaardelijk (bij verzekerde pensioenregelingen afhankelijk van de beschikbaarheid van bepaalde, concreet omschreven, middelen; bij pensioenfondsen van de dekkingsgraad van het pensioenfonds). Ik ga ervan uit dat dergelijke voorwaardelijke indexering óók onderdeel uitmaakt van te verrekenen pensioen.

1.3 *Verjaring*

De vordering tot pensioenverrekening verjaart niet indien pensioenverrekening wordt gevorderd op de grondslag dat de pensioenen ten tijde van de verdeling onverdeeld zijn gebleven (HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:762) (*FJR* 2020/32.3) en verjaart bij voorwaardelijke pensioenverrekening pas vanaf de ingangsdatum van het pensioen (HR 4 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:375) (*FJR* 2020/32.4).

1.4 *Reeds ingegaan pensioen*

Een duidelijke lijn die de meer recente rechtspraak laat zien, is dat indien de vordering strekkend tot voorwaardelijke pensioenverrekening wordt ingesteld nadat het te verrekenen pensioen is ingegaan, weliswaar geen sprake is van rechtsverwerking, maar verrekening van reeds uitgekeerde pensioentermijnen desondanks achterwege blijft. Ik wijs op Rechtbank Midden-Nederland 3 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1921 (*FJR* 2020/32.5) waarin rechtsverwerking werd aangenomen ten aanzien van een vordering tot pensioenverrekening over de periode van pensioeningang tot de datum van het instellen van de pensioenverrekeningsvordering, zodat de verrekeningsplichtige niet met terugwerkende kracht hoefde te betalen. In Gerechtshof Den Haag 6 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:716 (*FJR* 2020/32.6) werd geoordeeld dat het recht op pensioenverrekening niet was verwerkt in geval van scheiding in 1982, terwijl pas in 2016 aanspraak op pensioenverrekening werd gemaakt. Wel werd het recht op pensioenverrekening gematigd, in die zin dat geen verrekening behoefde te worden gerealiseerd ten aanzien van reeds uitgekeerde pensioentermijnen (de verrekeningsplichtige was al 12 jaar met pensioen toen de vordering werd ingesteld). In soortgelijke zin Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3623 (*FJR* 2020/32.7), Rechtbank Den Haag 7 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10849 (*FJR* 2020/32.8) (tussenvonnissen) en Rechtbank Den Haag 27 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10854 (*FJR* 2020/32.9) (eindvonnissen), Rechtbank Rotterdam 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9530 (*FJR* 2020/32.10) en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3332 (*FJR* 2020/32.11). Zie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:792 (*FJR* 2020/32.12) waarin werd geoordeeld dat ook al werd lang gewacht met het instellen van een pensioenverrekeningsvordering, toch sprake kan zijn van het vereiste spoedeisend belang indien de vordering in kort geding wordt ingesteld indien de verrekeningsgerechtigde van een minimuminkomen moet rondkomen. In Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 28 januari 2020, ECLI:NL:OGHACMB:2020:21 (*FJR* 2020/32.13) werd

onderzocht of de vordering over het verleden zou moeten worden uitgesmeerd over de toekomst met toepassing van art. 3:185 lid 3 BW. De in dat artikellid opgenomen regeling geeft de rechter de bevoegdheid om te bepalen dat een uitbetaling op grond van overbedeling in termijnen wordt ver-richt.

Ik teken bij deze rechtspraak aan dat de in mijn visie juiste juridische benadering voor de constructie dat pensioenverrekening van reeds uitbetaalde pensioentermijnen achterwege dient te blijven, is dat in dat opzicht sprake is van een onaanvaardbaar rechtsgevolg (art. 6:2, lid 2 BW). Indien "stilzitten" niet tot rechtsverwerking van de vordering leidt, kan immers logischerwijze niet worden gesteld dat de vordering met betrekking tot het verleden wel zou zijn verwerkt. In dat opzicht acht ik de onderbouwing van de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland niet juist, die van de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag wel. In de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 24 oktober 2018 werd met zoveel woorden gesteld dat een beroep op rechtsverwerking neerkomt op een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

1.5 *Redelijkheid en billijkheid*

In Gerechtshof Amsterdam 9 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1231 (*FJR* 2020/32.14) ging het onder meer over de vraag of het effect van pensioenverrekening (na 26 jaar wachten met het instellen van de vordering) diende te worden gecorrigeerd op grond van het onaanvaardbaarheidsleerstuk (derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid; art. 6:2, lid 2 BW) omdat de verrekeningsplichtige als gevolg van de gevorderde pensioenverrekening in een slechtere financiële positie zou komen te verkeren dan de verrekeningsgerechtigde. Dat bleek onvoldoende bewezen. Indien het wel voldoende bewezen zou zijn, zou toepassing van het onaanvaardbaarheidsleerstuk kennelijk denkbaar zijn geweest. De vraag die de uitspraak opwerpt is of deze uitspraak de deur naar een "jusvergelijking" (zie het Rapport alimentatienormen 2020-1, hoofdstuk 5.4) in het kader van pensioenverrekening op een kier zet door middel van toepassing van het onaanvaardbaarheidsleerstuk. Insolventie ten aanzien van uit hoofde van pensioenverrekening verschuldigde betalingen tast het recht op pensioenverrekening echter op zichzelf niet aan (Gerechtshof Den Haag 22 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:306) (*FJR* 2020/32.15).

1.6 *Rechtstreekse uitkering*

In een aantal recente uitspraken werd geoordeeld dat de pensioenuitvoerder de termijnen uit hoofde van voorwaardelijke pensioenverrekening rechtstreeks aan de verrekeningsgerechtigde zou moeten voldoen of dat de verrekeningsplichtige zou moeten bewerkstelligen dat de pensioenuitvoerder rechtstreeks gaat uitkeren. Ik wijs op Gerecht in eerste Aanleg van Aruba 14 september 2016, ECLI:NL:OGEEA:2016:656 (*FJR* 2020/32.16) waarin de pensioenuitvoerder die opdracht kreeg. Dat is opmerkelijk, daar deze geen partij was bij de procedure. Ik wijs voorts op Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 21 augustus 2017,

ECLI:NL:OGEAC:2017:103 (*FJR 2020/32.17*) waarin de pensioenuitvoerder had toegezegd medewerking te zullen verlenen, en op Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 12 december 2018, ECLI:NL:OGEAA:2018:764 (*FJR 2020/32.18*) en van hetzelfde gerecht van 8 mei 2019, ECLI:NL:OGEAA:2019:259 (*FJR 2020/32.19*) waarin de verrekeningsplichtige de pensioenuitvoerder diende te instrueren. Dat is opmerkelijk, daar de pensioenuitvoerder in een procedure waarbij deze geen partij is niet kan worden gedwongen de instructie te accepteren. Bij toepassing van de Pensioenwet zou de instructie ook herroepelijk zijn. Zie art. 64, lid 2 Pensioenwet. Zie verder Rechtbank Den Haag 17 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:594, (*FJR 2020/32.20*).

2. Pensioenverevening (WVPS)

Met de inwerkingtreding van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding op is pensioenverevening (WVPS) van toepassing op scheidingen van na 1 mei 1995. Pensioenverevening houdt, summier weergegeven, in dat de vereveningsgerechtigde recht op uitbetaling van 50% van het tijdens het huwelijk of geregistreerd partnerschap door de vereveningsplichtige opgebouwde ouderdomspensioen verkrijgt (art. 3, lid 1 WVPS). Indien de scheiding is ingeschreven en tijdig op de juiste wijze wordt gemeld, ontstaat het recht op uitbetaling jegens de pensioenuitvoerder (art. 2, lid 2 WVPS). Afwijking van het percentage van 50 of de huwelijkse periode is mogelijk (art. 4 WVPS). Ook is het mogelijk om het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en het bijzonder partnerpensioen (indien daarop recht bestaat) om te zetten in een eigen recht op ouderdomspensioen voor de vereveningsgerechtigde (art. 5 WVPS; dit wordt aangeduid met de term conversie).

2.1 Pensioenbegrip

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8020 (*FJR 2020/32.21*) oordeelde dat een lijfrenteverzekering waarvoor de premie uit privé middelen is betaald, niet geldt als pensioen in de zin van de WVPS, óók niet indien de partner die de verzekering sloot deze als pensioenverzekering beschouwde. In vergelijkbare zin Gerechtshof Amsterdam 17 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4633 (*FJR 2020/32.22*).

Rechtbank Rotterdam 9 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:10117 (*FJR 2020/32.23*) oordeelde in tegengestelde zin over lijfrentepolissen. Omdat de betreffende lijfrentepolissen volgens beide partijen pensioenbestemming hadden, vielen deze volgens het oordeel van de rechtbank onder de WVPS. Omdat de polissen volledig gedurende het huwelijk waren opgebouwd, diende de volledige waarde te worden verrekend. Dat laatste lijkt vreemd, omdat pensioenverevening een geheel andere rechtsfiguur is dan waardeverrekening. Maar omdat het nu eenmaal geen pensioenen ondergebracht bij een pensioenuitvoerder betrof, kon geen recht op uitbetaling worden gevestigd, maar diende pensioenverevening te worden uitgevoerd door waardeverrekening (op grond van toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid). Het

pensioenbegrip wordt in deze uitspraak in mijn visie wel heel erg ver (te ver) opgerekt, maar kennelijk gebeurde dat in deze zaak omdat partijen het erover eens waren dat de polissen waren bedoeld als "pensioen". In dat opzicht weken de feiten af van de hiervoor genoemde uitspraak van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

In Rechtbank Den Haag 13 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2355 (*FJR 2020/32.24*) was een rekenkundige kwestie aan de orde. Het betrof het zogenaamde achterbalkon uit hoofde van een pensioenregeling van het type uitkeringsovereenkomst/eindloonregeling in combinatie met toepassing van het levensjarenbeginsel. Dat betekent dat een verhoging van de pensioengrondslag niet uitsluitend doorwerkt over toekomstige en verstreken dienstjaren, maar tevens over de jaren tussen de vroegst mogelijke toetredingsdatum tot de pensioenregeling en de latere feitelijke toetredingsdatum van betrokkene (zie voor een beschrijving van het eindloonsysteem met toepassing van het levensjarenbeginsel W.P.M. Thijssen, *Pensioenverevening volgens het wettelijke systeem, De Rekenregels nader beschouwd*, Publicaties van de Vereniging voor Pensioenrecht nr. 10, Kluwer 1998, p. 10v.). De rechtbank oordeelde dat een achterbalkon toegekend over voorhuwelijkse jaren tijdens de huwelijkse periode als pensioenopbouw tijdens huwelijk geldt, zodat het mede bij pensioenverevening wordt betrokken. Het criterium voor huwelijkse pensioenopbouw in de zin van de WVPS, is niet aan welke diensttijd een toegekend pensioen wordt toegerekend, maar of de aanspraak tijdens het huwelijk (of geregistreerd partnerschap) is ontstaan.

In Gerechtshof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3300 (*FJR 2020/32.25*) werd geoordeeld dat een voorwaardelijk pensioen opgebouwd onder het regiem van het Sociaal akkoord 2004 slechts behoefde te worden verevend indien en voor zover dat ondanks het voorwaardelijke karakter wel moest worden afgefinancierd. In Gerechtshof 's-Hertogenbosch 21 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5901 (*FJR 2020/32.26*) werd geoordeeld dat een bepaalde vorm van vroegpensioen voor loodsen diende te worden verevend, ook al was ten tijde van de totstandkoming van de huwelijkse voorwaarden nog geen sprake van kapitaal gedekt pensioen. Het criterium is kennelijk of de aanspraak op het moment van scheiding onvoorwaardelijk bestaat in die zin, dat is of moet worden afgefinancierd.

2.2 Rechtskarakter zelfstandig recht op uitbetaling

In Rechtbank Midden-Nederland 14 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5544 kwam principieel het rechtskarakter van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen uit hoofde van pensioenverevening aan de orde. Het oordeel luidde, dat het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen voor de ex-partner uit hoofde van pensioenverevening, van rechtswege bestaat en overgaat bij waardeoverdracht. Daardoor diende de aannemende pensioenuitvoerder na waardeoverdracht een aanvankelijk niet uitgevoerde pensioenverevening alsnog uit te voeren. Deze uitspraak ligt in lijn van een hierna te behandelen uitspraak van het Ge-

rechtshof Amsterdam omtrent het rechtskarakter van bijzonder partnerpensioenen.

2.3 *Exhibitieplicht*

In Rechtbank Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14629 (*FJR 2020/32.27*) werd in mijn visie ten onrechte geoordeeld, dat de vereveningsgerechtigde geen belang had bij de vordering tot informatieverstrekking over door de vereveningsplichtige opgebouwde pensioenen omdat pensioenverevening een wettelijk recht is, zodat daarover geen rechterlijke beslissing behoeft te worden genomen. Dat lijkt mij onjuist gezien het bepaalde in art. 9 WVPS. De vereveningsgerechtigde heeft recht op zodanige informatie van de vereveningsplichtige, diens werkgever en de pensioenuitvoerder dat hij of zij de positie ten opzichte van de vereveningsplichtige kan bepalen. In die zin Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1364 (*FJR 2020/32.28*) waarin ten aanzien van de bijzondere exhibitieplicht van art. 843a Rv werd geoordeeld dat aan de toewijsbaarheid van een vordering op grond van art. 843a Rv drie cumulatieve voorwaarden zijn verbonden:

- het hebben van een rechtmatig belang bij de gevorderde informatie (niet voldoende is het vermoeden van het bestaan van een vordering);
- het bestaan van een rechtsbetrekking met de partij waarvan informatie wordt gevorderd;
- het vereiste dat het moet gaan om voldoende concreet aangeduide informatie.

2.4 *Mededelingsformulier*

De Rechtbank Noord-Holland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:1528 (*FJR 2020/32.29*) oordeelde ten aanzien van de juridische status van het mededelingsformulier als bedoeld in art. 2, lid 2 WVPS dat indien onder de WVPS vallend pensioen is opgebouwd, partijen op grond van de WVPS verplicht zijn medewerking te verlenen aan uitvoering van pensioenverevening door ondertekening van het wettelijke standaardformulier. Dat is onjuist omdat het zelfstandig recht op uitbetaling ten laste van de pensioenuitvoerder in geval van wettelijke standaardverevening kan worden gevestigd door het eenzijdig ondertekenen en inzenden van het wettelijk standaardformulier door de vereveningsgerechtigde. Ik verwijs naar de tekst van art. 2, lid 2 WVPS. Uitsluitend indien van het wettelijk systeem wordt afgeweken, is voor het vestigen van het zelfstandig recht op uitbetaling ten laste van de pensioenuitvoerder de handtekening van beide partijen op het mededelingsformulier noodzakelijk.

2.5 *Inzending formulier*

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:814 (*FJR 2020/32.30*) oordeelde dat partijen zo spoedig mogelijk, in elk geval binnen twee jaar, na het eindigen van het huwelijk het benodigde wettelijke formulier aan de pensioenuitvoerder(s) dienden te zenden omdat partijen wensten dat pensioenen zouden worden verevend conform de WVPS. Deze uitspraak

is opmerkelijk omdat het hof hiermee buiten de grenzen van de rechtsstrijd trad, daar niet om deze beslissing was verzocht. Partijen zouden immers ook hebben kunnen beoogd af te zien van het rechtstreeks recht op uitbetaling om pensioenvereveningsbetalingen over en weer te verrekenen om kruiselingse pensioenverevening te voorkomen. Indien geen mededelingsformulier wordt ingezonden, maakt pensioenverevening ook niet plaats voor pensioenverrekening (Rechtbank Rotterdam 13 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8995) (*FJR 2020/32.31*).

2.6 *Terugwerkende kracht*

Rechtbank Midden-Nederland 30 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5917 (*FJR 2020/32.32*) oordeelde onder meer over de vordering strekkend tot verevening van een ingegaan pensioen met terugwerkende kracht (het te verevenen pensioen was al ingegaan). De rechtbank oordeelde dat pensioenverevening met terugwerkende kracht gegeven de omstandigheden niet "onaanvaardbaar" was in het licht van art. 6:2, lid 2 BW gezien het geringe inkomen van de vereveningsplichtige. Deze uitspraak lijkt niet in lijn te liggen met de hiervoor behandelde uitspraken over pensioenverrekening met terugwerkende kracht.

2.7 *Schuldsanering*

In Rechtbank Midden-Nederland 15 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1175 (*FJR 2020/32.33*) betrof het een vereveningsplichtige die met een zogenaamde schone lei uit de schuldsanering kwam. Deze stelde dat door de schuldsanering ook het recht op pensioenverevening van de vereveningsgerechtigde verloren zou zijn gegaan. De rechtbank oordeelde dat het recht op pensioenverevening niet verloren gaat indien de vereveningsplichtige na toelating tot de schuldsanering de schone lei wordt verleend. Kennelijk beperkte de rechtbank de schone lei tot opeisbare vorderingen.

2.8 *Indexering*

In het kader van pensioenverevening bestaat, net als bij pensioenverrekening, onduidelijkheid over de wijze waarop indexering doorwerkt in het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en in conversieberekeningen. Ik wijs op art. 3, lid 2 WVPS. De vraag is met name of verhogingen uitsluitend doorwerken vanaf de aanvang van de betalingen (dat is de datum van ingang van het verevende pensioen), of ook gedurende de periode tussen de datum van scheiding en de ingangsdatum van de betalingen. Tot dat laatste zou kunnen worden gekomen door toepassing van art. 58, lid 3 Pensioenwet (gelijke behandeling van gewezen deelnemers gedurende de periode tot hun pensioendatum met gepensioneerden) in combinatie met de fictie van beëindiging van deelneming van art. 3, lid 1, aanhef en onder b WVPS (zie W.P.M. Thijssen, *Pensioenverevening volgens het wettelijk systeem, De Rekenregels nader beschouwd*, Publicaties van de Vereniging voor Pensioenrecht nr. 10, Kluwer, 1998, p. 6v.). Ook de verevening van pensioenen ontleend aan een pensioenovereenkomst van het type kapitaalovereenkomst en

premieovereenkomst leidt tot vragen. Het gaat te ver daarop in het kader van deze Kroniek dieper in te gaan.

3. Bijzonder partnerpensioen

De wettelijke regeling voor afsplitsing van bijzonder partnerpensioen na einde huwelijk, geregistreerd partnerschap (en eventueel na niet-geregistreerd partnerschap), houdt in dat het tot die beëindiging opgebouwde partnerpensioen wordt afgesplitst ten behoeve van de ex-partner. Dit afgesplitste partnerpensioen wordt met de term bijzonder partnerpensioen aangeduid. De achterliggende gedachte bij de toevoeging “bijzonder”, is dat de ex-partner uiteraard niet meer de partner van betrokkene is, maar toch diens partnerpensioen krijgt toebedeeld. Nadien op te bouwen partnerpensioen kan toekomen aan een opvolgende partner of wordt omgerekend in een verhoging van het levenslange ouderdomspensioen. Indien de ex-partner overlijdt voordat degene die het bijzonder partnerpensioen had opgebouwd overlijdt, vervalt het bijzonder partnerpensioen, tenzij de pensioenregeling van degene die het partnerpensioen had opgebouwd bepaalt dat het bijzonder partnerpensioen vanaf dan weer onderdeel uitmaakt van de opgebouwde pensioenaanspraken. De ex-partner is bevoegd het bijzonder partnerpensioen te doen toekomen aan een opvolgende partner van degene die het bijzonder partnerpensioen had opgebouwd, indien de pensioenuitvoerder meewerkt en aan formele voorwaarden wordt voldaan. Ik verwijs naar art. 57 Pensioenwet. Op het eerste gezicht lijkt niet goed denkbaar dat de bijzondere partner het bijzonder partnerpensioen zal willen afstaan aan een opvolgende partner van zijn of haar ex-partner. Toch komt de overdracht in de praktijk voor, tegen compensatie. De ex-partner heeft dan vanuit zijn of haar subjectieve oogpunt meer belang bij de compensatie dan bij het bijzonder partnerpensioen.

Voor recente ontwikkelingen in de rechtspraak rond bijzonder partnerpensioen wijs ik op een principiële uitspraak. Het betreft Gerechtshof Amsterdam 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4028 (*FJR 2020/32.34*), waarin aan de orde was dat betrokkene het volledig partnerpensioen van de overleden persoon ontving, totdat de pensioenuitvoerder werd geconfronteerd met een vordering tot toekenning van bijzonder partnerpensioen van een ex-partner van de overledene. De pensioenuitvoerder kende het bijzonder partnerpensioen toe met een beroep op het eigen pensioenreglement (waarin de wettelijke regeling voor afsplitsing van bijzonder partnerpensioen was opgenomen). Betrokkene stelde dat de pensioenuitvoerder daartoe niet bevoegd was, omdat de pensioenuitvoerder geen bijzonder partnerpensioen zou mogen afsplitsen gegeven de omstandigheden dat de overledene en/of de eerste partner destijds verzuimd hadden om melding te doen van hun echtscheiding aan de toenmalige werkgever van de overledene en/of de toenmalige pensioenuitvoerder, en bij de daarop gevolgde waardeoverdracht(en) geen bijzonder partnerpensioen was afgesplitst en achtergebleven bij de toenmalige pensioenuitvoerder. Het hof oordeelde dat deze omstandig-

heden geen rol speelden omdat het recht van de eerste partner op bijzonder partnerpensioen uit de wet voortvloeide. De pensioenuitvoerder mocht de omissie voor de toekomst herstellen. Zie ook Rechtbank Den Haag 22 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6884 (*FJR 2020/32.35*) en Gerechtshof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:111 (*FJR 2020/32.36*) in verband met de verdeling van partnerpensioen over twee partners van de overleden persoon. Indien een ingegaan partnerpensioen achteraf anders moet worden verdeeld over de twee partners van een overleden persoon, behoeft teveel betaald partnerpensioen niet te worden terugbetaald. Hoewel sprake is van onverschuldigde betaling, stuit terugbetaling af op het leerstuk van het onaanvaardbaar rechtsgevolg (Gerechtshof Amsterdam 6 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2894) (*FJR 2020/32.37*).

4. Pensioen en alimentatie

Globaal betreft de rechtspraak op het raakvlak tussen pensioen en alimentatie de vragen of voor de draagkracht van de alimentatieplichtige pensioenpremie in mindering gebracht mag worden op het inkomen en of in het kader van het vaststellen van de behoefte met een component premie voor het treffen van een ouderdomsvoorziening rekening moet worden gehouden.

4.1 Draagkracht

In Rechtbank Midden-Nederland 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4708 (*FJR 2020/32.38*) werd geoordeeld dat kinderalimentatie voorgaat boven pensioenopbouw voor de alimentatieplichtige, maar instandhouding van een arbeidsongeschiktheidsverzekering voorgaat boven kinderalimentatie. Gegeven de omstandigheid dat de draagkracht voor betaling van kinderalimentatie beneden de behoefte aan kinderalimentatie lag, werd daarom geen rekening gehouden met pensioenpremie (in de vorm van premie voor een lijfrenteverzekering), maar wel met premie voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Deze uitspraak geeft een duidelijk richtsnoer ten aanzien van de berekening van de draagkracht voor kinderalimentatie in verhouding tot pensioenopbouw en instandhouding van een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Instandhouding van een arbeidsongeschiktheidsverzekering waarborgt doorbetaling van kinderalimentatie bij arbeidsongeschiktheid. Dat lijkt de verklaring voor het door de rechtbank gemaakte onderscheid. Ik sluit niet uit dat de lijn kan worden doorgetrokken in verband met partneralimentatie. In Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3735 (*FJR 2020/32.39*) werd wel een component pensioenpremie ten laste van de draagkracht gebracht, omdat voor de alimentatieplichtige (werkzaam in Singapore) geen pensioenregeling gold, terwijl die bij een vergelijkbaar dienstverband in Nederland wel zou hebben gegolden.

Voorziene daling van inkomen als gevolg van pensioenering geeft geen grond voor wijziging van de overeengekomen partneralimentatie volgens Rechtbank Noord-Holland 16 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9442 (*FJR 2020/32.40*). Dat geldt ook indien de alimentatiegerechtigde

daardoor meer te besteden heeft dan de alimentatieplichtige, omdat de daling van het inkomen bij pensionering geen onvoorziebare omstandigheid was. Er is dan geen plaats voor een jusvergelijking. Deze uitspraak lijkt in lijn te liggen van de rechtspraak rond wijziging van een overeengekomen alimentatie. In vergelijkbare zin Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1240 (*FJR* 2020/32.41).

In Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7890 (*FJR* 2020/32.42) werd geoordeeld dat een alimentatieplichtige aan de bestaande alimentatieverplichting zou kunnen blijven voldoen door vervroeging van een lijfrente uitkering. Van de alimentatieplichtige mocht worden verwacht dat hij zich zou inspannen om aan een bestaande onderhoudsverplichting te blijven voldoen en in dat verband de lijfrente al eerder aan te spreken dan bij het bereiken van zijn AOW- c.q. pensioengerechtigde leeftijd.

4.2 Behoeft

Het oordeel in Gerechtshof Amsterdam 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3381 (*FJR* 2020/32.43) lijkt mij voor de hand liggend. Het hof oordeelde dat pensioenpremie geen onderdeel van de “behoefte” aan alimentatie uitmaakte, daar partijen tijdens huwelijk geen van beiden pensioen opbouwden, zodat pensioenpremie geen huwelijksgerelateerde behoefte vormde. In vergelijkbare zin Gerechtshof Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3358 (*FJR* 2020/32.44) en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2019:4408 (*FJR* 2020/32.45). Deze uitspraken passen in de lijn dat voor de behoefte de welstand tijdens het huwelijk bepalend is. Dat betekent dat nieuwe wensen in het kader van de behoefte niet worden gehonoreerd. In Gerechtshof Amsterdam 29 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3476 (*FJR* 2020/32.46) pakte het anders uit en werd bij de berekening van de huwelijksgerelateerde behoefte aan alimentatie juist wel rekening gehouden met een vaststaand bedrag voor premie voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering, een overlijdensrisicoverzekering, een oudedagsvoorziening, pensioenpremie en lijfrentepremie. Blijkens Rechtbank Amsterdam 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8117 (*FJR* 2020/32.47) kan bij het vaststellen van de behoefte aan alimentatie rekening gehouden met een maandelijks bedrag aan “pensioenpremie” voor de alimentatiegerechtigde, maar niet met een eenmalige koopsom. In Rechtbank Oost-Brabant 10 december 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:6376 (*FJR* 2020/32.48) werd niet met een component pensioenpremie als onderdeel van de behoefte aan alimentatie rekening gehouden, omdat de alimentatiegerechtigde weliswaar uitsluitend AOW zou gaan ontvangen, maar over een aanzienlijk vermogen beschikte (dat de behoefte aan alimentatie niet beperkte, zodat daarop niet behoefte te worden ingeteerd).

In twee uitspraken viel de lijn te ontwaren dat indien voor de alimentatiegerechtigde recht op pensioenverevening bestaat, geen ruimte is voor een component pensioenpremie als onderdeel van de “behoefte” aan alimentatie. Ik wijs op Gerechtshof Den Haag 27 september 2017,

ECLI:NL:GHDHA:2017:2859 (*FJR* 2020/32.49) en Gerechtshof Den Haag 27 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2890 (*FJR* 2020/32.50).

In Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4803 (*FJR* 2020/32.51) werd geoordeeld dat een door een alimentatiegerechtigde ontvangen ontslagvergoeding de behoefte aan alimentatie niet verminderde, omdat deze geheel was bestemd voor het opvangen van pensioenschade als gevolg van het ontslag.

Over het verband tussen pensioenverevening en alimentatie oordeelde Rechtbank Den Haag 31 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:9664 (*FJR* 2020/32.52), recht toe, recht aan, dat bij de vaststelling van de behoefte aan alimentatie rekening diende te worden gehouden met pensioenverevening volgens het wettelijk systeem. In verband daarmee bestond voor de alimentatiegerechtigde wel belang bij een veroordeling van de alimentatieplichtige strekkend tot pensioenverevening volgens het wettelijk systeem.

4.3 Draagkracht en behoefte

Het feit dat pensioenverevening zowel de draagkracht voor betaling van, als de behoefte aan alimentatie kan beïnvloeden, kwam tot uitdrukking in Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10433 (*FJR* 2020/32.53). Het hof overwoog dat het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen uit hoofde van pensioenverevening in mindering komt op de draagkracht van de alimentatieplichtige omdat de alimentatiegerechtigde dit bedrag uit hoofde van pensioenverevening ontvangt. In soortgelijke zin Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9552 (*FJR* 2020/32.54) in verband met het leerstuk rond wijziging van omstandigheden: ingang pensioen geldt als wijziging van omstandigheden omdat daardoor de draagkracht van de alimentatieplichtige pensioengerechtigde wijzigt, maar ook de behoefte van de alimentatiegerechtigde vanwege de te ontvangen betalingen uit hoofde van pensioenverevening. In Rechtbank Noord-Nederland 10 juli 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3165 (*FJR* 2020/32.55) werd de alimentatie niet gewijzigd in verband met vervroegde pensionering en een daarmee gepaard gaande verlaging van de draagkracht, omdat was overeengekomen dat de periode tot de ingangsdatum van pensioenverevening volledig zou worden overbrugd door het betalen van alimentatie.

5. Pensioenverweer

Het pensioenverweer van art. 1:153 BW houdt, verkort weergegeven, in dat een verzoek tot echtscheiding, ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed of tot ontbinding van een geregistreerd partnerschap ingediend door de ene partner dient te worden afgewezen, indien als gevolg van de echtscheiding een bestaand vooruitzicht op uitkeringen voor de andere partner na vooroverlijden van de partner die het verzoek indiende verloren zou gaan. De partner die echtscheiding verzocht, kan afwijzing van het verzoek voorkomen door het treffen van een billijke compensatoire voorziening. Het pensioenverweer kan niet sla-

gen indien de partner die het pensioenverweer voert zelf in staat is een voorziening te treffen die het wegvallen van de voorziening bij vooroverlijden compenseert of indien de duurzame ontwrichting van het huwelijk in overwegende mate valt te verwijten aan de partner die het pensioenverweer voert (het pensioenverweer is de enige rechtsfiguur in het scheidingsrecht waar de schuldvraag nog een rol speelt).

Gerechtshof Den Haag 14 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:657 (*FJR* 2020/32.56) wees een gevoerd pensioenverweer af omdat niet vaststond dat de partner die het verzoek tot echtscheiding had ingediend, partnerpensioen had opgebouwd. Daardoor stond niet vast dat als gevolg van de verzochte echtscheiding een bestaand vooruitzicht op uitkeringen na vooroverlijden van de partner die het verzoek indiende verloren zou gaan.

Gerechtshof Amsterdam 22 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:172 (*FJR* 2020/32.57) oordeelde dat het verloren gaan van een vooruitzicht op deling van het vermogen of de bedrijfswinst van de partner die het verzoek tot echtscheiding indiende, niet kan leiden tot het slagen van een pensioenverweer. Dit verweer ziet immers slechts op (bestaande) vooruitzichten op uitkeringen bij vooroverlijden, niet op (niet bestaande) vooruitzichten op uitkeringen uit de verkoopopbrengst van de onderneming en uit huuropbrengsten van onroerende zaken.

De Rechtbank Noord-Holland 21 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1865 (*FJR* 2020/32.58) overwoog dat een pensioenverweer slechts betrekking kan hebben op een verminderd vooruitzicht op (pensioen)uitkeringen bij vooroverlijden van de partij die de echtscheiding verzoekt, dus op nabestaandenpensioen. Door het voeren van het pensioenverweer kan geen recht op toedeling van een deel van de bedrijfswinst van de toekomstige ex-partner ontstaan voor het treffen van een voorziening bij het overlijden van de toekomstige ex-partner.

Vanuit procesrechtelijke optiek is Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7721 (*FJR* 2020/32.59) relevant omdat daaruit blijkt dat het pensioenverweer niet kan worden gevoerd door de partner die echtscheiding verzoekt. Verder werd geoordeeld dat het pensioenverweer niet in hoger beroep kan worden gevoerd als het niet reeds in eerste aanleg werd gevoerd.

Deze rechtspraak past in mijn visie in de lijn van de rechtspraak zoals die sedert de invoering van het pensioenverweer in 1971 werd gewezen.

De kans van slagen van een pensioenverweer hangt dermate sterk af van de concrete omstandigheden waarin de partners, waarvan één een verzoek tot scheiding heeft ingediend, verkeren dat evenals bij “alimentatie” lijnen moeilijk zijn te ontwaren. Het zou dan een lijn betreffen in wat zou moeten worden verstaan onder een bestaand vooruitzicht op uitkeringen bij vooroverlijden van de partner die het verzoek tot scheiding indient. Meer duidelijkheid omtrent de vraag hoe “hard” het vooruitzicht zou moeten zijn, lijkt wel wenselijk. Moet sprake zijn van afdwingbare uitkeringen, is voldoende dat sprake is van voorwaardelijke uitkeringen, is kapitaaldekking noodzakelijk? Meer vastigheid op deze

punten zou voor de praktijk wel wenselijk zijn, maar ook het beoordelen van een pensioenverweer blijft maatwerk.

6. De eigen onderneming en pensioen in eigen beheer

De belangrijkste problematiek die speelt rond scheiding van een directeur/groootaandeelhouder (“DGA”) van een BV is de wijze van berekening van de alimentatie en de externe uitvoering (“afstorting”) van de pensioenrechten van de (ex-) partner van de DGA indien dit in de eigen onderneming (in eigen beheer) is opgebouwd.

6.1 Alimentatie

Bij de berekening van de draagkracht van een DGA voor te betalen alimentatie kan, indien het DGA-salaris niet toereikend is voor betaling van alimentatie volgens de berekende behoefte, rekening worden gehouden met door de DGA op te nemen dividend (zie het Rapport alimentatienormen 2020-1, p. 45-46). In dat verband dient echter wel de pensioenuitkeringstest bedoeld in art. 2:216 BW te worden uitgevoerd. Het opnemen van dividend uit de BV is op grond van die regeling slechts mogelijk indien de solvabiliteitspositie en de liquiditeitspositie van de BV het opnemen van dividend toestaan. Indien de DGA pensioen in eigen beheer heeft opgebouwd, waarvoor een voorziening op de balans staat, dient dat pensioen in eigen beheer niet op basis van de fiscale waarde, maar op basis van de commerciële waarde in aanmerking te worden genomen voor het uitvoeren van de pensioenuitkeringstest. Daarbij is relevant te vermelden dat DGA's in de praktijk uitsluitend een fiscale jaarrekening plegen te laten opstellen. Dat is toegestaan op grond van art. 2:396 BW. Verder is relevant dat de fiscale pensioenvoorziening in de praktijk substantieel lager pleegt te zijn dan de commerciële pensioenvoorziening, omdat op grond van art. 3.29 Wet inkomstenbelasting 2001 bij de vorming van de fiscale pensioenvoorziening een rekenrente van minimaal 4% in acht dient te worden genomen, terwijl de marktrente substantieel lager is. Indien de fiscale pensioenvoorziening wordt verhoogd door deze op commerciële waarde te stellen, neemt het eigen vermogen van de BV af (in de praktijk blijkt dit na herwaardering van de fiscale pensioenvoorziening vaak negatief te worden). Het is dan verboden om dividend op te nemen.

Indien bij het vaststellen van de draagkracht voor het betalen van alimentatie met de mogelijkheid om dividend op te nemen rekening wordt gehouden zonder de pensioenuitkeringstest toe te passen, kan dit leiden tot een de facto verplichting voor de DGA om dividend op te nemen en tot een de facto verplichting voor de BV om dividend beschikbaar te stellen, terwijl het opnemen en beschikbaar stellen van dividend verboden is. De DGA kan dan niet anders dan de “verboden” alimentatie te financieren met een rekening-courantlening waaraan fiscale gevolgen verbonden kunnen worden. Zie Rechtbank Zeeland-West-Brabant 19 december 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:5699 (*FJR* 2020/32.60) waaruit blijkt dat een niet-zakelijk rekening-courantlening als netto-dividendopname werd aangemerkt met als gevolg

dat het pensioen in eigen beheer als voortijdig genoten (afgekocht) werd beschouwd. Het gevolg is dat niet alleen dividendbelasting moest worden betaald, maar ook loonbelasting over de commerciële waarde van de vervallen pensioenaanspraken en revisierente.

De recente rechtspraak laat incidenteel zien dat anders dan ten opzichte van het verleden de pensioenuitkeringstest daadwerkelijk pleegt te worden toegepast. Ik wijs op Rechtbank Amsterdam 6 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1452 (*FJR* 2020/32.61) en Gerechtshof Den Haag 10 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2664 (*FJR* 2020/32.62). In Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1868 (*FJR* 2020/32.63) bleef de pensioenuitkeringstest achterwege, mogelijk omdat geen beroep op art. 2:216 BW was gedaan. Het hof volgde in die zaak een deskundigenrapport. Mijns inziens zou de pensioenuitkeringstest ambtshalve toegepast dienen te worden op grond van art. 25 Rv,

6.2 *Afstorting bij een externe uitvoerder*

De lijn dat de pensioenrechten van de (ex-)partner van de DGA van een BV extern dienden te worden uitgevoerd werd ingezet met het arrest HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289. In die zaak oordeelde de Hoge Raad dat de BV verplicht is tot externe uitvoering van de rechten van de (ex-)partner. In HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658 oordeelde de Hoge Raad in het kader van een procedure tussen ex-partners, waarvan de ene DGA was met pensioen in eigen beheer, dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in de rechtsverhouding tussen een DGA en zijn (ex-)partner de vereveningsplichtige DGA verplichten tot externe uitvoering van de pensioenrechten van zijn (ex-)partner, omdat de DGA de BV beheerst. Uit HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693 (*FJR* 2020/32.64) volgt in verband met onderdekking van pensioen in eigen beheer in een BV (als gevolg van het verschil tussen de fiscale pensioenvoorziening en de commerciële waarde van het pensioen in eigen beheer) dat:

- Een BV die pensioen in eigen beheer uitvoert in beginsel over voldoende vermogen dient te beschikken om de pensioenverplichting te kunnen nakomen;
- Omdat de BV op grond van art. 3.29 Wet IB 2001 bij de vorming van de pensioenvoorziening een rekenrente van minimaal 4% dient te hanteren, terwijl de marktrente feitelijk structureel en langdurig lager is, de pensioenvoorziening op de fiscale balans ontoereikend zal zijn om de pensioenverplichting daadwerkelijk te kunnen nakomen;
- De pensioenrechten van de (ex-)partner van de DGA en de voor de DGA resterende pensioenrechten in het kader van externe uitvoering daarvan commercieel dienen te worden gewaardeerd op basis van de actuele marktrente;
- Daarbij met de meerkosten van externe uitvoering rekening dient te worden gehouden;

- Onderdekking dient te worden verdeeld naar evenredigheid van de op deze wijze vastgestelde voor externe uitvoering benodigde bedragen;
- De BV (uitgaande van de fiscale balans) een bedrag ter grootte van de pensioenvoorziening, vermeerderd met het eigen vermogen beschikbaar dient te stellen.

Recent verfijnde de Hoge Raad zijn rechtspraak in het “peildatumarrest” HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:276 (*FJR* 2020/32.65). De Hoge Raad oordeelde in dat arrest dat:

- De hoogte van de pensioenrechten dient te worden vastgesteld per datum scheiding (de grondslag voor dit oordeel was dat de WVPS voor de berekening van het recht op uitbetaling op ouderdomspensioen uit hoofde van pensioenverevening en voor de berekening van het bijzonder partnerpensioen aanknoopt bij datum scheiding);
- De commerciële waarde van de pensioenaanspraken dient te worden vastgesteld per de datum waarop externe uitvoering wordt gerealiseerd (de grondslag voor dit oordeel was gelegen in de redelijkheid en billijkheid, die verplichten een BV die pensioen in eigen beheer uitvoert op elk moment over voldoende vermogen te beschikken om de pensioenverplichting te kunnen nakomen en om de pensioenrechten van de ex-partner extern te kunnen uitvoeren gezien het feit dat de (ex-)partner op grond van de redelijkheid en billijkheid recht op externe uitvoering van zijn of haar rechten op het pensioen van de (ex-)partner heeft);
- Dekkingstekort op de datum waarop externe uitvoering wordt gerealiseerd dient naar evenredigheid van de grootte daarvan tussen de (ex-)partners te worden verdeeld op basis van de uitgangspunten van het arrest van de Hoge Raad uit 2017 (de grondslag voor dit oordeel was gezien de aansluiting door de Hoge Raad aan het arrest uit 2017 gelegen in de redelijkheid en billijkheid);
- De omstandigheden van het geval kunnen betekenen dat de rechter tot een andere verdeling van dekkingstekort komt, met name indien het aan de DGA valt te verwijten dat dekkingstekort is ontstaan of bestaand dekkingstekort is toegenomen (de Hoge Raad gaf geen grondslag voor het oordeel op dit punt, maar die grondslag lijkt wederom de redelijkheid en billijkheid te zijn).

De Hoge Raad gaf een voorbeeld van een situatie waarin “*met name*” zou kunnen worden afgeweken van de regel dat dekkingstekort naar evenredigheid van de grootte daarvan tussen de (ex-)partners dient te worden verdeeld. Dat voorbeeld was kennelijk ingegeven door de feitelijke omstandigheden die speelden. De DGA had immers door een dividendopname voor aflossing van (een gedeelte van) de bestaande rekening-courantschuld het dekkingstekort doen ontstaan of doen toenemen, terwijl hij in staat zou zijn geweest de beoogde aflossing van de rekening-courantschuld uit privé middelen te voldoen. Een ander voorbeeld waarin plaats zou kunnen zijn van afwijking van de regel dat dekkingstekort op de datum waarop externe uitvoering wordt gerealiseerd naar evenredigheid van de grootte daarvan tussen de (ex-)partners dient te worden verdeeld kan zich mijns

inziens voordoen indien tussen datum scheiding en de datum waarop externe uitvoering daadwerkelijk wordt gerealiseerd dekkingstekort toeneemt, maar de vertraging aan de (ex-)partner valt te verwijten. De (ex-)partner zou dan naar redelijkheid moeten delen in het toegenomen dekkingstekort. Indien het dekkingstekort na datum scheiding afneemt en de (ex-)partner de externe uitvoering vertraagt, zou de (ex-)partner in mijn visie niet behoren te profiteren van het afgenomen dekkingstekort.

6.3 *Beperkte pensioenrechten?*

De eerste vraag die resteert is of indien volledige externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van een DGA niet mogelijk blijkt, de (ex-)partner genoeg moet nemen met de beperkte pensioenrechten zoals die extern worden uitgevoerd, of dat de (ex-)partner een vordering op de BV houdt voor het tekort. Het antwoord op die vraag luidt in mijn visie dat de (ex-)partner een vordering op de BV houdt voor het tekort. Externe uitvoering betekent immers niet meer of minder dan dat de pensioenrechten van de (ex-)partner van de DGA door de BV extern zijn veiliggesteld met het oog op insolventie van de BV. De voor externe uitvoering gesloten verzekering blijft echter tot het vermogen van de BV behoren en vervalt aan de BV zodra de (ex-)partner van de DGA overlijdt. De consequentie is dat de BV alsnog tot verdere externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner verplicht is, zodra de mogelijkheid daartoe bestaat, of verplicht is de uitkeringen die de (ex-)partner te zijner tijd ontvangt aan te vullen. Dit geldt in mijn visie ook indien op de voet van art. 5 WVPS geconverteerde rechten extern worden uitgevoerd. Dan ontstaan weliswaar eigen rechten voor de (ex-)partner van de DGA en verschuift het vermogen voor externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van de BV naar de (ex-)partner van de DGA, maar dat betekent niet dat de (ex-)partner geen restvordering meer op de BV zou hebben. Overigens heeft de DGA die ervoor kiest zijn resterende pensioenrechten óók extern uit te voeren een overeenkomstige restvordering op zijn BV. Mijn indruk is dat de problematiek rond de restvorderingen in de praktijk veelal over het hoofd wordt gezien. De BV zou een voorziening op de balans moeten opnemen met het oog op de hier bedoelde restvorderingen.

6.4 *Wie kiest de externe partij?*

De tweede vraag die nog resteert is wie de externe partij als pensioenuitvoerder kiest. Dat is in mijn visie de BV omdat op de BV de verplichting tot externe uitvoering rust. Indien echter conversie wordt overeengekomen, waardoor de (ex-)partner van de DGA eigen rechten verkrijgt, is weliswaar ook de BV bevoegd om de pensioenuitvoerder te kiezen omdat de verplichting tot externe uitvoering op de BV rust, maar omdat de (ex-)partner als verzekeringnemer fungeert, zal tussen de BV en de (ex-)partner feitelijk overeenstemming moeten bestaan over de te kiezen pensioenuitvoerder. De BV kan voorkomen dat de (ex-)partner voor onnodig kostbare externe uitvoering kiest. De (ex-)partner kan voorkomen dat de BV voor ondeugdelijke uitvoering kiest. Indien

een patstelling ontstaat zal de rechter uiteindelijk moeten oordelen op basis van de redelijkheid en billijkheid.

7. **Internationale aspecten**

De belangrijkste grensoverschrijdende vraagstukken op het snijvlak van pensioen en scheiding zijn:

- of Nederlandse pensioenen dienen te worden verevend naar Nederlands recht indien in het kader van de scheiding buitenlands recht van toepassing is (art. 1, lid 7 WVPS);
- of buitenlandse pensioenen kwalificeren als “pensioen” in de zin van de WVPS indien Nederlands recht in het kader van de scheiding van toepassing is (zie art. 1, lid 8 WVPS).

Het antwoord op de vraag of Nederlandse pensioenen in de zin van de WVPS dienen te worden verevend indien in het kader van de scheiding buitenlands recht van toepassing is, is in art. 1, lid 7 WVPS beantwoord: dat is het geval. Toch is de vraagstelling relevant met het oog op de mogelijkheid dat gezien de toepasselijkheid van buitenlands recht, ook sprake is van een vorm van pensioendeling naar buitenlands recht. Indien Nederlandse pensioenen in de zin van de WVPS naar buitenlands recht zijn verdeeld en daarnaast naar Nederlands recht dienen te worden verevend, wordt degene die het pensioen heeft opgebouwd geconfronteerd met dubbele pensioendeling (naar buitenlands recht en naar Nederlands recht). Art. 10:51 BW voorkomt eventuele dubbele pensioendeling niet. Dat artikel kan de toepasselijkheid van buitenlandse pensioendeling immers niet uitsluiten indien buitenlands recht op de scheiding van toepassing is.

7.1 *Art. 10:51 BW*

Gerechtshof Den Haag 20 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2560 (*FJR* 2020/32.66) oordeelde dat gezien de toepasselijkheid van Duits huwelijksvermogensrecht, de vraag of recht bestaat op pensioendeling naar Duits recht diende te worden beantwoord (art. 10:51 BW). De Duitse regeling voor de *Versorgungsausgleich* was van toepassing. Omdat de *Versorgungsausgleichgesetz* van 4 april 2009 op 1 september 2009 in werking was getreden, diende op grond van het overgangsrecht aan de hand van het toepasselijke materiële recht rond de destijds bestaande *Zugewinnngemeinschaft* van partijen te worden bepaald of, en zo ja welke, *Versorgungsausgleich* van toepassing is. Het hof gaf een bewijsopdracht. Omdat het in deze zaak een Duits pensioen betrof, bleef art. 1, lid 8 WVPS buiten bereik en speelde de problematiek van dubbele pensioendeling niet. Gesteld zou kunnen worden dat het systeem van art. 10:51 BW hier uitwerkte zoals het is bedoeld.

Art. 10:51 BW pakte op soortgelijke wijze uit in *Rechtbank Amsterdam* 20 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4213 (*FJR* 2020/32.67). In die zaak oordeelde de rechtbank dat op grond van art. 10:51 BW ten aanzien van de pensioenen van partijen hetzelfde recht van toepassing was als het op de verdeling toepasselijke recht. Dat was Engels recht. De waarde van de pensioenen diende naar Engels recht te worden verrekend, waarbij volgens Engels recht ook de vóór-

huwelijkse pensioenen bij de waardeverrekening moesten worden betrokken. Ik merk op dat het Engelse recht vergelijkbaar uitpakte als het Nederlandse pensioenverrekeningsarrest, omdat volgens het pensioenverrekeningsarrest vóórhuwelijkse pensioenen eveneens bij de waardeverrekening dienen te worden betrokken. In dat opzicht wijkt Engels recht niet af van Nederlands recht. Zie in vergelijkbare zin Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11114 (*FJR 2020/32.68*) en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 6 juni 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2037 (*FJR 2020/32.69*).

Ook in Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5636 (*FJR 2020/32.70*) pakte art. 10:51 BW uit zoals het naar mijn mening is bedoeld. Feitelijk werd geoordeeld dat Jordaans soenitisch huwelijksvermogensrecht van toepassing is. Dan geldt geen pensioenverevening op grond van art. 10:51 BW, tenzij sprake zou zijn van pensioen als bedoeld in art. 1, lid 4 tot en met lid 6 WVPS. Omdat het in de berechte zaak pensioen van de Europese Investeringsbank (EIB) betrof, was geen sprake van pensioen als bedoeld in art. 1, lid 4, onder a WVPS omdat dit pensioen door eigen rechtsregels wordt beheerst. Uit de Pensioenwet volgt niet dat de EIB moet worden gelijkgesteld met een werkgever of pensioenuitvoerder als bedoeld in de Pensioenwet (aan zo'n bepaling zou de EIB ook niet zijn gebonden).

In Rechtbank Den Haag 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8433 (*FJR 2020/32.71*) speelde de situatie van art. 1, lid 7 WVPS. Het huwelijksvermogensregime van partijen werd beheerst door het Nederlandse recht. Voorts stond vast dat gedurende het huwelijk pensioenrechten werden opgebouwd bij Eurocontrol. Omdat de pensioenafdeling van Eurocontrol haar hoofdzetel in Brussel heeft, betreft het hier pensioenrechten ingevolge een buitenlandse pensioenregeling als bedoeld in art. 1 lid 8 WVP. Het pensioen diende te worden verevend. Uit de uitspraak blijkt niet of dubbele pensioendeling speelde. Ook stond niet ter discussie dat indien de WVPS van toepassing zou zijn, het pensioen diende te worden verevend (de discussie of het pensioen van Eurocontrol kwalificeerde als "pensioen" in de zin van de WVPS speelde niet).

In dit kader dringt zich in mijn visie een belangrijke vraag op, die in de rechtspraak zou moeten worden beantwoord. Die vraag is of dubbele pensioendeling (naar Nederlands recht en naar buitenlands recht) naar Nederlands recht tot een onaanvaardbaar rechtsgevolg leidt, en zo ja, welk recht dan voorgaat. De meest redelijke beantwoording lijkt mij dat dubbele pensioendeling tot een onaanvaardbaar rechtsgevolg leidt en dat buitenlands recht zou moeten voorgaan. Voor partijen gold immers buitenlands recht in het kader van de afwikkeling van hun scheiding. Het feit dat de Nederlandse pensioenuitvoerder dan toch Nederlands recht toepast, doorkruist de rechtsverhouding tussen partijen in mijn visie op onaanvaardbare wijze.

7.2 Buitenlandse pensioenen

In Rechtbank Rotterdam 27 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7402 (*FJR 2020/32.72*) kwalificeerde een

buitenlands (Zwitsers) ouderdomspensioen als "pensioen" in de zin van de WVPS. Het pensioen diende, in verband met toepasselijkheid van Nederlands huwelijksvermogensrecht, te worden verevend door betaling door de vereveningsplichtige van 50% van het netto equivalent van het tijdens het huwelijk opgebouwde pensioen aan de vereveningsgerechtigde. Daarbij diende vermeerdering van dat gedeelte van het pensioen na beëindiging van het huwelijk door te werken in de te verrichten betalingen. Omdat die vermeerderingen niet vaststonden was de vordering tot betaling van dat gedeelte van het ouderdomspensioen onbepaalbaar. De vereveningsplichtige werd daarom veroordeeld om de benodigde informatie voor het bepalen van de vordering beschikbaar te stellen.

In HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1219 (*FJR 2020/32.73*) betrof het een vorm van een arbeidsvoorwaardelijke 401(k) regeling naar het recht van de VS. Deze kwalificeerde als "pensioen" in de zin van de WVPS omdat de regeling voldoende overeenkomsten had met pensioenregelingen naar Nederlands recht en naar de context van het maatschappelijk leven in de VS dezelfde functie had als pensioenregelingen in Nederland. Het niet bestemmingsgebonden karakter van een 401(k) regeling en de beperkte afkoopbaarheid stonden hieraan niet in de weg. Het arrest van de Hoge Raad is richtinggevend, omdat het een algemene norm geeft voor toetsing of een buitenlands pensioen als "pensioen" in de zin van de WVPS kwalificeert. Die norm is dat het buitenlandse pensioen voldoende vergelijkbaar moet zijn met Nederlands pensioen en een vergelijkbare functie moet hebben. Van erg strakke sturing is geen sprake, zodat mogelijk nog veel rechtspraak zal volgen.

7.3 Rechtstreekse betaling door de buitenlandse uitvoerder

In Rechtbank Den Haag 17 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:594 (*FJR 2020/32.74*) diende de vereveningsplichtige, in het kader van verevening van een buitenlands pensioen, medewerking te verlenen aan cessie van het gedeelte van zijn ouderdomspensioen waarop recht op uitbetaling voor de vereveningsgerechtigde bestond. Daardoor zou de vereveningsgerechtigde een zelfstandig recht op uitbetaling krijgen ten opzichte van de buitenlandse pensioenuitvoerder. Die buitenlandse uitvoerder is echter niet gebonden aan de uitspraak omdat die geen partij was bij de procedure, zodat het maar de vraag is of de door de rechtbank gewenste situatie op basis van het vonnis is bereikt. In Rechtbank Den Haag 13 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11805 (*FJR 2020/32.75*) werd een dergelijke vordering daarom afgewezen, mede omdat de buitenlandse uitvoerder had aangegeven geen medewerking te zullen verlenen aan rechtstreekse uitkering aan de ex-partner van een deelnemer en recht op uitbetaling van ouderdomspensioen jegens de ex-partner zou ontstaan.