

## Hoofdstuk VIII. Pensioen

J.M.J. Holtermans & W.P.M. Thijssen

### § 1. Inleiding

#### 1. INLEIDENDE OPMERKINGEN

Pensioen verdient in een boek over het Nederlandse huwelijksvermogensrecht aandacht in een apart hoofdstuk. Voor pensioen bestaan immers sinds geruime tijd speciale wettelijke regelingen om ten gevolge van de beëindiging van het huwelijk, geregistreerd partnerschap of andere relatievormen, anders dan door overlijden, tot deling van het pensioen te komen. Zo regelt de Wvps de deling van het ouderdomspensioen (verevening) en regelt artikel 57 Pw de deling van het partnerpensioen (afsplitsing).<sup>1</sup> Het toepasselijk huwelijksgoederenregime is hierbij niet relevant.

Het Nederlandse pensioenstelsel kent pensioenen in de eerste pijler (de AOW en de Anw), de tweede pijler (aanvullende<sup>2</sup> pensioenen voor werknemers en zelfstandigen) en in de derde pijler<sup>3</sup> (oudedags- en nabestaandenvoorzieningen in de privésfeer). Dit boek beperkt zich tot pensioenen in de tweede pijler.<sup>4</sup> Pensioenen in de eerste pijler (uitkeringen op grond van de AOW en de Anw) zijn weliswaar vermogensrechten, maar gelden als hoogstpersoonlijk en daarmee als verknocht aan de rechthebbende. Door die verknochtheid maken ze nimmer onderdeel uit van te verdelende vermogen.<sup>5</sup> Pensioenen in de derde pijler zijn geen pensioenen in de eigenlijke zin van dat begrip, omdat ze niet in het kader van arbeidsvoorwaarden tot stand komen. Ze blijven daarom buiten beschouwing, hoewel het wel vermogensrechten zijn die voor verdeling in aanmerking kunnen komen.

<sup>1</sup> Voor een dga-pensioen is de deling van partnerpensioen geregeld in art. 3a Wvps.

<sup>2</sup> De tweede pijler pensioenen worden als 'aanvullende' pensioenen beschouwd, omdat bij de vaststelling van de hoogte veelal rekening wordt gehouden met de eerste pijler pensioenen die als franchise worden ingebouwd. Kritisch daarover E.M.F. Schols-Van Oppen, *De franchise in pensioenregelingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009.

<sup>3</sup> Zie voor de maatschappelijke functie en inrichting daarvan G.J.B. Dietvorst, *De drie pijlers van pensioenvoorzieningen en belastingen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1994.

<sup>4</sup> Voor uitgebreide achtergrondinformatie over het Nederlandse tweede pijler pensioenstelsel zij verwezen naar Asser/*Lutjens* 7-XI 2023. Zie voorts Van Mourik, Verstappen & Burgerhart, *Handboek Scheiding Deel B*, 2020, hoofdstuk 5.

<sup>5</sup> HR 27 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4271, NJ 1982/503, m.nt. W.H. Heemskerk & E.A.A. Luijten (*Boon/Van Loon*).

## 2. OPBOUW VAN HET HOOFDSTUK

Voor een goed begrip van de plaats van pensioen uit de tweede pijler in het huwelijksvermogensrecht wordt hierna het behandelplan geschetst met, bedoeld voor een goed begrip van het vervolg, korte achtergrondinformatie over de plaats van de te behandelen onderwerpen in het (huwelijksvermogens)recht.

In paragraaf 2 wordt inzicht gegeven in de verschillende voorkomende pensioenovereenkomsten. Dat inzicht is met name van belang omdat het rechtskarakter van pensioenovereenkomsten door de wijziging van de Pw op grond van de Wtp met ingang van 1 juli 2023 fundamenteel is gewijzigd. Ook wordt ingegaan op de belangrijkste pensioensoorten: ouderdomspensioen en partnerpensioen.

Vervolgens wordt in paragraaf 3 ingegaan op pensioenverrekening volgens het *Boon/Van Loon*-arrest van de Hoge Raad uit 1981. Pensioenverrekening kwam in beeld bij scheiding tussen 27 november 1981 en 1 mei 1995. Pensioenverrekening geldt als een bijzondere vorm van verdeling van pensioen, namelijk via waardeverrekening, na scheiding (scheiding van tafel en bed of echtscheiding) en behoort daarom tot het huwelijksvermogensrecht. Pensioenverrekening omvat ouderdomspensioen en bijzonder partnerpensioen.<sup>6</sup>

Daarna wordt in paragraaf 4 ingegaan op pensioenverevening volgens de Wvps. Pensioenverevening speelt bij scheiding (scheiding van tafel en bed of echtscheiding) vanaf 1 mei 1995, de datum waarop de Wvps in werking trad. Pensioenverevening is beperkt tot ouderdomspensioen volgens de daarvan in artikel 1 lid 1 aanhef en sub d Wvps opgenomen definitie, zoals uitgewerkt in artikel 1 lid 4 tot en met 9 Wvps. Strikt genomen behoort de rechtsfiguur van pensioenverevening niet tot het huwelijksvermogensrecht, omdat ouderdomspensioenen en accessoire nabestaandenpensioenen sinds 1 mei 1995 op grond van artikel 1:94 lid 2 aanhef en sub b BW geen onderdeel meer uitmaken van een huwelijksgoederengemeenschap.

Dit hoofdstuk vervolgt in paragraaf 5 met de gevolgen van echtscheiding voor partnerpensioen, te weten de afsplitsing van bijzonder partnerpensioen. Ook dat onderwerp behoort, althans sinds 1 mei 1995, strikt genomen niet (meer) thuis in het huwelijksvermogensrecht gezien het bepaalde in artikel 1:94 lid 2 aanhef en sub b BW.

In paragraaf 6 worden de hoofdlijnen van enkele bijzondere onderwerpen behandeld: scheiding van tafel en bed, de dga, het uitfaseren van in eigen beheer opgebouwd pensioen en daarmee samenhangende compensatie van de partner, pensioendeling in geval van uiteengaan van ongehuwde en niet-geregistreerde partners, pensioenverweer tegen een verzoek tot echtscheiding, internationale aspecten

<sup>6</sup> In De Bruijn/Huijgen/Reinhartz 2019/VIII.1 werd opgemerkt dat pensioenverrekening nog maar zelden voorkomt. Dat is in die zin juist, dat pensioenverrekening bij scheiding op of na 1 mei 1995 nog slechts voorkomt als dat wordt overeengekomen (als pensioenverevening wordt uitgesloten, treedt pensioenverrekening daarvoor niet in de plaats, als wordt aangenomen dat het bij uitsluiting van pensioenverevening nog altijd gaat om pensioen in de zin van de Wvps dat op grond van art. 1:94 lid 2 aanhef en sub b BW geen onderdeel uitmaakt van een huwelijksgemeenschap). Pensioenverrekening is binnen het Caribisch deel van het Koninkrijk nog altijd geldend recht. Omdat ten aanzien van pensioenverrekening terughoudend wordt geoordeeld over verjaring, rechtsverwerking en klachtplicht (art. 6:89 BW), komt de pensioenverrekeningsproblematiek nog altijd veel aan de orde in de rechtspraak. Zie bijv. W.P.M. Thijssen, 'Kroniek Pensioenrecht', *FJR* 2020/32, p. 140.

van pensioendeling bij scheiding en tot slot enkele relevante fiscale aspecten van pensioendeling bij scheiding.

In paragraaf 7 wordt afgesloten met een korte beschouwing over te verwachten toekomstige ontwikkelingen, met name het bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel strekkende tot een andere wijze van verdelen van pensioen bij scheidingen (Wet pensioenverdeling bij scheiding 2022).<sup>7</sup> De behandeling van dit wetsvoorstel is in verband met de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel (zie de volgende alinea) uitgesteld tot naar verwachting 2028. De wijziging van de datum inwerkingtreding zal nog in een nota van wijziging moeten worden verwerkt.

Opgemerkt wordt dat het Nederlandse pensioenstelsel naar aanleiding van het Pensioenakkoord van 5 juni 2019 tussen de sociale partners en het toenmalige kabinet een zeer ingrijpende transitie ondergaat.<sup>8</sup> Het Pensioenakkoord heeft geleid tot de wijziging van de Wtp met ingang van 1 juli 2023 op grond van de Wtp. Door de invoering van de Wtp is de complexiteit van het pensioenrecht met een grote sprong toegenomen. Daarom beperkt dit hoofdstuk zich tot de actuele stand van het pensioenrecht en wordt voor de oudere opvattingen en literatuur verwezen naar het hoofdstuk Pensioen in de vorige druk van dit boek.

## § 2. Soorten pensioenovereenkomsten en pensioensoorten

### 3. PENSIOEN: EEN ARBEIDSVOORWAARDE GEFLANKEERD DOOR WETGEVING

Zoals in de inleiding op dit hoofdstuk al werd aangeduid, is het voor een goed begrip van de plaats van pensioen in het huwelijksvermogensrecht noodzakelijk inzicht te hebben in de diverse soorten pensioenovereenkomsten en pensioensoorten. Pensioen in de tweede pijler is immers vanuit historische optiek een fenomenologisch (vanuit de praktijk ontstaan) verschijnsel: de vormgeving en inrichting van pensioenregelingen behoort tot het primaat van de sociale partners, het zijn arbeidsvoorwaarden. Pensioenovereenkomsten en de daarmee gelijk te stellen rechtsverhouding tussen werknemers en werkgevers bij verplichte deelneming aan bedrijfstakpensioenfondsen<sup>9</sup> komen in het kader van arbeidsvoorwaardenoverleg tot stand.<sup>10</sup> Uitvloeisel van het arbeidsvoorwaardenoverleg is welke pensioensoorten aan een pensioenovereenkomst kunnen worden ontleend. Dat kunnen volgens het wettelijk gesloten systeem van pensioensoorten ouderdomspensioen, arbeidsongeschiktheidspensioen of nabestaandenpensioen (partnerpensioen of wezenpensioen) zijn.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> *Kamerstukken* 35287.

<sup>8</sup> Het Pensioenakkoord 2019 is opgenomen in SER-Advies 19/05 en is te vinden op de website van de SER.

<sup>9</sup> Zie art. 2 lid 2 aanhef en onder a Wtp.

<sup>10</sup> Zie bijv. *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 3, p. 293 waar wordt aangegeven dat de invulling van pensioenregelingen het primaat is van de sociale partners (bedoeld is: werkgevers en werknemers) en dat dit onder de stringenter regelgeving van de Wtp zo blijft.

<sup>11</sup> Zie de definities van deze begrippen in art. 1 Wtp.

Met ingang van 1 januari 2015 kent de Pw ook de mogelijkheid van een zogenoemd nettopensioen.<sup>12</sup> Nettopensioen mag uitsluitend worden uitgevoerd in de vorm van een vrijwillige pensioenvoorziening die aanvullend op de basisregeling door de werkgever kan worden aangeboden. De fiscale voorwaarden voor een nettopensioenregeling zijn opgenomen in afdeling 5.3B Wet IB 2001. Nettopensioen is een pensioen waarop de omkeerregel niet van toepassing is. Het nettopensioen wordt als gevolg daarvan opgebouwd of gefinancierd uit het netto loon. Eventuele bijdragen aan de nettopensioenregeling zijn fiscaal niet aftrekbaar. Toekomstige uitkeringen uit hoofde van een nettopensioenregeling zijn onbelast. Opbouw van nettopensioen is mogelijk over het bedrag dat ingevolge artikel 18ga Wet LB 1964 niet tot het pensioengevend loon behoort. Voor een nettopensioenregeling geldt een vrijstelling in box 3 van de inkomstenbelasting. Vanwege de Wtp-transitie stoppen vrijwel alle pensioenfondsen in de loop van 2026 of 2027 met de mogelijkheid van nettopensioenopbouw. Een nettopensioenregeling wordt door de meeste pensioenfondsen als (te) complex ervaren en niet passend bij de nieuwe pensioenregeling onder de Wtp. Opgebouwde nettopensioenaanspraken zullen door de betreffende pensioenfondsen naar een verzekeraar worden overgedragen.

Dit hoofdstuk beperkt zich tot ouderdomspensioen en partnerpensioen.<sup>13</sup>

#### 4. SOORTEN PENSIOENOVEREENKOMSTEN<sup>14</sup>

Pas bij de invoering van de met ingang van 1 januari 2007 in werking getreden Pw<sup>15</sup> werden wettelijke eisen gesteld aan de vormgeving van pensioenovereenkomsten. Vanaf 2007 waren nog drie vormen toegestaan.<sup>16</sup> Ten eerste zijn dat uitkeringsovereenkomsten die recht geven op vastgestelde pensioenen. Dat betekent dat de pensioenen zijn uitgedrukt in een tijdens de opbouwfase al vaststaand bedrag. Ten tweede zijn dat kapitaalovereenkomsten die leiden tot een kapitaal op de pensioendatum dat tijdens de opbouwfase vaststaat. Op de pensioendatum moet het kapitaal worden omgezet in vastgesteld pensioen of variabel pensioen.<sup>17</sup> Bij de keuze voor vastgesteld pensioen is dat vastgestelde pensioen tot de pensioendatum onzeker, omdat vooraf niet vaststaat welk tarief de pensioenuitvoerder op de pensioendatum hanteert voor het onderbrengen van direct ingaand pensioen.<sup>18</sup> Bij de keuze voor variabel pensioen wordt (sterk vereenvoudigd weergegeven) jaarlijks een vastgesteld pensioen uitgekeerd berekend op basis van het op de pensioendatum respectievelijk vervolgens

12 In art. 1 Pw is nettopensioen als volgt gedefinieerd: ouderdomspensioen of nabestaandenpensioen in de vorm van een nettopensioen als bedoeld in afdeling 5.3B van de Wet inkomstenbelasting 2001.

13 De reden is dat arbeidsongeschiktheidspensioenen en wezenpensioenen niet worden verrekend of verevend omdat het pensioenen op risicobasis zijn die als zodanig geen waarde hebben. Een uitzondering geldt voor arbeidsongeschiktheidspensioen dat feitelijk het karakter van ouderdomspensioen heeft. Zie voor verrekening van arbeidsongeschiktheidspensioen dat vanaf de pensioendatum wordt uitgekeerd HR 22 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1162, NJ 1991/760, m.nt. C.J.H. Brunner en voor verevening van dergelijk arbeidsongeschiktheidspensioen art. 1 lid 2 aanhef en onder c Wvps.

14 Zie Asser/Lutjens 7-XI 2023/157v.

15 Wet van 7 december 2006, Stb. 2006, 706.

16 Zie art. 10 Pw in de tot 1 juli 2023 geldende tekst.

17 Zie de definities van ouderdomspensioen en partnerpensioen in art. 1 Pw volgens de tot 1 juli 2023 geldende tekst.

18 Dat tarief hangt met name af van de rentestand en de levensverwachting op de pensioendatum.

bij aanvang van elk volgend jaar (nog) beschikbare kapitaal, rekening houdend met de rentestand en de levensverwachting van de pensioengerechtigde.<sup>19</sup> Uitgangspunt daarbij is dat levenslang een zoveel mogelijk gelijk pensioen zal worden uitgekeerd. Ten derde zijn dat premieovereenkomsten. Daarbij wordt in de opbouwfase jaarlijks een vastgesteld bedrag beschikbaar gesteld voor pensioen. Premieovereenkomsten bestaan in drie verschijningsvormen. Bij de eerste vorm wordt de premie jaarlijks aangewend voor het onderbrengen van een vastgesteld pensioen. Welk vastgesteld pensioen jaarlijks kan worden ondergebracht hangt af van met name de rentestand en de levensverwachting op het moment van inleg.<sup>20</sup> Het op de pensioendatum te bereiken pensioen staat daarom niet vooraf vast, het over het verleden opgebouwde pensioen wel. Bij de tweede vorm wordt de inleg jaarlijks aangewend voor een vastgesteld kapitaal. Welk vastgesteld kapitaal jaarlijks kan worden ondergebracht hangt af van de rentestand en de levensverwachting op het moment van inleg.<sup>21</sup> Het op de pensioendatum te bereiken kapitaal staat daarom niet vooraf vast, het over het verleden opgebouwde kapitaal wel. Op de pensioendatum wordt het kapitaal aangewend voor vastgesteld of variabel pensioen. De derde en meest zuivere vorm is die waarbij de inleg tot pensioendatum wordt belegd en op de pensioendatum wordt aangewend voor vastgesteld of variabel pensioen. Bij deze variant staan het over het verleden opgebouwde kapitaal en het toekomstig op te bouwen kapitaal niet vast, omdat het blijft belegd.<sup>22</sup>

Onder de wijziging van de Pw op grond van de Wtp zijn uitsluitend nog pensioenovereenkomsten van het type premieovereenkomst toegestaan. Daarbij geldt dat persoonlijk toe te rekenen pensioenvermogens<sup>23</sup> worden gevormd uit jaarlijkse leeftijdsonafhankelijke premie. Drie typen zijn mogelijk.<sup>24</sup> Het eerste type is de solidaire premieovereenkomst (art. 10a Pw). Die geeft recht op variabele pensioenen die vanaf de pensioendatum worden gefinancierd uit de persoonlijk toe te rekenen pensioenvermogens die de resultante zijn van de jaarlijkse premie-inleg. Stabiliteit wordt beoogd door de vorming van een wettelijk verplichte solidariteitsreserve, bestemd om de persoonlijk toe te rekenen pensioenvermogens aan te vullen bij tegenvallend beleggingsresultaat. De persoonlijk toe te rekenen pensioenvermogens en de solidariteitsreserve worden collectief belegd.<sup>25</sup> Het tweede type is de flexibele premieovereenkomst (art. 10b Pw). De belangrijkste verschillen met de solidaire premieovereenkomst zijn dat de persoonlijke pensioenvermogens in

19 Deze vorm voorkomt dat op de pensioendatum het nadeel van een lage rentestand levenslang negatief doorwerkt als het op de pensioendatum beschikbare kapitaal voor vastgesteld pensioen zou moeten worden aangewend. Variabel pensioen werd mogelijk met ingang van 1 september 2016 op grond van de Wvp. Zie art. 63a Pw in de tot 1 juli 2023 geldende tekst. Daarvoor was ingegaan pensioen altijd vastgesteld.

20 En de overige tariefsbestanddelen van de pensioenuitvoerder, zoals kosten.

21 Ook in dit verband geldt tevens afhankelijkheid van de overige tariefsbestanddelen van de pensioenuitvoerder.

22 Zie voor een beschrijving van deze typen pensioenovereenkomsten *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, nr. 3, p. 32-33.

23 De pensioenvermogens zijn niet persoonlijk in die zin dat betrokkene daarop eigendomsrecht zou hebben. Zie HR 24 september 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5780, *NJ* 1978/245, m.nt. B. Wachter (*Pensioenfonds Zwanenberg-Organon*) en HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1553, *NJ* 1995/323, m.nt. P.A. Stein (*Bensdorp*), waarin de Hoge Raad oordeelde dat de deelnemer geen rechtstreekse aanspraak heeft op het vermogen van een pensioenuitvoerder, maar slechts op de reglementaire pensioenaanspraken.

24 Zoals blijkt uit *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 3, p. 28.

25 Zie voor een beschrijving *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 3, p. 37-52.