

Dag van het personen- en familierecht

Pensioen en scheiding – 20 december 2023

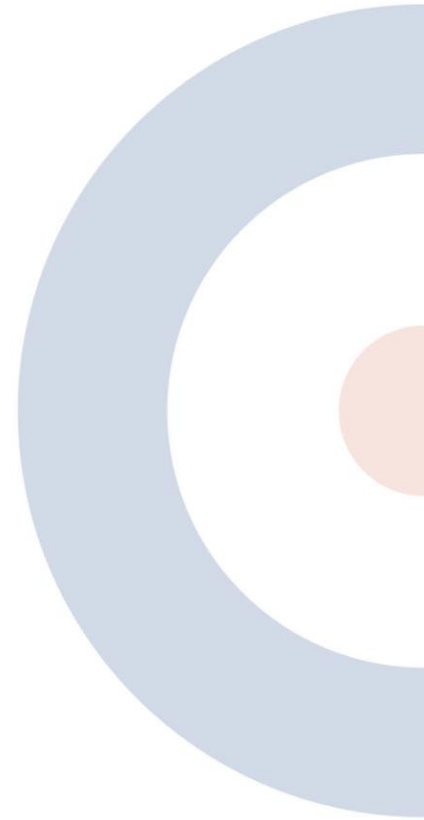
Mr. Wim P.M. Thijssen

Advocaat bij Pensioenadvocaten.nl en verbonden aan het VU
Expertisecentrum Pensioenrecht

Programma:

- Hoofdlijnen van de Wet toekomst pensioenen
- Pensioenverrekening
- Pensioenverevening
- Partnerpensioen en bijzonder partnerpensioen
- Pensioenverweer
- Alimentatie
- DGA (alimentatie, externe onderbrenging rechten ex-partner, afkoop peb en omzetting peb in ODV)
- IPR
- Wet pensioenverdeling bij scheiding 202....8 (?)

Wet toekomst pensioenen



Wet toekomst pensioenen 1: Pensioenovereenkomsten (historie)

Pensioen- en spaarfondsenwet (tot 2007):

- Contractvrijheid
- Levensjarenregelingen, eindloonregelingen, middelloonregelingen, vast-bedrag-per-dienstjaar regelingen, zuivere beschikbare premieregelingen, onzuivere beschikbare premieregelingen (streefregelingen of hybride regelingen)
- Vastgestelde pensioenen

Pensioenwet (vanaf 2007):

- Gesloten systeem van pensioenovereenkomsten
 - Uitkeringsovereenkomsten
 - Kapitaalovereenkomsten
 - Premieovereenkomsten (zuiver; garantiekapitaal; jaarlijkse aankoop gegarandeerd pensioen)
- Vastgestelde pensioenen, met uitzondering van de vanaf 2012 geïntroduceerde verbeterde premieovereenkomsten ondergebracht bij verzekeraars op grond waarvan ingegaan pensioen variabel kan zijn
- Toeslagverlening (indexering) in de vorm van procentuele aanpassing pensioen (meestal prijsindex of loonindex)

Wet toekomst pensioenen 2:

- Solidaire premieovereenkomst; variabel pensioen aangepast met middelen uit solidariteitsreserve volgens toedelingsregels
- Flexibele premieovereenkomst; variabel of vastgesteld pensioen eventueel aangepast met middelen uit risicodelingsreserve volgens toedelingsregels
- Premie-uitkeringsovereenkomst; variabel of vast pensioen (geen aanpassing)

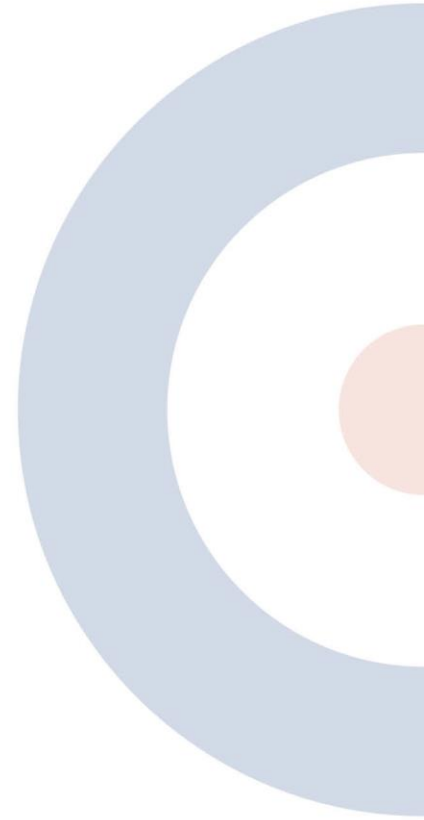
Wet toekomst pensioenen 3:

- Transitie uiterlijk 2028 gerealiseerd
- Leeftijdsonafhankelijke premie
- Gevolg: degressieve pensioenopbouw
- Compensatie
- Overgangsrecht (onder strikte voorwaarden behoud leeftijdsafhankelijke premie toegestaan voor deelnemers vóór transitiedatum)

Wet toekomst pensioenen 4:

- Default: tot transitie opgebouwd pensioen invaren (omzetten in pensioen volgens premieovereenkomst die geldt vanaf transitie)
- Geldt ook voor slapersrechten en ingegane pensioenen
- In werkgever-werknemerssfeer wijzigingstraject
- Binnen pensioenuitvoerder geen individueel instemmings- of bezwaarrecht

Pensioenverrekening



Pensioenverrekening 1:

- HR 7 oktober 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY0928, BNB 1959, 355:
pensioenrechten vallen niet in een
huwelijksgoederengemeenschap
- HR 27 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4271, NJ 1982, 503:
 - pensioenrechten vallen wel in een
huwelijksgoederengemeenschap
 - Waardeverrekening
 - Per datum scheiding of voorwaardelijk/uitgesteld

Pensioenverrekening 2:

- HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7690: toeslag vormt onderdeel te verrekenen pensioen, zodat deze in het kader van verrekening per datum scheiding moet worden gewaardeerd
- HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW6163: bij uitgestelde pensioenverrekening rekening houden met toeslagverlening, maar hoe ten aanzien van:
 - Toeslagverlening vanaf ingang pensioen
 - Uitstelperiode, verrekeningsplichtige is nog deelnemer
 - Uitstelperiode, verrekeningsplichtige is slaper

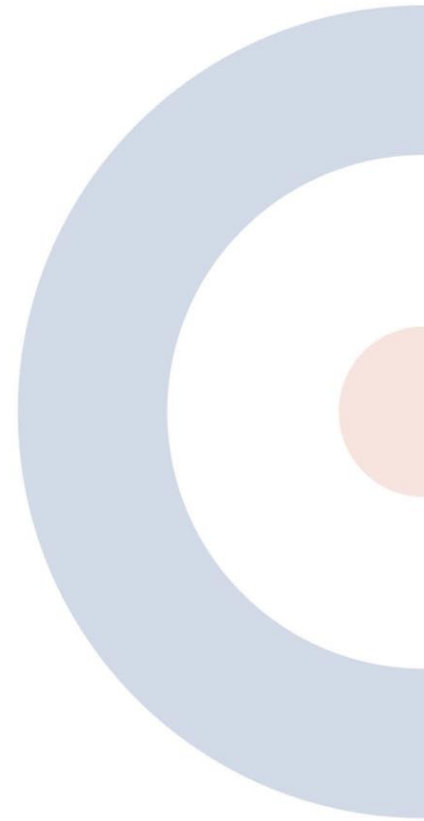
Pensioenverrekening 3:

- Uitgestelde pensioenverrekening
- Vastgesteld pensioen opgebouwd onder oud recht, niet ingevaren: WTP heeft geen invloed
- Vastgesteld pensioen opgebouwd onder oud recht, ingevaren:
 - Uitgesteld verrekeningsrecht uitgedrukt in percentage pensioen: verrekeningsrecht gaat meebewegen met het ingevaren pensioen
 - Uitgesteld verrekeningsrecht uitgedrukt in bedrag dat toeslagverlening volgt: voor verrekeningsplichtige wijziging met beroep op onaanvaardbaarheid denkbaar in verband met volatiliteit pensioen
- Voor verrekeningsplichtige en verrekeningsgerechtigde wijziging met beroep op onaanvaardbaarheid mogelijk ten aanzien van ontbreken toeslagverlening (verrekeningsrecht moet uitdelingen uit solidariteitsreserve of risicodelingsreserve gaan volgen)
- Uitgestelde verrekening kapitaal uit premieovereenkomst, niet ingevaren: WTP heeft geen invloed
- Uitgestelde verrekening kapitaal uit premieovereenkomst door omrekening in betaling vastgesteld bedrag vanaf pensioendatum, ingevaren zonder de mogelijkheid van aankoop vastgesteld pensioen: beroep op onaanvaardbaarheid

Pensioenverrekening 4:

- OF geheel anders redeneren
- Pensioenverrekening is verdeling
- Uitgestelde pensioenverrekening vertegenwoordigt de waarde van de pensioenen die op datum scheiding dienden te worden verdeeld
- Die wijzigt niet door invoering WTP
- Vraag is of pensioenverrekening in geval van uitgestelde pensioenverrekening van kleur verschiet: van verdeling naar verzorging....

Pensioenverevening



Pensioenverevening 1:

- Betreft ouderdomspensioen
- Standaard verevening
 - Recht op uitbetaling jegens pensioenuitvoerder indien mededelingsformulier tijdig ingezonden door één van de (ex-)partners
 - Recht op uitbetaling jegens de (ex-)partner indien mededelingsformulier niet (tijdig) is ingezonden of bij buitenlandse pensioenuitvoerder
- Afwijkende verevening
 - Afwijkende periode
 - Afwijkend percentage
- Conversie:
 - Van OP en PP
 - Uitsluitend van OP (?)

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6260 (stopzetten pensioenopbouw)

- DGA heeft voor staken toekomstige pensioenopbouw geen instemming van zijn partner nodig
- Art. 8c PSW betref uitsluitend reeds opgebouwd partnerpensioen
- Art. 8c PSW analoog van toepassing op grond van Regeling van voorwaarden voor pensioentoezeggingen aan direct- en indirect-grootaandeelhouders
- Vergelijk art. 20 Pensioenwet en art. 3a, lid 6 WVPS

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6260 (pensioenverevening)

- Pensioenverevening beperkt tot tijdens het huwelijk opgebouwd ouderdomspensioen
- Bij aangaan pensioenovereenkomst tijdens huwelijk waarbij over vóórhuwelijkse dienstjaren alsnog pensioen wordt toegekend blijft pensioenverevening beperkt tot het aan de huwelijkse periode toe te rekenen ouderdomspensioen

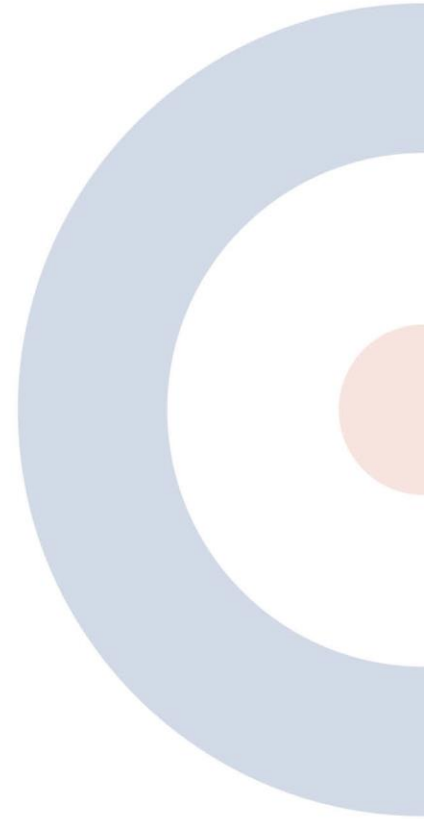
HR 17 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1596 inzake ex-partner - ex-partner

- Cassatie van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6260 (vorige uitspraak)
- Uitspraak Hof bekrachtigd; duidelijk op het punt van stopzetten pensioenopbouw maar m.i. ook op het punt van toerekening pensioenopbouw
- Belang voor de praktijk:
 - Bij wijziging van een pensioenovereenkomst voor de toekomst is geen instemming partner nodig
 - Voor pensioen tijdens huwelijk toegezegd, maar toe te rekenen aan de vóórhuwelijkse periode, geldt geen wettelijk recht op verevening

Pensioenverevening 2:

- Verevening luidt in vastgesteld bedrag
- Bij eindloonsysteem verhoogd met niet-carrièrematige stijgingen zolang deelneming na scheiding voortduurt
- Recht op uitbetaling volgt toeslagverlening bij pensioenuitvoerder in uitstelperiode en vanaf pensioeningang (bij middelloonregeling ook tijdens deelneming)
- Na invaren recht op uitbetaling:
 - Voor vereveningsplichtige beroep op onaanvaardbaarheid gezien volatiliteit pensioen
 - Voor vereveningsgerechtigde beroep op onaanvaardbaarheid gezien wegvallen toeslagverlening (recht op uitbetaling zou toedelingen uit solidariteitsreserve of risicodelingsreserve moeten volgen)

Partnerpensioen en Bijzonder partnerpensioen



Bijzonder partnerpensioen 1:

- Art. 57 PW; voor de DGA met peb art. 3a WVPS
- Tijdsevenredig vóórhuwelijks en huwelijks partnerpensioen
- Semi dwingend recht: uitsluiting mogelijk bij huwelijkse voorwaarden of schriftelijke overeenkomst met het oog op de scheiding + constitutieve instemming pensioenuitvoerder (instemmingseis pensioenuitvoerder niet voor DGA met peb)
- Vervreemding bijzonder partnerpensioen mogelijk bij notariële akte + pensioenuitvoerder “bereid” + onherroepelijk (niet voor DGA met peb)
- Aanwas na vooroverlijden bijzondere partner indien pensioenregeling dat bepaalt (niet voor DGA met peb)
- Geldt uitsluitend voor kapitaalgedekt partnerpensioen

Partnerbegrip tot 1 juli 2023:

- Echtgenoot en geregistreeerde partner
- Partner in de zin van de pensioenovereenkomst (contractvrijheid)

Partnerbegrip vanaf 1 juli 2023:

- Echtgenoot, geregistreeerde partner, partner in de zin van de pensioenovereenkomst:
 - Meerderjarige persoon
 - Gezamenlijke huishouding
 - Niet: bloedverwant in 1^e graad, bloedverwant in 2^e graad in rechte lijn, meerderjarig stiefkind, meerderjarig voormalig pleegkind
- Als de pensioenovereenkomst partnerpensioen toekent, dan verplicht voor elke relatievorm

Gezamenlijke huishouding/bepaalde partner:

- Notariële samenlevingsovereenkomst die is gemeld aan pensioenuitvoerder

OF

- Door beide partners getekende samenlevingsverklaring waarin is bepaald dat zij op het zelfde adres wonen, een wederzijdse zorgplicht hebben en die is gemeld aan de pensioenuitvoerder

Gezamenlijke huishouding/onbepaalde partner:

Notariële samenlevingsovereenkomst

OF

- Door beide partners vóór het overlijden van de (gewezen) deelnemer getekende samenlevingsverklaring waarin is bepaald dat zij op het zelfde adres wonen, een wederzijdse zorgplicht hebben

OF

- Eenzijdige verklaring getekend door de overlevende partner inhoudend dat sprake was van partnerschap + aannemelijk maken dat bij of vóór overlijden sprake was van een gezamenlijke huishouding

Gezamenlijke huishouding/onbepaalde partner:

- Bestaan van gezamenlijke huishouding aannemelijk geacht als inschrijving op hetzelfde adres gedurende 6 maanden + één van de volgende omstandigheden:
 - Kind uit relatie of kind uit andere relatie erkend
 - Gezamenlijk eigendom huis
 - Huurcontract op naam beide partners
 - Betrokkene is in de pensioenregeling aangewezen als partner

Gezamenlijke huishouding/onbepaalde partner:

- Andere indicatoren voor bestaan gezamenlijke huishouding bij onbepaald partnersysteem:
 - Opgenomen in testament
 - Begunstigde voor overlijdensrisicoverzekering
 - Partner voor uitkering uit volksverzekering (bijvoorbeeld Anw)

Gezamenlijke huishouding/bepaalde of onbepaalde partner:

- Partner(s) naar zorginstelling: partnerschap gehandhaafd zolang niet ten minste één van beiden schriftelijk aan de pensioenuitvoerder heeft gemeld niet langer als partner te willen zijn aangemerkt

Partnerpensioen in de WTP tijdens deelneming:

- Uitsluitend op risicobasis
- Maximaal 50% laatstgenoten pensioengevend salaris
- Geen AOW-franchise
- Diensttijdonafhankelijk
- Levenslange uitkering
- Afhankelijk van de pensioenovereenkomst variabel of vastgesteld

Partnerpensioen in de WTP vanaf pensioendatum:

- Uitsluitend kapitaalgedekt
- Hoogte afhankelijk kapitaal op pensioendatum en aanwendingsregeling; maximaal 70% van het ouderdomspensioen
- Levenslange uitkering
- Afhankelijk van de pensioenovereenkomst variabel of vastgesteld

Risicodekking voor partnerpensioen in de WTP na einde dienstverband vóór pensioendatum tijdens:

- WW-periode
- ZW-periode aansluitend op WW
- ZW-periode aansluitend op einde deelneming
- WW-periode die aansluit op ZW-periode na einde deelneming
- Periode van 3 maanden als deze omstandigheden niet spelen, pensioenregeling mag periode van 6 maanden inhouden, mits geen aansluitend dienstverband of uiterlijk tot nieuw dienstverband

Risicodekking voor partnerpensioen in de WTP na einde dienstverband vóór pensioendatum:

- Op basis van vrijwillige voortzetting
- Maximaal 3 jaar
- Voor degene die IB-ondernemer wordt maximaal 10 jaar
- Voor degene die al IB-ondernemer was vóór 1 juli 2023 maximaal 15 jaar

Uitruil opgebouwd kapitaal in partnerpensioen op risicobasis mogelijk:

- Na afloop voortzetting risicodekking
- Ouderdompensioen zakt niet onder afkoopgrens klein ouderdompensioen
- Niet als pensioenregeling voorziet in maximale toegestane voortzetting
- Niet als pensioenregeling uitruil maximeert

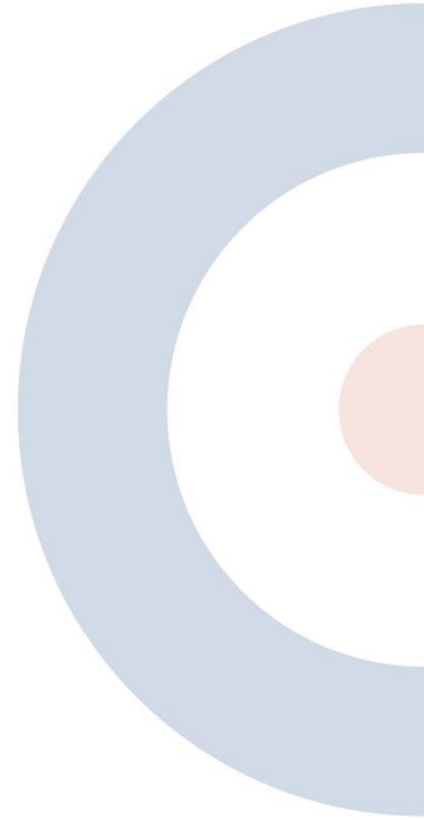
Gevolgen voor familierechtpraktijk:

- Bij scheiding vóór pensioendatum geen bijzonder partnerpensioen bij overlijden vóór pensioendatum
- Bij scheiding vóór pensioendatum of op/na pensioendatum bijzonder partnerpensioen bij overlijden op/na pensioendatum als keuze “kapitaal op pensioendatum aanwenden voor OP/PP” default is
- “Geen partnerpensioen” als default ...leidt dat tot onaanvaardbaar rechtsgevolg?

Overgangsrecht:

- Wie volgens de pensioenovereenkomst partner was vóór de transitie blijft partner zolang de relatie voortduurt
- Opgebouwd partnerpensioen bij overlijden vóór de pensioendatum geëerbiedigd:
 - Zonder invaren omdat het opgebouwde pensioen blijft gehandhaafd onder de regelgeving die gold tot 1 juli 2023
 - Bij invaren door opgebouwd partnerpensioen op basis van extra risicodekking tot de pensioendatum te handhaven

Pensioenverweer



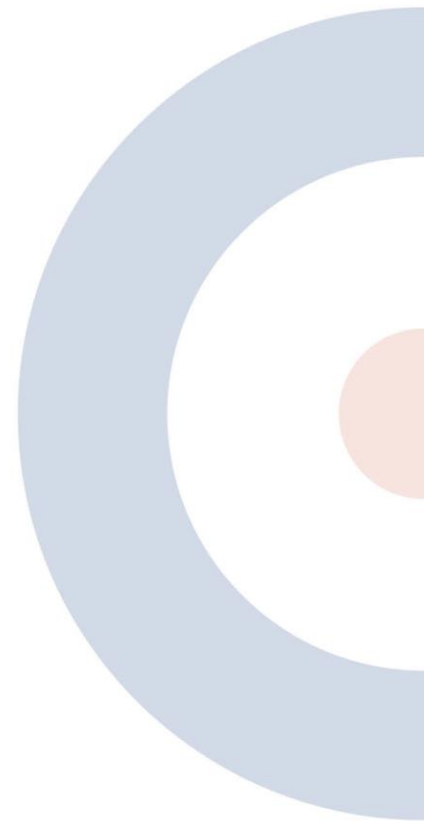
Pensioenverweer (art. 1:80e BW; art. 1:153 BW; art. 1:180 BW):

- Was al “terug van weggeweest” (zie EB 2009/65) vanwege opkomst premieovereenkomsten
- Belang zal toenemen bij scheiding vóór pensioendatum
- Belang bij scheiding op/na pensioendatum ook reëel:
 - Als “geen partnerpensioen” default is
 - Als partnerpensioen default is, maar hoogte beperkt (ten opzichte van het risicopartnerpensioen tijdens dienstverband)

Pendant van het pensioenverweer (art. 1:156, lid 2 BW):

- Component “voorzien in partnerpensioen” als onderdeel van de behoefte aan alimentatie
- Probleem:
 - Eenvoudige risicoverzekering niet mogelijk als alimentatieplichtige geen medische waarborgen kan leveren of te oud is
 - Risico te groot om het met sparen te kunnen opvangen

Alimentatie



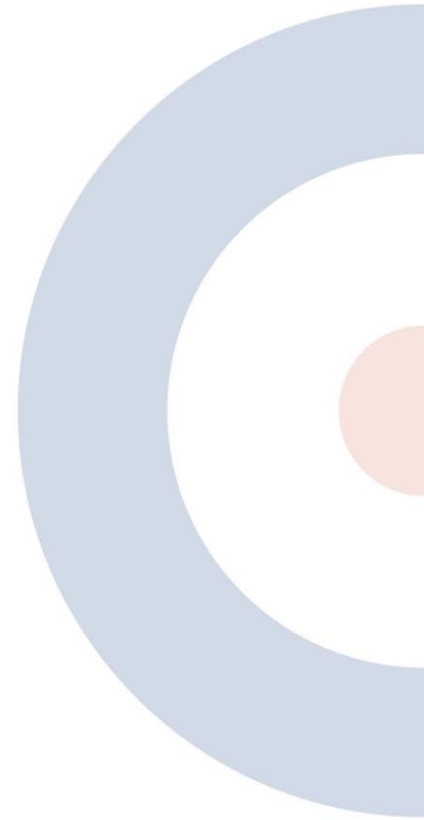
Wettelijke regeling (artt. 1:156, 1:157 en 1:402a BW) versus praktijk:

- Alimentatie luidt in de praktijk in vastgesteld bedrag
- Wettelijke indexering die geen verband houdt met de inkomensontwikkeling van de alimentatieplichtige
- De rechter kan op verzoek van een partij voorwaarden aan de alimentatie verbinden
- Cruciaal in verband met de WTP: de wet schrijft niet voor dat alimentatie in de vorm van een vastgesteld bedrag moet worden opgelegd en de wettelijke indexering kan worden uitgesloten

Gevolgen invoering WTP:

- Vanaf de transitie opgebouwd pensioen en ingevaren pensioen onder de WTP kan en zal vaak fluctuerend zijn (variabel pensioen)
- Voor alimentatie die uit ingegaan pensioen moet worden voldaan biedt de wet de mogelijkheid om:
 - De alimentatie te stellen op een percentage van het pensioen
 - De wettelijke indexering uit te sluiten
- Belangrijke taak voor de advocaten in verband met stelplicht en bewijslast en lijdelijkheid van de rechter ten aanzien van de feiten
- Alimentatienormen zouden moeten worden aangepast
- Alimentatienormen niet bindend (geen recht in de zin van art. 77 RO) zodat ook zonder wijziging daarvan alimentatie variabel kan worden vastgesteld

DGA/Alimentatie



Alimentatie/Draagkracht DGA 1:

- Cruciale vraag is of dividendcapaciteit BV in aanmerking wordt genomen als onderdeel van de draagkracht
- Pensioentoets art. 2:216 BW
- Verband met aandelenwaardering in het kader van verdeling als de aandelen van de BV in ontbonden huwelijksgoederengemeenschap vallen

Alimentatie/Draagkracht DGA 2:

- Verband met externe onderbrenging recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en bijzonder partnerpensioen
- Verband met rekening-courantschuld
- Zie EB 2018/5 en 14 (“verboden” alimentatie)
- Zie EB 2022/22 over het aspect van eigendomsontneming als alimentatie over fictieve draagkracht moet worden voldaan

Gerechtshof Den Haag 11 januari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:11

Hof:

- De dividendcapaciteit voor de berekening van de draagkracht ziet op toekomstige dividendcapaciteit
- Bij de verdeling/bepaling waarde aandelen rekening houden met opgebouwde ongebonden reserves omdat die niet voor betaling van alimentatie hoeven te worden aangewend
- In deze zaak kon de “behoefte” worden gedekt uit het DGA-salaris

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 januari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:352

Feiten:

- BV met pensioen in eigen beheer en rekening-courantschuld
- Inspecteur:
 - Pensioen feitelijk afgekocht
 - Aanslag ter grootte marktwaarde pensioen in eigen beheer en aanslag revisierente

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 januari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:352

Hof:

- Pensioen niet feitelijk afgekocht
- Rekening-courantschuld zou gezien de hoogte van het pensioen (grotendeels) uit de netto-uitkeringen kunnen worden afgelost, eventueel aangevuld met aflossing uit andere inkomsten of vermogen

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 januari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:352

Relevantie voor de familierechtpraktijk:

- Dividendcapaciteit relevant voor bepaling draagkracht voor betaling alimentatie
- Pensioen in eigen beheer waarderen op marktwaarde voor het bepalen van de dividendcapaciteit (pensioenuitkeringstest; art. 2:216 BW)
- Deze uitspraak zet deur wagenwijd open voor het in aanmerking nemen van leencapaciteit voor betaling alimentatie (vgl. EB 2018/5 en 14 en EB 2022/22)



**DGA/Externe onderbrenging recht op
uitbetaling van ouderdomspensioen
krachtens pensioenverevening en
bijzonder partnerpensioen ex-partner**

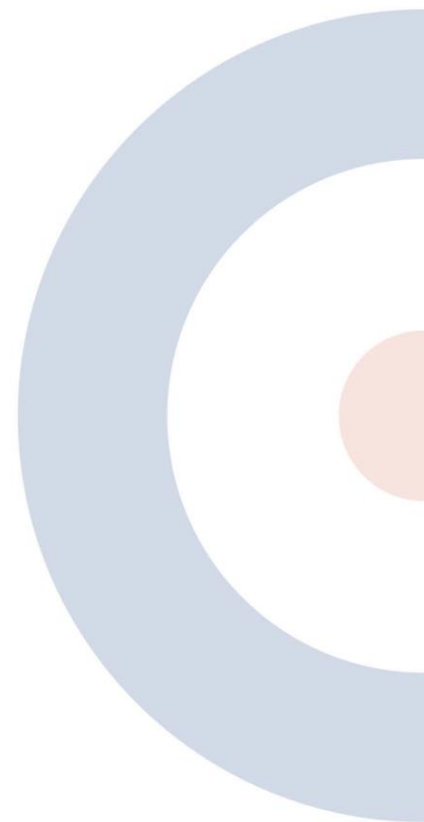
Samenvatting rechtspraak:

- HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289 (BV verplicht tot externe onderbrenging recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en bijzonder partnerpensioen ex-partner)
- HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658 (DGA in hoedanigheid van ex-partner verplicht om in hoedanigheid van DGA/bestuurder van de BV te bewerkstelligen dat de BV tot externe onderbrenging overgaat)
- HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693 (ex-partner deelt naar evenredigheid mee in onderdekking van het pensioen in eigen beheer; dekkingsgraad te bepalen aan de hand van de som van de fiscale pensioenvoorziening + ongebonden eigen vermogen)
- HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:276 (de peildatum voor de berekening van de rechten van de ex-partner is datum (echt)scheiding; de peildatum voor de berekening van het bedrag voor externe onderbrenging is de datum van externe onderbrenging; uitzondering: onbehoorlijk bestuur DGA)
- Restvordering op BV voor zover rechten ex-partner niet volledig ondergebracht (EB 2020/40)

Pensioen in eigen beheer omgezet in ODV of afgekocht:

- Instemming partner nodig
- Fiscale eis, zonder instemming geldt pensioen als afgekocht na omzetting
- Geen civielrechtelijk recht op compensatie

IPR



Buitenlandse pensioenen; Nederlands huwelijksvermogensrecht van toepassing:

- WVPS van toepassing omdat Nederlands huwelijksvermogensrecht van toepassing is (art. 10:51 BW en art. 1, lid 8 WVPS)
- Geen zelfstandig recht op uitbetaling
- HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1219 (buitenlands “pensioen” is pensioen als het vanuit maatschappelijk oogpunt dezelfde functie heeft als Nederlands pensioen)

Nederlandse pensioenen; buitenlands huwelijksvermogensrecht van toepassing

- WVPS van toepassing ongeacht het toepasselijke huwelijksvermogensrecht (art. 1, lid 7 WVPS)
- Botsende rechtstelsels als buitenlandse vorm van pensioenverdeling van toepassing is
- Dubbele pensioenverdeling onaanvaardbaar?
- Zie EB 2012/22

Wet pensioenverdeling bij scheiding 202....8 (?)

Wet pensioenverdeling bij scheiding 2022:

- Kamerstukken 35 287
- In behandeling bij Tweede Kamer
- Uitstel tot uiterste transitiedatum WTP (2028)
- Te voorzien probleem voor pensioenuitvoerders: in geval van transities vóór uiterste transitiedatum huidige regelgeving (WVPS; art. 57 Pensioenwet) nog van toepassing

Wet pensioenverdeling bij scheiding 2022:

- Conversie hoofdregel
- 50% van tijdens huwelijk opgebouwd ouderdomspensioen (ongewijzigd)
- 50% van tijdens huwelijk opgebouwd partnerpensioen (in plaats van vóórhuwelijks partnerpensioen en volledige tijdens het huwelijk opgebouwde partnerpensioen)
- Wetsvoorstel net als WVPS toegesneden op vastgestelde pensioenen

Dank voor uw aandacht

