

Boom Juridische uitgevers  
Postbus 85576  
2508 CG Den Haag  
T (070) 330 70 33  
F (070) 330 70 30  
E [info@bju.nl](mailto:info@bju.nl)  
I [www.bju.nl](http://www.bju.nl)

# *EstateTip* Review

**Afl. 2009-42**

**2 december 2009**

## Redelijkheid en billijkheid in het pensioenrecht (III) De dga, diens echtgenoot en de uitgestelde pensioendatum

In *EstateTip Review* is al vaker besproken dat de echtscheiding tussen een directeur-groootaandeelhouder (dga) en diens echtgenoot belangrijke gevolgen kan hebben voor hun oudedagsvoorzieningen (bijvoorbeeld *EstateTip Review* 2007-25 en 2008-08). Zo ook deze week. Aanleiding is een uitspraak van Rechtbank Zutphen (Rb. Zutphen 25 februari 2009, *PJ* 2009-96).

In deze zaak verschilden de dga en diens ex-echtgenoot van mening over diverse onderwerpen. Zo werd onder meer getwist over het al dan niet bestaan van een verplichting tot afstorting van kapitaal bij een externe pensioenverzekeraar en de grootte van het eventueel af te storten bedrag. Zoals was te verwachten (HR 9 februari 2007, *RFR* 2007, 43 en *EstateTip Review* 2007-25), werd de afstortverplichting door de rechtbank erkend. Wat de uitspraak van Rechtbank Zutphen het bespreken waard maakt, is een ander twistpunt. De dga in kwestie had – tot twee keer toe – zijn pensioendatum aangepast. Gevolg was dat hij niet, zoals oorspronkelijk de bedoeling was, op 1 april 2003 met pensioen zou gaan maar uiteindelijk pas op 1 april 2011 (of zoveel eerder of later als hij wilde). Wat betekent dit voor de ex-echtgenoot? Nu wordt zichtbaar dat het recht van een ex-echtgenoot op een deel van het door de dga opgebouwde pensioen een (voorwaardelijk) afhankelijk recht is. Een gegeven waar standaardpensioenverevening niets aan toe- of afdoet.

Voor een goed begrip de hoofdlijnen van het systeem van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (WVPS) in het kort. In geval van scheiding heeft de ene echtgenoot recht op de helft van het door de andere echtgenoot tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen (art. 2 lid 1 jo. 3 lid 1 WVPS). Mits tijdig verzocht, kan de vereveningsgerechtigde echtgenoot een eigen *recht op uitbetaling* verkrijgen jegens het uitvoeringsorgaan (art. 2 lid 2 WVPS). Dit eigen recht op uitbetaling dient goed onderscheiden te worden van het recht van de vereveningsgerechtigde echtgenoot zoals dat krachtens art. 5 WVPS ontstaat na conversie. Alleen na conversie is sprake van een eigen recht. Dat wil zeggen een recht dat is 'losgekoppeld' van de positie en het recht van de vereveningsplichtige (zie *EstateTip Review* 2007-41 en 2008-26). Het niet-geconverteerde recht van de vereveningsgerechtigde echtgenoot is *afhankelijk van de pensioenopbouwer*. Dietvorst geeft de essentie van het afhankelijk recht als volgt weer (G.J.B Dietvorst, J. Dilling & L.G.M. Stevens (red.), *Pensioengids 2009 Vraagbaak voor pensioenen*, nr. 13.6.2.8, Deventer: Kluwer 2009):

‘Het recht op pensioenverevening houdt in het recht op uitbetaling van een deel van elk van de uit te betalen termijnen van het pensioen. Deze pensioenverevening kan dus alleen aan de orde komen indien het ouderdomspensioen *werkelijk ingaat*.’  
(Cursivering van mij, FH)

Dit verduidelijkt het probleem voor de ex-echtgenoot van de dga uit onze casus. Zij ‘doet mee’ met het uitstel van de pensioendatum van de dga. Hoewel een latere pensioendatum wellicht ‘politiek wenselijk gedrag is’, zal het niet verbazen dat de ex-echtgenoot hier anders over denkt. Zij verzet zich dan ook tegen het uitstel. Wel erkent zij dat zij eerder stilzwijgend heeft ingestemd met een eerste uitstel van de ingangsdatum van het pensioen. Dit eerste uitstel bewerkstelligde dat de in de oorspronkelijke pensioenbrief opgenomen pensioendatum van 1 april 2003 werd gewijzigd in 1 april 2008.

Ter onderbouwing van haar verzet beroept de ex-echtgenoot van de dga zich op de redelijkheid en billijkheid alsmede op art. 3a lid 6 WVPS:

‘6. De aanspraak op *partnerpensioen* ten behoeve van de echtgenoot van een directeur-groootaandeelhouder kan zonder toestemming van die echtgenoot niet bij overeenkomst tussen de directeur-groootaandeelhouder en het uitvoeringsorgaan of de werkgever worden verminderd.’ (Cursivering van mij, FH)

De overwegingen van de rechtbank:

‘5.5 Voorop wordt gesteld dat het vereveningsrecht een afhankelijk recht is hetgeen onder meer met zich brengt dat *het recht afhankelijk is van de pensioenregeling van [gedaagde]*. Het vereveningsdeel komt pas tot uitkering als het pensioen van [gedaagde] ingaat. Als de pensioenregeling het mogelijk maakt om de ingang van het pensioen uit te stellen en [gedaagde] maakt hiervan gebruik dan wordt het vereveningsdeel *ook later uitbetaald*.

Daargelaten dat artikel 3a lid 6 van de Wet VPS ziet op partnerpensioen, staat het bepaalde in dit artikel niet in de weg aan het wijzigen van de pensioenregeling zoals in het onderhavige geval is geschied. Met het nader overeenkomen tussen de werkgever en [gedaagde] van een uitstelmogelijkheid van de pensioendatum in de pensioenbrief 2004 wordt de aanspraak op pensioen ten behoeve van [eiseres] niet verminderd. Weliswaar komt het vereveningsdeel later tot uitkering indien [gedaagde] zijn pensioendatum uitstelt, maar daar staat tegenover dat het vereveningsdeel op de voet van artikel 8 van de Wet VPS dienovereenkomstig actuariael wordt verhoogd. *Aldus kan niet gezegd worden dat door uitstel van de pensioendatum de aanspraak op pensioen wordt verminderd*.

5.6 De vraag is dan voorts aan de orde of het in strijd is met de *redelijkheid en de billijkheid* die de rechtsverhouding tussen ex-echtelingen bepaalt dat [gedaagde] eenzijdig, dat wil zeggen zonder instemming van [eiseres], de pensioendatum meermalen heeft uitgesteld. *In zijn algemeenheid* kan het keer op keer uitstellen van de pensioendatum met zich brengen dat dit op een gegeven moment in strijd komt met de voormelde redelijkheid en billijkheid. In het *onderhavige geval* wordt vastgesteld dat [eiseres] naar eigen zeggen stilzwijgend akkoord is gegaan met een verschuiving van de pensioendatum van 1 april 2003 naar 1 april 2008. Op 1 april 2008 heeft [gedaagde] de leeftijd van 65 jaar bereikt. Doorgaans is dit de leeftijd waarop werknemers met pensioen gaan. Door [gedaagde] is evenwel aangevoerd dat zijn besluit om het pensioen nader uit te stellen tot 1 april 2011, wanneer hij dus de leeftijd van 68 jaar bereikt, is ingegeven door de brand die zijn onderneming in 2006 heeft verwoest en die hij daarna weer is gaan opbouwen.

De door [gedaagde] gemaakte afweging die heeft geleid tot een hernieuwd uitstel van zijn pensioendatum *behoeft niet de uitdrukkelijke instemming* van zijn gewezen echtgenote. Als overwogen in 5.5 tast een dergelijke beslissing haar aanspraken op pensioen niet aan noch weigert [gedaagde] haar met die beslissing uitkering van het haar toekomende pensioen.

5.7 Het vorenstaande leidt er toe dat niet geoordeeld kan worden dat het uitstellen van de pensioendatum tot 1 april 2011 in strijd is met de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen partijen beheerst.' (Cursivering van mij, FH)

Rechtbank Zutphen geeft aan dat pas als de pensioendatum 'keer op keer' wordt uitgesteld, dit 'op een gegeven moment' in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan komen. Een weinig heldere formulering. Hoe vaak moet er zijn uitgesteld en wat bedoelt de rechtbank met 'op een gegeven moment'? De vaagheid van de door de rechtbank gehanteerde criteria maken de rechtspositie van de ex-echtgenoot allerm minst aantrekkelijk. Nu het tot twee keer toe uitstellen nog niet onder 'keer op keer valt', lijkt het er op dat in de visie van Rechtbank Zutphen redelijkheid en billijkheid de ex-echtgenoot pas in extreme situaties kunnen 'helpen'.

Uit de overwegingen van de rechtbank kan worden afgeleid dat een en ander (mede) veroorzaakt wordt door het *ontbreken* van een daartoe strekkend *wettelijk toestemmingsvereiste*. Het lijkt dan ook zinvol om in voorkomende gevallen te overwegen – bij gebreke aan bedoelde wetsbepaling – in het echtscheidingsconvenant een contractueel toestemmingsvoorschrift op te nemen. Het vereiste kan ook in de huwelijksvoorwaarden worden opgenomen, al is het aangaan van die overeenkomst wellicht niet het goede – dat wil zeggen een te vroeg – moment om al over onderhavige problematiek (concrete) ideeën te hebben.

Voor de goede orde, het voorgaande geldt ongeacht of het voor het pensioen van de ex-echtgenoot vereiste kapitaal is afgestort bij een onafhankelijke pensioenverzekeraar of niet. Ook na afstorting blijft het recht van de ex-echtgenoot een afhankelijk recht. Zo bezien, vormt het voorgaande een extra argument ten gunste van de in *EstateTip Review* 2008-26 gestelde vraag 'Conversie in het pensioenrecht. Waarom eigenlijk niet?'

Interessant in dit kader is hetgeen Dietvorst over de ontwikkeling van de afstortplicht van de dga opmerkt (G.J. Dietvorst, 'Scheidende dga moet pensioendeel partner afstorten', *VP-Bulletin* 2009-1/2, nr. 1):

'Nu de lijn in de rechtspraak is dat afstorting van het vereveningsdeel de hoofdregel is, is *de stap* om, met een beroep op de redelijkheid en billijkheid, *meteen tot conversie* over te gaan nog maar een kleine en *een logische*.' (Cursivering van mij, FH)

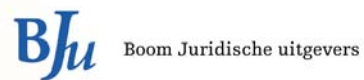
Zou, daar waar de concrete situatie dit vraagt, reeds nu bij het opstellen van een echtscheidingsconvenant of huwelijksvoorwaarden met de door Dietvorst voorspelde ontwikkeling van afstort- tot conversieplicht rekening moeten worden gehouden?

Mr. F.M.H. Hoens

Tot volgende week!



[www.scholsburgerhartschols.nl](http://www.scholsburgerhartschols.nl)



[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

© 2009 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip Review* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.