

Boom juridisch
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
E info@bju.nl
I www.boomjuridisch.nl

EstateTip

Review

Afl. 2021-27

15 september 2021

Het wel en wee van een afgestort PEB (II). De aard van de aangekochte verzekering

In *EstateTip Review* 2021-23 is ingegaan op een uitspraak van de rechtbank Rotterdam (20 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4678) die een aantal potentiële pijn- en dus aandachtspunten van een PEB-afstortingsdossier blootlegt. Het echtpaar in kwestie was in 1986 op huwelijkse voorwaarden met elkaar gehuwd. Die voorwaarden zijn in 1999 omgezet in een gemeenschap van goederen, waarna in datzelfde jaar de echtscheiding tot stand kwam. In het – in 1998 door een advocaat/scheidingsbemiddelaar – opgestelde convenant staat de volgende pensioenbepaling:

‘Artikel 6 – de pensioenen en de verevening daarvan

6.1. Pensioenaanspraken

De partijen constateren dat pensioenaanspraken vallende onder de Wet Verevening Pensioenrechten bij Scheiding (Wet VP) zijn opgebouwd:

- a) door de man bij het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds;
- b) door de vrouw bij [...].

6.2. Uitsluiting verevening

De *door de man* opgebouwde pensioenaanspraken zullen tussen de partijen *niet worden verevend* conform de wet VP en evenmin worden verrekend conform het arrest van de Hoge Raad van 27 november 1981.

6.3 [...]

6.4 Standaard verevening

De *door de vrouw opgebouwde* pensioenaanspraken zullen worden verevend conform de in *artikel 3 lid 1 van de Wet VP* opgenomen *standaardregeling*. Hiertoe zullen de bij [naam gedaagde 2] opgebouwde pensioenrechten *worden afgestort* bij een hier te lande erkende levensverzekeringmaatschappij, zulks teneinde te bewerkstelligen dat:

- *ieder der partijen eigen pensioenaanspraken* verkrijgt ter grootte van de helft van het ouderdomspensioen van de vrouw, voorzover dit over de huwelijkse periode is opgebouwd.

De partijen zullen zich voor de afwikkeling hiervan verder verstaan met hun accountant.’ (curs. FH)

In genoemde *EstateTip Review* werd uit de doeken gedaan dat de rechtbank in deze pensioenbepaling géén conversieafpraak zag. Vandaag aandacht voor twee andere geschilpunten:

- 1) De bevoegdheid van de tot verevening verplichte vrouw (de dga) om later met pensioen te gaan en de gevolgen daarvan voor de tot verevening gerechtigde man.
- 2) De vraag voor wiens risico de (waardeontwikkeling) van het na afstorting aangekochte pensioenproduct is.

De eerste kwestie is onlosmakelijk verbonden met het conversiegeschil. Immers, als de rechtbank in de pensioenbepaling wél een afspraak tot conversie had gezien, was het voornemen van de vrouw om later met pensioen te gaan irrelevant geweest voor de man. Zijn geconverteerde ouderdomspensioen zou ondanks pensioenuitstel door de vrouw, gewoon op de eigen pensioendatum (van de man) ingaan. Maar goed, in casu was (kennelijk) geen conversie overeengekomen en daarmee werd de man geconfronteerd met het feit dat hij (nog steeds mede) de gevolgen 'voelt' van een flink aantal pensioenbeslissingen van de vrouw, maar daarbij veelal enige vorm juridische (mede)zeggenschap ontbeert. (Voor de liefhebber, in *WPNR* 6960 en 6961 ga ik uitgebreid in op deze pensioenafhankelijkheid, de situaties waarin de wet oog heeft voor die afhankelijkheid en de (ex-)echtgenoot laat 'meebeslissen', alsmede enkele gedachten over constructies/methoden waarmee de niet-pensioendeelnemer (de vereveningsgerechtigde) meer zeggenschap op dit vlak zou kunnen krijgen).

Terug naar de casus: deelt de rechtbank de opvatting van de man dat hij (onredelijk) wordt benadeeld door het voornemen van de vrouw om enkele jaren later dan de oorspronkelijk voorziene datum met pensioen te gaan? In lijn met vaste jurisprudentie hierover stelt de rechtbank:

'4.4 [of sprake is van conversie dan wel standaardverevening kan] kan natuurlijk een groot verschil uitmaken in een geval als hier, waarin [de vrouw] heeft aangegeven langer (ipv tot 1 mei 2017, eerst tot 1 mei 2018, en thans mogelijk tot vijf jaar na AOW-datum) te willen doorwerken. In geval van conversie hoeft [de man] daar niet op te wachten voordat er pensioengeld bij hem binnenkomt.
4.5. Het staat [de vrouw] in *beginsel vrij er voor te kiezen* om pas later met pensioen te gaan, ook al moet [de man] daardoor nog enige tijd wachten op zijn aandeel (gerechtshof Den Haag 25 november 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BM1538). Dat [de man] dit beschouwt als een "*gebrek aan evenwicht*" in wederzijdse belangen maakt dit niet anders.' (curs. FH)

Zoals ik al aangaf, is dit oordeel niet bijster verrassend. Dat geldt wellicht minder voor het laatste geschilpunt tussen de scheidende echtgenoten: wat is de aard van het afgestorte product? De man stelt dat in het convenant is vastgelegd dat hij recht heeft op een gegarandeerde pensioenuitkering. De vrouw (en de pensioenuitvoerder) meent (menen) dat 'slechts' is afgesproken dat het/een beschikbare/beschikbaar kapitaal wordt afgestort, en dat daarmee niets is gezegd over de hoogte van de (door de man) met dit kapitaal te verwerven pensioenuitkering.

De overwegingen van de rechtbank zijn helder en leerzaam:

'4.23. [...] een 'werknemer' die in dienst is van zijn eigen onderneming (een ondernemer dus) kan een pensioen hebben opgebouwd in eigen beheer in de onderneming. Dat pensioen valt in beginsel eveneens onder de werking van de Wvps. Een ondernemer die in eigen beheer pensioen opbouwt, dient in beginsel

volgens bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad het te verevenen aandeel daarvan af te storten onder een commerciële verzekeraar. *Dit beoogt het risico weg te nemen van schade wanneer bijvoorbeeld de onderneming failliet gaat of het gereserveerde geld wordt opgemaakt of weggesluisd. Maar daar staat een ander risico tegenover: het pensioenproduct bij de commerciële verzekeraar kan speculatief van aard zijn, met kans op winst of verlies. Het is maar wat de koper aanschafft.* (curs. FH)

Inderdaad, de gedachte dat door/na afstorting sprake is van een risicoloos (want verzekerd) product, klopt niet, althans 'niet per definitie'. Het is immers de aard van het gekochte/verzekerde product (wel/geen gegarandeerde uitkering) dat de omvang bepaalt van de koopsom en daarmee van het af te storten kapitaal. In de door beide partijen bij de afstorting geaccepteerde offerte stond:

'[...] dat het verzekerd kapitaal f 540.000 is, dat het om een koopsom met winstdeling vanaf aanvang gaat en dat het verzekerd kapitaal kan stijgen als volgt:

“voorbeeldkapitaal 6,00 % (winstvoorb. f 221.400) f 761.400
6,50 % (winstvoorb. f 286.200) f 826.200
7,00 % (winstvoorb. f 361.800) f 901.800”.

De oorspronkelijk aangeschafte polis is vervolgens met instemming van beide partijen overgedragen aan een andere verzekeraar, die op zijn beurt is overgenomen door (weer) een andere verzekeraar.

De rechtbank meent dat de man onvoldoende heeft onderbouwd dat een gegarandeerde uitkering is vastgelegd in het convenant:

'4.25. In het echtscheidingsconvenant staat niet dat [naam eiser] een pensioenuitkering met een bepaalde hoogte wordt gegarandeerd. *In het convenant staat slechts dat afstorting zal plaatsvinden onder een commerciële verzekeraar.* Vervolgens is het kapitaal (en niet de uitkering) middels afstorting bij [...] verzekerd met een pensioenclausule. Dit betreft *een risicodragend pensioenproduct.* [...] Overigens had [de vrouw] *oorspronkelijk jegens de Holding geen gegarandeerde pensioenaanspraak*, afgaand op de in het geding gebrachte pensioenbrief, nu daarin sprake is van een streefregeling, en bij de opbouw in eigen beheer fiscaal gerekend moest worden met tenminste 4% rente. Dit is ook door [de man] erkend.' (curs. FH)

Bovendien lijkt de rechtbank aan te geven dat man niet moet 'zeuren':

'4.29. [de vrouw] zit in *hetzelfde schuitje*. Haar inleg bij [...] kent hetzelfde resultaat. Dan kan bezwaarlijk worden geoordeeld dat [de vrouw] had moeten waarschuwen dat werd geïnvesteerd in een risicovol(ler) pensioenproduct. Misschien was de keuze voor het onderhavige pensioenproduct bij [...] inderdaad *niet de best denkbare*. En wellicht was de daaropvolgende overdracht naar [...] *ook niet zo'n goed idee*. Maar het is niet zo dat [de vrouw] daarvan dan zonder meer het risico moet dragen tegenover [de man]. [de vrouw] heeft ter comparitie verklaard: "Ik laat mij ook gewoon adviseren, ik heb ook geen verstand van pensioenen. De ervaring leert ook wel dat elke nieuwe pensioenadviseur aangeeft dat het anders en beter kan. Het is nooit de bedoeling

geweest om iemand te benadelen.” De stelling van [de man] dat hij van niets wist rechtvaardigt vanzelfsprekend nog niet de conclusie dat [de vrouw/de pensioen BV-holding] iets valt te verwijten.’ (curs. FH)

De conclusie is dan ook dat in het convenant geen afstorting is overeengekomen van een kapitaal dat is vereist voor een in hoogte vaststaande en gegarandeerde pensioenuitkering. Dit betekent dat de man wél meedeelt/-doet in het wel en wee van het na afstorting aangeschafte product. Oftewel: als de beleggingsresultaten beter zijn dan werd begroot/voorspeld, krijgt hij op de pensioendatum dankzij het grotere kapitaal een hogere pensioenuitkering. Bij een lager rendement krijgt hij een navenant lager pensioen. De planner weet voldoende en legt in convenanten e.d. duidelijk vast wat de ‘afgestorte’ vereveningsgerechtigde ‘krijgt’, en wijst waar nodig op de aard en de daaruit voortvloeiende risico’s van dit verzekerde product.

Tot volgende week!

mr. F.M.H. Hoens



ScholsBurgerhartSchols

Boomjuridisch

www.scholsburgerhartschols.nl www.boomjuridisch.nl

© 2021 Boom juridisch | 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