

# 46. Verplicht meewerken aan het omzetten van pensioen in eigen beheer in een oudedagsverplichting

## Een uitspraak die de nodige vragen oproept

J.M.J. HOLTERMANS

Rechtbank Amsterdam heeft op 31 januari 2018 (ECLI:NL:RBAMS:2018:1755) beslist dat de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen met zich brengen dat de inmiddels gewezen partner van een dga verplicht is mee te werken aan het omzetten van in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting. De dga heeft volgens de rechtbank namelijk belang bij het gebruik kunnen maken van de mogelijkheden die de Wet uitfaseren pensioen in eigen beheer en overige pensioenmaatregelen biedt. De belangen van de gewezen partner worden door de rechtbank wel onderkend, maar de rechtbank gaat voorbij aan het pensioenrecht bij echtscheiding.

### Inleiding

De gewezen partner in kwestie werd namelijk (ook) verplicht mee te werken aan de omzetting van de aanspraak op (bijzonder) partnerpensioen in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting ten behoeve van de dga. Dit roept de nodige vragen op aangezien de aanspraak op partnerpensioen ná echtscheiding ten behoeve van de gewezen partner wordt verzelfstandigd en een eigen pensioenaanspraak van de gewezen partner wordt.

In deze bijdrage ga ik daarom in op de vraag: wie heeft welke aanspraken op pensioen, die hij of zij vervolgens kan omzetten in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting?

### 1. De uitspraak

Tussen partijen, waarvan één een dga is die pensioen in eigen beheer heeft opgebouwd, is de echtscheiding reeds uitgesproken. De dga wil haar pensioenaanspraken omzetten in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting en vordert de medewerking van de gewezen partner. Die moet namelijk het naar de Belastingdienst op te sturen informatieformulier ondertekenen. De gewezen partner weigert om mee te werken; hij wil de aanspraak op ouderdompensioen verevenen en zijn in het vooruitzicht gestelde aanspraak op bijzonder partnerpensioen behouden. Beide partijen dragen allerlei argumenten aan voor hun standpunten.

De rechtbank beslist dat de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten

beheersen met zich brengen dat de gewezen partner moet meewerken aan het prijsgeven van het verschil tussen de commerciële en de fiscale waarde van de pensioenaanspraken van de dga, gevolgd door omzetting van de afgestempelde pensioenaanspraken in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting.

De rechtbank onderkent het belang van de dga om van de zogenoemde dividendklem af te komen, die het uitkeren van dividend ernstig beperkt of zelfs onmogelijk maakt, zulks op straffe van zware belastingheffing. Het uitkeren van dividend speelt namelijk ook een belangrijke rol bij de vermogensrechtelijke afwikkeling van het huwelijk; de dga moet met de gewezen partner op grond van een finaal verrekenbeding afrekenen en daartoe dient, althans dit wordt door de dga gesteld, de B.V. dividend uit te (kunnen) keren. Na omzetting in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting ontstaat daardoor de benodigde ruimte.

Zou de dga, zoals de gewezen partner voorstaat, haar pensioenaanspraken onder toepassing van de fiscale wetgeving per 31 december 2016 als premievrije pensioenaanspraken voortzetten dan zou een groot gedeelte van het toekomstig resultaat en vermogen van de B.V. moeten worden aangewend voor de nakoming van de pensioenverplichtingen. Volgens de rechtbank komt de gewezen partner daardoor in een betere positie te verkeren dan de dga, indien daarmee bij het alimentatievraagstuk geen rekening wordt gehouden. Dit is volgens de rechtbank strijdig met de post-solidariteitsgedachte op grond waarvan een dekkingstekort naar evenredigheid van ieders pensioen(aanspraken) komt.

Wat de belangen van de gewezen partner betreft, is de rechtbank van mening dat deze (in ieder geval deels) wordt gecompenseerd vanwege het tussen partijen overeengekomen finaal verrekenbeding (bij echtscheiding) ten gevolge waarvan de gewezen partner recht heeft op de helft van de vermogenstoename in de B.V. die het gevolg is van de aan de omzetting voorafgaande afstempeling van de pensioen-aanspraken.

Verder is het de bedoeling dat de gewezen partner een aandeel in de aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting verkrijgt, dat op 37% wordt vastgesteld. Dit percentage vloeit voort uit de verhouding van de door de pensioenadviseur van de gewezen partner berekende conversiewaarde (van de gewezen partner) ten opzichte van de door de adviseur van de dga berekende totale waarde van de pensioenaanspraken. Verdere aanpassing van dit percentage als resultaat van een afwijkende verevening van de overige te verevenen pensioenaanspraken van beide partijen staat de rechtbank niet toe, nu dit volgens de rechtbank gezien moet worden als (een verzoek tot) conversie, hetgeen in beginsel niet door één der partijen kan worden afgedwongen.

## 2. Wie heeft welke aanspraken op pensioen die hij of zij kan omzetten in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting?

Ten tijde van de onderhavige uitspraak is de echtscheiding tussen partijen enkele maanden daarvoor reeds uitgesproken. Uit de uitspraak is niet op te maken of de echtscheidingsbeschikking inmiddels is ingeschreven. Dit is van belang voor het antwoord op de vraag wat de status van partijen is ten aanzien van de pensioenaanspraken en wie welke mogelijkheden heeft in het kader van het uitfaseren.

Tot de echtscheiding formeel rond is, heeft de dga pensioen-aanspraken ten behoeve van zichzelf (ouderdomspensioen) en (eventueel) ten behoeve van zijn of haar partner (partnerpensioen) opgebouwd. Al deze pensioenaanspraken zijn uitsluitend eigendom van de dga (en dus nog niet van de partner!). Ná inschrijving van de echtscheidingsbeschikking gebeurt het volgende. De vereveningsgerechtigde gewezen partner verkrijgt uit hoofde van de Wet VPS een recht op uitbetaling van een deel van het ouderdomspensioen van de vereveningsplichtige dga; de aanspraak op ouderdomspensioen als zodanig blijft in geval van verevening eigendom van de dga. Daarnaast verkrijgt de gewezen partner voor zichzelf een verzelfstandigde aanspraak op bijzonder partnerpensioen; de aanspraak op bijzonder partnerpensioen wordt dus een eigen aanspraak van de gewezen partner en is niet langer meer een aanspraak van de dga. De aanspraak op bijzonder partnerpensioen is eigendom van de gewezen partner geworden. Dit alles uiteraard tenzij partijen bij huwelijks voorwaarden of in het echtscheidingsconvenant anders overeenkomen.

Het te verevenen ouderdomspensioen is en blijft dus het pensioen van de dga. De dga kan derhalve besluiten om,

met toestemming van de gewezen partner, de aanspraak op ouderdomspensioen af te stempelen tot de aan de afstempeling voorafgaande fiscale waarde ervan en vervolgens overgaan tot afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting. Daarbij komt de vraag op of, hoe en in welke mate de gewezen partner wordt gecompenseerd; op deze vraag ga ik in deze bijdrage niet in.

Ten aanzien van de aanspraak op bijzonder partnerpensioen kan de dga voormeld besluit tot uitfasering niet nemen. Na de echtscheiding is de aanspraak op bijzonder partnerpensioen immers een aanspraak van de gewezen partner zelf geworden. Het is dan ook uitsluitend de gewezen partner die vervolgens kan besluiten om de aanspraak op bijzonder partnerpensioen af te stempelen tot de aan de afstempeling voorafgaande fiscale waarde ervan en vervolgens overgaan tot afkoop of omzetting in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting. Toestemming van de dga op grond van artikel 38n lid 4 Wet LB 1964 is hierbij in het geheel niet nodig. Hetzelfde geldt indien partijen zouden overgaan tot conversie (artikel 5 Wet VPS); dan verkrijgt de vereveningsgerechtigde gewezen partner een eigen aanspraak op ouderdomspensioen waarover de dga niets te zeggen heeft en ook geen toestemming hoeft te geven indien de gewezen partner de eigen aanspraak op ouderdomspensioen wenst om te zetten in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting.

De rechtbank gaat volledig aan deze in de Wet VPS vastgelegde gang van zaken voorbij. Naar mijn mening ten onrechte, zelfs al zou de echtscheidingsbeschikking ten tijde van de uitspraak nog niet zijn ingeschreven. De inschrijving van de echtscheidingsbeschikking is praktisch gezien immers nog slechts een formaliteit waarmee de rechtbank op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen rekening dient te houden. Want uitsluitend in de situatie dat partijen de echtscheidingsbeschikking niet inschrijven, ontstaat geen bijzonder partnerpensioen (of geconverteerd ouderdomspensioen). Maar in laatstbedoelde situatie valt de bodem onder de procedure weg en zullen partijen in overleg met elkaar afspraken moeten maken hoe om te gaan met de pensioenaanspraken van de dga: premievrij voortzetten, dan wel belastingvrij afstempelen en vervolgens afkopen of omzetten in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting. Daar komt in beginsel geen rechter aan te pas.

De uitspraak van de rechtbank komt er per saldo op neer dat de reeds verzelfstandigde of in elk geval op korte termijn te verzelfstandigen aanspraak op bijzonder partnerpensioen van de gewezen partner van laatstbedoelde wordt afgenomen. Naar mijn mening is dit regelrecht in strijd met het recht op eigendom (artikel 1 Eerste Protocol EVRM). Dit had niet mogen gebeuren. De rechtbank had bij de veroordeling van de gewezen partner dat deze dient mee te werken aan de omzetting van de pensioenaanspraken van de dga in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting (ten behoeve van de dga) een beperking moeten aanbrengen: de gewezen partner kan slechts tot een

dergelijke medewerking worden veroordeeld voor zover de omzetting ziet op de aanspraak op ouderdomspensioen (en niet op de aanspraak op bijzonder partnerpensioen). Het feit dat de rechtbank partijen er toe aanspoort om een deel van de aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting ten behoeve van de gewezen partner af te splitsen, doet daar niets aan af.

### Conclusie

De afwikkeling van pensioenaanspraken, met name die van de dga in eigen beheer, was altijd al en is nog steeds een terrein vol met voetangels en klemmen. De introductie van de oudedagsverplichting heeft dit terrein bepaald niet beter begaanbaar gemaakt.

Het moge duidelijk zijn dat kennis van zaken van enerzijds het pensioenrecht bij echtscheiding en anderzijds de fiscale

pensioenwetgeving noodzakelijk is om in voorkomende situaties, waarmee ook de notaris te maken kan krijgen, tot een juridisch kloppend en praktisch uitvoerbaar resultaat te geraken ter zake van de uitfasering van het pensioen in eigen beheer bij echtscheiding. De uitspraak van rechtbank Amsterdam is een dankbaar voorbeeld om te adstrueren waar het pensioenrechtelijk fout kan gaan. Van belang is goed in de gaten te houden wat de gevolgen van een echtscheiding ten aanzien van het pensioen zijn voor beide partijen: wie heeft na de echtscheiding waar recht op? Bepaalde pensioenaanspraken verzelfstandigen immers en gaan definitief over naar (worden 'eigendom' van) de andere partij.

#### Over de auteur

**J.M.J. Holtermans**

Fiscalist, certified pension consultant en collaborative professional. Partner bij Hendriks en Bakker te Tilburg.