

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

EstateTip

Review

Afl. 2018-21

30 mei 2018

Help, de ex werkt niet mee! Scheiding, de instemmingspartner en het PEB

Het wel en wee van de DGA in het algemeen en de 'uitfaseringswetgeving PEB' in het bijzonder passeren hier met enige regelmaat de revue. Als bekend, is het sinds de inwerkingtreding van de uitfaseringswetgeving niet meer mogelijk om op fiscaal gefaciliteerde wijze pensioen in eigen beheer op te bouwen. De bestaande pensioenaanspraken in eigen beheer zijn bevroren. De DGA kan/kon kiezen om met die bevroren pensioenaanspraken niets te doen, of om deze op te geven. Dit laatste geschiedt door na het *afstempelen* over te gaan tot *afkoop* of te kiezen voor het *omzetten* in een *oudedagsverplichting* (ODV). In *EstateTip Review* 2018-05 is uitgebreid ingegaan op de positie van de (ex-)pensioenpartner van de DGA. Geconstateerd werd dat de (ex-)partner die recht heeft (gehouden) op een deel van de aanspraak moet instemmen met het afstempelen en afkopen/omzetten van de aanspraken (artikel 38n lid 4 Wet LB 1964). We zagen ook dat het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen (CAP) in *Vraag & Antwoord* 17-025 nader heeft verduidelijkt *wie die 'instemmingspartner' is*.

In een eind maart 2018 gepubliceerde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam (31 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1755) gaat de rechtbank in op de vraag hoe om te gaan met de partner die *weigert* om de noodzakelijke *instemming* te geven.

De rechtbank spreekt op 29 november 2017 de echtscheiding uit en houdt, behoudens het ouderschapsplan, verdere beslissingen aan. In onze uitspraak komt vervolgens het (aanvullend) verzoek van de vrouw aan bod om de man te veroordelen tot het meewerken aan afstempeling en omzetting in een ODV van haar PEB-aanspraken.

De vrouw onderbouwt haar standpunt, onder meer, als volgt:

'2.2.6. [...] Indien de pensioenverplichting tegen *commerciële grondslagen* in de balans wordt opgenomen ontstaat er, met inachtneming van het eigen vermogen van € 1.075.970,-, een *negatief vermogen* van € 3.048.377,-. Dit leidt tot een *dividendklem*, aldus de vrouw. [...]

Door zijn medewerking te weigeren berokkent de man de vrouw schade en loopt zij en haar vennootschap een groot fiscaal risico, zo betoogt de vrouw. Bovendien belemmert de man hierdoor de mogelijkheden om te komen tot een afwikkeling van de huwelijkse voorwaarden, welke afwikkeling zo goed als onmogelijk wordt als zij vanwege de dividendklem niet kan beschikken over gelden van haar BV. Ten slotte stelt de vrouw onder verwijzing naar het rapport van PWC dat de keuze om het

PEB-regime te handhaven – zoals de man voorstaat – nota bene voor de man waarschijnlijk het minst gunstige scenario is. [...]

Gelet op al het voorgaande verzoekt de vrouw de man te veroordelen mee te werken aan het afstempelen van de PEB-aanspraken en het omzetten hiervan in een ODV. Zij voert hiertoe aan dat de eisen van *redelijkheid en billijkheid* en de eisen van de post-relationale solidariteit met zich brengen dat van de man kan worden verlangd dat hij meewerkt aan de afwikkeling van de pensioenrechten zoals door de vrouw voorgesteld. Door niet mee te werken maakt de man misbruik van recht, aldus de vrouw.’ (Curs. FH)

De man meent dat hij zijn instemming mag onthouden omdat een voor hem passende compensatie ontbreekt en afstempeling zelfs een aanzienlijk nadeel oplevert. Hij stelt:

‘2.2.7. [...] dat hetgeen de vrouw in rechte tracht af te dwingen, ertoe leidt dat de aanspraak op pensioen van de man niet alleen *aanzienlijk afneemt* maar ook dat de man *verbonden blijft aan de vennootschap* van de vrouw en de vrouw zelf. Niet duidelijk is of de man een zelfstandige aanspraak zal krijgen of mee zal delen in de ODV-aanspraak van de vrouw. In dat laatste geval zit de ODV geheel in de vennootschap van de vrouw, wat betekent dat zodra de BV de ODV gaat uitkeren aan de vrouw, de vrouw vervolgens maandelijks een gedeelte aan de man zal moeten doen uitkeren. Dat zal *te zijner tijd leiden tot allerlei discussies en executieproblemen*, zo betoogt de man. Daarbij heeft de vrouw alsdan het alleenrecht om te bepalen wanneer de ODV tot uitkering komt [...].’

Maar er is meer. Indachtig de kwesties die worden opgeroepen door het overlijden van de DGA (waarover *EstateTip Review* 2017-04 en 2017-36):

‘[...] voorziet de man *problemen bij het onverhoopt overlijden van de vrouw* voor de man. Hoe de man na overlijden van de vrouw nog zijn aanspraak kan doen gelden, hangt immers geheel af van het (steeds eenzijdig wijzigbare) testament van de vrouw. De man heeft dan ook geconcludeerd dat de verzoeken van de vrouw in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. [...].’ (Curs. FH)

Tot slot wees de man erop dat een ODV een vermogensrecht is dat, anders dan de af te stempelen pensioenaanspraak van de DGA, niet onder de WVPS valt. Kortom, het geheel pakt voor hem dermate ongunstig uit dat hij ‘het recht heeft’ om niet in te stemmen.

In haar eerste overwegingen gaat de Rechtbank Amsterdam in op de gevolgen van de uitfaseringwetgeving. Vervolgens stelt de rechtbank vast dat door het verschil in fiscale waarde en commerciële waarde (inderdaad) een pensioengat is ontstaan. En dat leidt weer tot een dividendklem. Daarmee is in de visie van de rechtbank het belang van de vrouw om de ‘pensioenproblematiek’ op te lossen, een gegeven. Als de Rechtbank Amsterdam daarna ingaat op de positie van de man, geeft zij blijk van een goed begrip van de pensioenproblematiek:

‘2.2.11. Het belang van de man is gelegen in het behoud van zijn pensioenaanspraken. *Door het afstempelen van het PEB raakt hij echter een aanspraak op pensioen kwijt, zij het met de aantekening dat het voor de BV gezien het dekkingstekort onder de huidige omstandigheden niet mogelijk zal zijn om haar pensioenverplichtingen jegens partijen te voldoen.* Voorts brengt het omzetten van het PEB in een ODV het risico met zich dat de man na het overlijden van de vrouw mogelijk zijn recht op de ODV verliest. De uitkering van de ODV komt immer slechts toe aan de erfgenamen van de DGA, hetgeen de man na echtscheiding niet

meer rechtstreeks op grond van de wet is. *Slechts indien de vrouw hem testamentair erfgenaam maakt en het testament op dit punt later niet wijzigt, behoudt hij zijn recht. De man blijft in die zin dus afhankelijk van de vrouw.* Dit risico is mogelijk weg te nemen door – zoals de vrouw stelt en heeft toegezegd te bewerkstelligen – een deel van de ODV aan de man te doen toekomen en de man een eigen ODV-aanspraak te verlenen, zoals ook voorheen de partner van de DGA een eigen aanspraak op het PEB kreeg, al dan niet door het oprichten van een BV waaraan de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA kunnen worden overgedragen.’ (Curs. FH)

De rechtbank meent dat, omdat de rechtsverhouding tussen gewezen echtelieden wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid, in de concrete omstandigheden van dit geval de man moet meewerken aan het afstempelen en omzetten in een ODV. De rechtbank overweegt:

‘2.2.12. Het gevolg van het toewijzen van het verzoek van de vrouw betreffende afstempelen en omzetten betekent dat de pensioenvoorziening op de balans omlaag gaat en daardoor het eigen vermogen omhoog. Door het verminderen van de pensioenclaim en daarmee het vervallen van deze grote passief post op de balans, neemt de waarde van de aandelen toe, *in welke waardestijging de man, gezien het finaal verrekenbeding in de huwelijkse voorwaarden van partijen, ook meedeelt.* Een gedeelte van wat de man prijsgeeft wordt dus (in ieder geval deels) gecompenseerd. Tegelijkertijd onthoudt de man door zijn medewerking te weigeren de vrouw de mogelijkheid gebruik te maken van de fiscale regeling die de wetgever juist in het leven heeft geroepen om een einde te maken aan de pensioenproblematiek van DGA’s.’ (Curs. FH)

En:

‘Indien de fiscale regeling van toepassing blijft zoals deze gold voor 1 januari 2017 – hetgeen de man voorstaat – heeft dat tot gevolg dat de vrouw in de toekomst een *groot deel van haar inkomsten zal moeten aanwenden om het pensioentekort te dekken, waardoor de man in een betere situatie dan de vrouw kan komen te verkeren,* als er bij de door de vrouw aan de man te betalen alimentatie met deze omstandigheid geen rekening wordt gehouden. In zijn alimentatieverzoek houdt de man op geen enkele wijze rekening met de noodzaak van het aanvullen van het pensioentekort. *Dat is in strijd met de postsolidariteitsgedachte dat met zich brengt dat het dekkingstekort van het pensioen naar evenredigheid van ieders aanspraken moet worden verrekend.* Bovendien blijft indien de fiscale regeling van toepassing blijft, de dividendklem bestaan waardoor het afwickelen van de huwelijkse voorwaarden ernstig wordt belemmerd. Zelfs als de voormalige echtelijke woning wordt verkocht ontstaat er naar het oordeel van de rechtbank geen situatie waarin de dividendklem ophoudt te bestaan. [...]’ (Curs. FH)

Helder. De dividendklem en het gebrek aan liquide middelen tezamen leiden tot de conclusie dat na het afstempelen, het omzetten in een ODV eigenlijk resteert als de enig reële optie. Tezamen met het beperkte tijdbestek dat de wetgever biedt om een en ander ‘in gang’ te zetten, zorgt dit ervoor dat de ex-pensioenpartner mee moe(s)t werken/instemmen.

Tot volgende week!

Mr. F.M.H. Hoens



ScholsBurgerhartSchols

Boomjuridisch

www.scholsburgerhartschols.nl www.boomjuridisch.nl

© 2018 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.