

Nadere onderbouwing kritiekpunten van de blog “Theo Gommer en Mirjam Koenes stellen teleur met artikel over pensioenverdeling bij echtscheiding” van 27 maart 2015

David Bakker, 27 maart 2015

Waarom Boon/Van Loon?

De titel van het artikel van Gommer en Koenes (het duo), *‘Fiscale en civieljuridische gevolgen van echtscheiding voor pensioen in eigen beheer’*, geeft duidelijk aan wat het onderwerp van het artikel is. De vraag is echter waarom het artikel opent met een uiteenzetting van het Boon/Van Loon-arrest uit 1981 waarover al boekenkasten zijn vol geschreven. De Boon/Van Loon-pensioenverrekeningsystematiek bij echtscheiding is in 1995 is vervangen door de Wet verevening pensioenrechten door scheiding (Wet VPS). Het duo maakt op geen enkele wijze duidelijk wat anno 2015 nog de relevantie is van dit arrest en legt geen koppeling met het aangekondigde onderwerp.

Ik zelf kan wel een aantal redenen bedenken waarom de keuze voor een verrekening volgens Boon/Van Loon niet voor de hand ligt. Bij toepassing van de Wet VPS heeft de vereveningsgerechtigde een rechtstreeks vorderingsrecht op het pensioenuitvoeringsorgaan (bij tijdige melding). Binnen de Boon/Van Loon-systematiek bestaat zo’n vorderingsrecht niet en is men afhankelijk van de medewerking van pensioenuitvoerders. Een ander punt dat speelt wanneer een scheiding aanstaande is en partijen zouden kiezen voor een verrekening volgens Boon/Van Loon, is het volgende. Vergeleken met de standaardverdeling conform de Wet VPS kan een partij er qua waarde op achteruit gaan. Hierdoor kan sprake zijn van een schenking. Overigens kan binnen de Wet VPS hetzelfde resultaat worden bereikt als bij Boon/Van Loon door de vereveningsparameters, het uitbetalingspercentage en/of de in acht te nemen periode waarin ouderdomspensioen is opgebouwd, te wijzigen. Het duo wijst hier nota bene zelf op in het artikel. Kortom er is geen enkele goede reden te bedenken om Boon/Van Loon toe te passen. En voor zover ik weet komen Boon/Van Loon-verrekeningen niet voor.

Uitsluiten Wet VPS

In art. 1:94, lid 4 BW staat dat pensioenrechten waarop de Wet VPS van toepassing is, alsmede met die pensioenrechten verband houdende rechten op nabestaandenpensioen, niet in de gemeenschap vallen. De vraag is wat er dan gebeurt als de Wet VPS buiten werking wordt gesteld. Betekent dit wel of niet dat alle regels van het huwelijksvermogensrecht herleven en het Boon/Van Loon-regime weer van toepassing wordt. Hooggeleerde juristen hebben zich over deze machtig interessante problematiek gebogen die overigens elke praktische relevantie ontbeert. Wanneer partijen de Wet VPS uitsluiten, doen ze dat doorgaans niet met het oogmerk om het pensioen volgens het Boon/Van Loon-regime te gaan verrekenen. En om de discussie helemaal in de kiem te smoren, voegen punctuele advocaten bij uitsluiting van de Wet VPS, in geval sprake is van gemeenschap van goederen, voor alle zekerheid aan het echtscheidingsconvenant de bepaling toe dat ook verrekening volgens het Boon/Van Loon-regime wordt uitgesloten. In de modellen van de Vereniging van Familierechtadvocaten (VFAS) wordt dit als volgt verwoord:

“3. Uitsluiting verevening

Partijen sluiten bij deze de werking van de Wet Verevening Pensioenrechten na echtscheiding (Wet VPS) met betrekking tot de door ieder van hen/de man/de vrouw opgebouwde rechten op ouderdomspensioen uit. Er zal derhalve geen pensioenverevening plaatsvinden.

Tevens sluiten partijen pensioenverrekening conform het arrest van de Hoge Raad van 27 november 1981 uit.

Gelet op het bepaalde in artikel 1:94 lid 2 sub b BW, vallen de door hen opgebouwde pensioenrechten niet in de gemeenschap van goederen, waarin partijen zijn gehuwd. Voor het geval daar anders over zou kunnen worden gedacht, verklaren partijen dat de door de man opgebouwde ouderdomspensioenrechten aan hem en de door de vrouw opgebouwde ouderdomspensioenrechten aan haar worden toegedeeld, zonder nadere verrekening.”

Edoch, het duo staat een geheel andere oplossing voor ogen: *“Het uitsluiten van de Wet VPS is feitelijk gelijk aan een verdeling 100/0. Dit houdt in dat men op grond van art. 1:94, lid 4 BW dan niet alsnog terugvalt op de verdeling conform het Boon/Van Loon-systeem.”* Het duo stelt dus dat je de Wet VPS feitelijk kan uitsluiten door het vereveningspercentage - het deel van het te verevenen pensioen waar de vereveningsgerechtigde recht op krijgt - op nul te stellen. Het is dan blijkbaar de bedoeling de Wet VPS formeel toe te passen maar materiaal niet omdat de vereveningsgerechtigde recht krijgt op een voorwaardelijk pensioen van € 0. Het voorwaardelijk ouderdomspensioen is het deel van het ouderdomspensioen waar de vereveningsgerechtigde ten gevolge van pensioenverevening recht op krijgt. Wettelijk gezien is een vereveningspercentage van nul echter onmogelijk. De Wet VPS bepaalt namelijk dat een pensioen niet wordt verevend als het voorwaardelijk pensioen lager is dan € 462,88 (2015, zie art. 3 lid 3). Het lijkt me dan ook hoogst onwaarschijnlijk dat een pensioenuitvoerder een vereveningsformulier met een vereveningspercentage van nul in behandeling zal nemen. Ik raad deze illegale en ineffectieve methode dan ook ten zeerste af.

Fiscale gevolgen op moment van scheiding

Pensioenverevening leidt niet tot belastingheffing, aldus het duo, dat zich hierbij beroept op art. 134, lid 2 Wet IB 2001. Pensioenaanspraken van werknemers - waaronder de DGA met pensioen in eigen beheer (het onderwerp van het artikel) - zijn echter fiscaal vrijgesteld in de Wet op de Loonbelasting 1964 (omkeerregel). De fiscale geruisloosheid van pensioenverevening zal dus primair in de sfeer van de loonbelasting en niet in de inkomstenbelasting moeten worden gezocht. Art. 134, lid 2 Wet IB 2001 betreft vervreemding van lijfrenten in het kader van echtscheiding en niet vervreemding van pensioenaanspraken in de zin van de loonbelasting. Pensioenverevening alsmede het verkrijgen van een recht op bijzonder partnerpensioen leidt niet tot belastingheffing in de sfeer van de loonbelasting. Er zijn hierbij twee redeneringen mogelijk. Ten eerste kan men stellen dat de aanspraken die de vereveningsgerechtigde in het kader van de echtscheiding gemaakte afspraken verkrijgt van rechtswege zijn ontstaan. Hierdoor is geen sprake van vervreemding in de zin van art. 19b, lid 1 Wet LB 1964 en derhalve geen belastbaar feit. Een andere redenering is dat er wel sprake is van vervreemding maar dat belastingheffing op grond van art. 19b, lid 1 met een beroep op 19b, lid 3 buiten toepassing wordt verklaard. Kortom, pensioenverevening leidt op het moment van scheiding niet tot belastbaar loon. Omdat de Wet IB 2001 het loonbegrip van de loonbelasting overneemt (zie art. 3.81 Wet IB 2001) is er ook in de inkomstenbelasting geen sprake van een belastbaar feit c.q. belastbaar loon in de zin van art. 3.80.

Fiscale gevolgen van alternatieve wijze van verrekenen

Het duo bespreekt vervolgens de fiscale gevolgen van alternatieve wijzen van verrekenen. Het is echter onduidelijk over welke alternatieven het gaat. Het lijkt te gaan om alternatieve verrekeningen binnen de Boon/Van Loon-systematiek. Maar het lijkt zinloos om de fiscale behandeling van niet-bestaande verrekeningen aan de orde te stellen. Omdat ook verhelderende cijfervoorbeelden ontbreken kunnen we gerust stellen dat hier sprake is van een stukje desinformatie.

Fiscale behandeling privé-verevening

Wanneer de pensioenverevening niet binnen twee jaar na de scheiding bij de pensioenuitvoerder is gemeld dient de vereveningsplichtige het voorwaardelijk ouderdomspensioen vanaf pensioendatum in privé aan zijn vereveningsgerechtigde ex-echtenoot te betalen. De vereveningsgerechtigde c.q. pensioengerechtigde krijgt dus eerst een volledig ouderdomspensioen - stel € 10.000 bruto - uitbetaald waarop uiteraard wel loonbelasting wordt ingehouden. Daarvan moet hij - stel € 5.000 (het voorwaardelijk ouderdomspensioen) - doorbetalen aan zijn ex. Dit (bruto)bedrag van € 5.000 is volgens het duo als persoonlijke verplichting aftrekbaar bij de betaler op grond van art. 6.7, lid 1, sub a Wet IB 2001 en bij de ontvanger belast op grond van art. 3.105, lid 1, sub a Wet IB 2001. Dit is onjuist. Ten eerste is geen sprake van een 'persoonlijke verplichting' - dat is een begrip uit de Wet IB 1964 - maar van onderhoudsverplichtingen (afdeling 6.2 Wet IB 2001). Ten tweede zijn de artikelen 6.7 en 3.105 niet van toepassing. Art. 6.7 is van toepassing als sprake is van periodieke uitkeringen en verstrekkingen die zijn overeengekomen in het kader van verrekening van pensioenrechten. Het gaat hier dus om periodieke uitkeringen en verstrekkingen die *niet* rechtstreeks voortvloeien uit het familierecht. De onderhavige uitkeringen vloeien juist wel voort uit het familierecht. Immers, de (door)betaling van het voorwaardelijk ouderdomspensioen volgt uit art. 1: 155 BW dat een koppeling legt met de Wet VPS. Bovendien is geen sprake van verrekening. Omdat de betalingen kunnen worden gekwalificeerd als periodieke uitkeringen op grond van een rechtstreeks uit het familierecht voortvloeiende verplichting zijn deze aftrekbaar als onderhoudsverplichtingen op grond van art. 6.3, lid 1, sub a Wet IB 2001. De belastbaarheid van deze uitkeringen is geregeld in 3.101, lid 1, sub b Wet IB 2001.

Resteren er verplichtingen na afstorting pensioenvoorziening eigen beheer?

Het duo behandelt enige afstortingsjurisprudentie en schrijft: "*Rechtbank Middelburg in 2010 en vervolgens Rechtbank Gelderland in 2013 oordeelden dat er geen reden is om bij een gebrek aan middelen uitsluitend de vereveningsplichtige daarvan de nadelen te laten ondervinden.*" In een voetnoot verwijst het duo naar een uitspraak van Rechtbank Gelderland van 17 april 2013, LJN BX0788. Het LJN-nummer behoort echter bij een uitspraak van [Hof Amsterdam, 28 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0788](#). Erg slordig allemaal. Deze uitspraak van Hof Amsterdam is niet vergelijkbaar met de uitspraak van Rechtbank Middelburg (zie hierna). Ik heb wel een [uitspraak van 17 april 2013 van Rechtbank Gelderland](#) gevonden. Maar deze uitspraak is ook niet vergelijkbaar met de uitspraak van Middelburg. In deze uitspraak eist de vereveningsgerechtigde, een aantal jaren na de echtscheiding, afstorting van de commerciële waarde van haar aanspraken. De vereveningsplichtige DGA kan niet aannemelijk maken dat de voor de afstorting aanwezige middelen niet aanwezig zijn. Desalniettemin wijst de rechtbank afstorting af omdat afstorting van de hoge commerciële waarde leidt tot onevenwichtige uitkomsten zal leiden. Omdat de vereveningsgerechtigde de vereveningen niet tijdig heeft gemeld bij de pensioenuitvoerende BV zal de vereveningsplichtige het voorwaardelijk ouderdomspensioen vanaf pensioendatum in privé aan zijn ex moeten betalen aldus Rechtbank Gelderland.

De uitspraak van [Rechtbank Middelburg, 22 december 2010, ECLI:NL:RB MID:2010:BP1976](#) kan als volgt worden samengevat. Een DGA, die pensioen in eigen beheer heeft, is gescheiden. De vraag kwam aan orde of de ex-echtgenote pensioenaanspraken heeft en hoe groot die zijn. Van belang is dat de BV waar het pensioen is ondergebracht onvoldoende vermogen heeft en dat de DGA niet meer in dienst is van de BV en daar dus geen pensioen meer opbouwt. De ex heeft op basis van de Wet pensioenverevening recht op een deel van het ouderdomspensioen en wil dat haar deel bij een

verzekeraar wordt afgestort. Omdat er niet voldoende vermogen was oordeelde de rechtbank dat de pensioenaanspraken naar evenredigheid moesten worden verdeeld. Er is geen reden om bij een gebrek aan middelen alleen de vereveningsgerechtigde daarvan de nadelen te laten ondervinden aldus de rechtbank. Dus als er 20% tekort aan vermogen is betekent dit dat het deel van het pensioen waar de ex recht op heeft ook met 20% wordt gekort. Een redelijke uitspraak. Hof Den Haag lijkt de lijn van Rechtbank Middelburg in eerste instantie voort te zetten. In de [tussenuitspraak](#) komt vast te staan dat sprake is van een dekkingstekort waarna het hof, in het licht van de postrelationele solidariteit, oordeelt dat het dekkingstekort evenredig voor rekening komt van de vereveningsgerechtigde en vereveningsplichtige. Deze uitspraak ligt dus in lijn met de hierboven genoemde uitspraak van rechtbank Middelburg. In de einduitspraak blijkt echter dat er geen middelen voor afstorting vrijgemaakt kunnen worden. De pensioen-BV heeft o.a. een vordering op een BV waarin een bedrijfspand zit dat niet direct liquide kan worden gemaakt. Het hof oordeelt dat de vereveningsplichtige met ingang van 1 mei 2014 het volledige voorwaardelijk ouderdomspensioen dan maar in privé moet uitbetalen ([Hof Den Haag, 17 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3016](#)).

De uitspraak van Hof Den Haag is enigszins onbevredigend. Ik vraag me af wat er gebeurt als het bedrijfspand tegen een lage prijs wordt verkocht waarna definitief komt vast te staan dat sprake is van een dekkingstekort. Wordt de privé-uitbetaling dan stopgezet en wordt er alsnog afgestort waarbij het tekort evenredig wordt verdeeld? Of wordt de privé-betaling dan verlaagd?

Het duo trekt echter conclusies die naar mijn mening niet uit de besproken jurisprudentie kan worden getrokken:

“Dat er niet is afgestort, laat overigens onverlet dat de vereveningsgerechtigde een recht op uitbetaling heeft jegens de pensioenuitvoerder – hier dus de (eigenbeheer-)bv – wanneer deze binnen twee jaar na de scheiding op de juiste wijze op de hoogte is gesteld, dan wel, wanneer dat niet is gebeurd, jegens de vereveningsplichtige. Dat geldt ook voor gedeeltelijk afstorten. In dat geval zal op de pensioendatum de uitkering die is gefinancierd met de afstortingskoopsom, dienen te worden aangevuld tot het verevende deel. Immers, het recht is door afstorting niet gewijzigd. Het is alleen een andere wijze van veiligstelling. Het pensioen wordt dan gedeeltelijk in eigen beheer en gedeeltelijk elders verzekerd. Mocht echter het dekkingstekort met betrekking tot de pensioenaanspraken in eigen beheer op het moment van ingang nog steeds ontoereikend zijn om de aangegane verplichtingen na te komen, dan kan in die situatie eenmalig worden afgestempeld.”

De laatste zin is een verwijzing naar art. 19b, lid 9 Wet LB 1964 dat de mogelijkheid bevat om ingegane pensioenen in geval van onderdekking, zonder fiscale sancties, af te stempelen. Maar deze mogelijkheid staat los van en komt niet aan de orde in de besproken civielrechtelijke jurisprudentie. Het is verwarrend dat het duo civiel- en fiscaaljuridische overwegingen door elkaar husselt. Aan het einde van het artikel gebeurt dat nog een keer:

“Uit de jurisprudentie valt af te leiden dat het risico dat de commerciële waarde veel hoger is dan de fiscale waarde, niet enkel en alleen voor rekening van de vereveningsgerechtigde dient te komen. Wanneer met de afstortingskoopsom aan te kopen uitkering lager is dan die dan waarop de ex-partner recht heeft op grond van de Wet VPS, zal deze niettemin moeten worden aangevuld. Want zo niet, dan kan dit worden aangemerkt als afzien van pensioen, met alle fiscale gevolgen dien.”

Het duo stelt in feite dat er uit de fiscale sanctiebepalingen een civielrechtelijke aanvullingsplicht vult. Maar dat valt op geen enkele wijze uit die jurisprudentie af te leiden. De casuïstiek in de uitspraken verschilt nogal waardoor de uitspraken niet allemaal eenduidig zijn. Dus wellicht ligt daar de oorzaak van de verwarring. Het is overigens maar zeer de vraag of er in dit soort situaties sprake is van prijsgeven van pensioenrechten in de zin van art. 19b, lid 1, sub c Wet LB 1964. Dit artikel is een anti-misbruik-bepaling die beoogt manipulatie van pensioenaanspraken door de DGA te voorkomen. Daar is in echtscheidingssituaties geen sprake van. Daarnaast is prijsgeven wel (ongesanctioneerd) mogelijk voor zover de aanspraak niet voor verwezenlijking vatbaar is. Van dit laatste is blijkens de parlementaire toelichting sprake in geval van dwingend maatschappelijke redenen. Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een vennootschap die in ernstige liquiditeitsproblemen verkeert dan wel in staat van faillissement of surseance verkeert. Hoewel echtscheidingsproblematiek niet expliciet wordt genoemd kunnen we gerust stellen dat hier ook sprake kan zijn van dwingend maatschappelijke redenen.

Al met heeft het artikel van Gommer en Koenes niet het niveau wat je zou verwachten van twee gerenommeerde pensioenjuristen.