

## Ex-partner verplicht tot medewerking aan omzetting van pensioen in eigen beheer in een oudedagsverplichting.

Rb. Amsterdam 31-01-2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1755, m.nt. mr. W.P.M. Thijssen

**Instantie**

Rechtbank Amsterdam

**Datum**

31 januari 2018

**Magistraten**

Mrs. R.M. Troost, H.C. Hoogeveen, P.R. de Geus

**Zaaknummer**

C/13/632721 / FA RK 17-4850

**Noot**

mr. W.P.M. Thijssen

**Vakgebied(en)**

Civiel recht algemeen (V)

**Brondocumenten**

ECLI:NL:RBAMS:2018:1755, Uitspraak, Rechtbank Amsterdam, 31 â€1â€2018

**Wetgeving**

Art. 1:157, 3:300 BW; art. 5 Wvps; art. 38n lid 4 Wet op de loonbelasting 1964; art. 283, 827 Rv

### Essentie

**Ex-partner verplicht tot medewerking aan omzetting van pensioen in eigen beheer in een oudedagsverplichting.**

### Samenvatting

*Ex-partner van de DGA veroordeeld tot het verlenen van medewerking aan omzetting van pensioen in eigen beheer in een oudedagsverplichting om daarmee de B.V. te bevrijden van de dividendklem gezien het feit dat de ex-partner in deze procedure om vaststelling van alimentatie verzocht zonder rekening te houden met de dividendklem en omdat de DGA passende compensatie bood voor het verloren gaan voor de ex-partner van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en/of het bijzonder partnerpensioen.*

### Partij(en)

[de vrouw], advocaat mr. M.A.J. Burgers-Thomassen, gevestigd te Eindhoven,  
tegen

[de man], advocaat mr. E.Z. Anink, gevestigd te Amsterdam.

### Uitspraak

#### 1. De procedure

##### 1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit de beschikking van deze rechtbank van 29 november 2017.

##### 1.2.

Bij beschikking van 29 november 2017 heeft de rechtbank, voor zover hier relevant:

- de echtscheiding tussen partijen uitgesproken;
- bepaald dat het aangehechte ouderschapsplan deel zal uitmaken van de beschikking;
- en iedere verdere beslissing aangehouden.

## 2. De beoordeling

### 2.1.

De rechtbank verwijst naar en neemt over hetgeen is opgenomen in haar beschikking van 29 november 2017. De rechtbank zal in het hiernavolgende ingaan op de verzoeken van de vrouw met betrekking tot het pensioen. De overige door partijen verzochte nevenvoorzieningen en het verzoek van de man op grond van artikel 223 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) worden in een afzonderlijke beschikking met eenzelfde datum en zaak- en rekestnummer behandeld.

### 2.2. Pensioen

#### Voorop

#### 2.2.1.

Partijen zijn met elkaar gehuwd op [datum] 1992 onder huwelijkse voorwaarden.

Staande het huwelijk hebben partijen op [datum] 2009 de huwelijkse voorwaarden gedeeltelijk laten wijzigen/aanvullen, inhoudende kort samengevat dat bij echtscheiding er een verrekening van hun vermogens plaatsvindt, zodat ieder van partijen gerechtigd is tot een waarde gelijk aan die, waartoe hij gerechtigd zou zijn indien tussen de echtgenoten de algehele gemeenschap van goederen had bestaan (finaal verrekenbeding). De rechtbank zal alvorens het verzoek tot afwikkeling van de huwelijkse voorwaarden en het verzoek om een onderhoudsbijdrage te behandelen, de verzoeken van de vrouw ten aanzien van het pensioen behandelen, nu al hetgeen wat daarna volgt samenhangt met deze verzoeken.

#### Ontvankelijkheid

#### 2.2.2.

De vrouw heeft bij aanvullend verzoek van [datum] 2017 verzocht:

- I. de man te veroordelen om uiterlijk binnen acht dagen na de te wijzen beschikking mee te werken aan afstempeling van de PEB-aanspraken en omzetting daarvan in een ODV, middels ondertekening van het daarvoor door de belastingdienst bestemde formulier waarbij de waarde van zijn ODV-aandeel zal worden vastgesteld op 37% van de fiscale waarde van de pensioenvoorziening op datum te wijzen beschikking, althans op een door de rechtbank in redelijkheid vast te stellen percentage en vast te stellen datum;
- II. vast te stellen dat het hiervoor sub II genoemde ODV-aandeel van de man verhoogd zal worden met de (conversie)waarde per 31 december 2016 van het aandeel van de man op het pensioen van de vrouw bij Zwitserleven, zijnde € 35.426,- althans met een door de rechtbank in redelijkheid vast te stellen conversiewaarde. Voorts vast te stellen dat de man, na verrekening van zijn aandeel als hiervoor vermeld géén pensioenrechten meer kan ontlenen aan de polis van de vrouw bij Zwitserleven onder herkeningsnummer [nummer];
- III. vast te stellen dat hiervoor sub II genoemde ODV-aandeel van de man verminderd zal worden met de (conversie)waarde per 31 december 2016 van het aandeel van de vrouw op het pensioen van de man bij het ABP, zijnde € 271.328,-, althans met een door de rechtbank in redelijkheid vast te stellen conversiewaarde. Voorts vast te stellen dat de vrouw, na verrekening van haar aandeel als hiervoor vermeld, geen pensioenrechten meer kan ontlenen aan de pensioenaanspraken van de man bij het ABP, onder klantnummer [klantnummer];
- IV. voorts met de bepaling dat wanneer de man niet dan wel niet tijdig meewerkt aan het hiervoor sub I verzochte, de goedkeurende beschikking van de rechtbank in de plaats treedt van de vereiste schriftelijke toestemming van de man.

#### 2.2.3.

De man heeft ter terechtzitting betwist dat voornoemd aanvullende verzoeken van de vrouw als nevenvoorzieningen in de zin van artikel 827 Rv gekwalificeerd kunnen worden. Bovendien is de man van mening dat de verzoeken tardief zijn gedaan en de verzoeken daarmee in strijd zijn met de goede procesorde, waardoor de vrouw naar de mening van de man niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

#### 2.2.4.

De rechtbank is van oordeel dat de verzoeken van de vrouw niet tardief zijn. De vrouw is immers ingevolge artikel 283 Rv bevoegd haar verzoek nog te veranderen dan wel te vermeerderen zolang de rechter nog geen eindbeschikking heeft gewezen. De verzoeken zijn gedaan op [datum] 2017, derhalve ruim een maand vóór de mondelinge behandeling op [datum] 2017. De man heeft voldoende tijd gehad om op de verzoeken te reageren, zowel voorafgaande aan de zitting als ter zitting. Bovendien leiden de verzoeken niet tot een onredelijke vertraging van de procedure. Er is dan ook geen sprake

van een wijziging van verzoek dat in strijd is met de eisen van een goede procesorde.

### 2.2.5.

Ten aanzien van de stelling van de man dat de verzoeken van de vrouw niet gekwalificeerd kunnen worden als een verzoek op grond van artikel 827 Rv, overweegt de rechtbank als volgt. Artikel 827 Rv geeft geen limitatieve opsomming van de nevenvoorzieningen die de rechter bij een echtscheiding kan treffen. In artikel 827 lid 1 sub f Rv is bepaald dat ook een voorziening kan worden getroffen indien deze voorziening voldoende samenhang vertoont met het verzoek tot echtscheiding. De afwikkeling van de pensioenproblematiek vertoont in dit geval voldoende samenhang met de echtscheidingsprocedure. De pensioenproblematiek is zelfs voor een groot deel bepalend voor de verdere afwikkeling van de echtscheiding. De behandeling van de verzoeken zal bovendien niet tot onnodige vertraging van het geding leiden. De rechtbank zal dan ook de vrouw ontvankelijk verklaren in haar verzoeken betreffende de afwikkeling van het pensioen.

## Inhoudelijke beoordeling afdwingen omzetting ODV

### Standpunt van de vrouw

#### 2.2.6.

De vrouw heeft in haar stukken onderbouwd uiteengezet waarom het voor haar van groot belang is dat het pensioen in eigen beheer (PEB) wordt prijsgegeven, de commerciële waarde van de pensioenverplichting wordt afgestempeld naar de fiscale waarde en vervolgens de fiscale waarde van de pensioenaanspraken wordt omgezet in een oudedagsverplichting (ODV). De vrouw heeft hiertoe — kort samengevat — het volgende aangevoerd. Zij heeft in haar vennootschap [naam vennootschap] pensioenaanspraken in eigen beheer opgebouwd. Uit de (geconsolideerde) balans van de vennootschap per 31 december 2015 blijkt dat de fiscale waarde van de pensioenverplichting € 1.661.655,- bedraagt en de commerciële waarde € 5.786.002,-. Tussen de fiscale en de commerciële waarde zit derhalve een verschil van € 4.124.347,-. 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.

De vrouw wenst gebruik te maken van de mogelijkheid die de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen (nader te noemen Wet uitfasering PEB) biedt om fiscaal gefaciliteerd af te zien van de in eigen beheer opgebouwde pensioenrechten en om het PEB af te stempelen naar de fiscale waarde en om te zetten in een ODV, waarbij zij niet langer wordt geconfronteerd met deze dividendklem. De vrouw kan van deze mogelijkheid slechts tot 2020 gebruik maken. Voor het afzien van PEB en omzetting is instemming van de man vereist. De man stemt echter niet in met het fiscaal gefaciliteerd afzien van voornoemde pensioenrechten en heeft te kennen gegeven aanspraak te maken op zijn vereveningsdeel vanaf het moment dat de vrouw de pensioengerechtigde leeftijd bereikt. 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 B.V. 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. Afkoop van PEB is niet mogelijk wegens gebrek aan voldoende liquiditeit om tot afkoop over te gaan. Dan resteert omzetting van PEB naar een ODV. Ook hierbij pakt de compensatie voor de man hoger uit dan bij een keuze voor handhaven PEB, aldus de vrouw. Bovendien is het nog maar de vraag of de man gecompenseerd dient te worden nu hij meedeelt in de waardevermeerdering van de aandelen gezien het huwelijksvermogensregime van partijen.

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-relatieve 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.

### Standpunt van de man

#### 2.2.7.

De man betoogt dat de grondslag om hem te verplichten tot medewerking aan het omzetten van het PEB in een ODV ontbreekt. De man heeft beaamd dat de vrouw voor afstempeling van het pensioen en het omzetten in een ODV zijn toestemming nodig heeft. Hij heeft echter zijn toestemming aan het prijsgeven van het PEB onthouden, aangezien het voorstel van de vrouw op geen enkele wijze in gaat op een passende compensatie voor de man, terwijl de omzetting van PEB naar ODV een aanzienlijk nadeel voor hem oplevert. Bovendien bevat het door de vrouw overgelegde advies van PWC allerlei incongruenties, aldus de man.

De man heeft voorts aangevoerd 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 B.V. 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 en 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.

Voorts wijst de man erop dat een ODV een vermogensrecht is dat niet onder de Wet Verevening Pensioen na Scheiding (hierna ook: Wet VPS) valt. Afstempeling en omzetting in een ODV betekent dus een technische omzetting van aanspraken, die gevolgen heeft voor beide voormalige partners, waarbij met name sprake is van een (financiële) verandering in de (toekomstige) aanspraken. Dit kan alleen als partijen daarover overeenstemming hebben en is dus niet in rechte afdwingbaar. Bij ontbreken van die toestemming kan het PEB niet worden gewijzigd en worden de opgebouwde aanspraken premievrij in de B.V. van de vrouw voortgezet. Tot slot heeft de man aangevoerd dat de vrouw een aanzienlijk bedrag liquide kan maken door de schuld die zij aan haar vennootschap heeft in verband met de echtelijke woning te herfinancieren en/of de woning te verkopen en de schuld af te lossen. Daarnaast kan de vrouw nog jaren een winstaandeel tegemoet zien van meer dan € 1.000.000,- per jaar. De man is dan ook van mening dat de vrouw nog ruim de tijd heeft om de pensioenpot aan te vullen. De man heeft gelet op het voorgaande de rechtbank verzocht de verzoeken van de vrouw af te wijzen.

## **De rechtbank**

### **2.2.8.**

De rechtbank overweegt als volgt. De Wet uitfasering PEB is in werking getreden op 1 april 2017. Deze wet is in het leven geroepen met het doel vereenvoudiging van wetgeving; het pensioen in eigen beheer was immers voor een directeur-groootaandeelhouder (hierna: DGA) een complexe aangelegenheid geworden. Dit werd met name veroorzaakt door de jarenlange lage rentestand, hetgeen tot gevolg heeft dat er een groot gat is ontstaan tussen de fiscale voorziening op de balans (die is vastgesteld op basis van een rekenrente van 4%) en de waarde in het economisch verkeer van de pensioenverplichting (die op basis van het rendement moet worden berekend en die thans ver onder de 1% ligt). Belangrijkste gevolg van de Wet uitfasering PEB is dat er een einde komt aan het opbouwen van pensioen in eigen beheer. In het geval van partijen betekent dat concreet dat verdere opbouw in eigen beheer door de vrouw als directeur-groootaandeelhouder (DGA) niet langer mogelijk is. Een DGA kan met betrekking tot het in de B.V. opgebouwde pensioen thans drie keuzes maken:

1. het opgebouwde pensioen wordt per 1 januari 2017 premievrij gemaakt, de fiscale regeling blijft van toepassing zoals deze gold voor 1 januari 2017;
2. de DGA geeft het verschil in commerciële waarde en de fiscale waarde van de pensioenverplichting prijs (afstempelen) en gaat over tot afkoop van het door hem/haar opgebouwde pensioen en wel op fiscale grondslag;
3. de DGA geeft het verschil in commerciële waarde en de fiscale waarde van de pensioenverplichting prijs (afstempelen) en zet het door hem/haar opgebouwde pensioen om in de zogenaamde oudedagsverplichting (ODV). Ook hier geldt dat het uitgangspunt is de fiscaal opgebouwde voorziening.

### **2.2.9.**

Een DGA kan ingevolge artikel 38n lid 4 Wet op de loonbelasting 1964 het pensioen in eigen beheer alleen afkopen of het opgebouwde pensioen omzetten in een ODV indien zijn/haar (gewezen) partner schriftelijk instemt met de afkoop of omzetting. Het gaat om een partner als bedoeld in artikel 1 Pensioenwet en voor de gewezen partner is het de ex-partner die recht heeft gehouden op een deel van het pensioen dat in eigen beheer is opgebouwd. Deze bepaling dient ter bescherming van de (gewezen) partner tegen de gevolgen van een pensioenaankoop of omzetting in een ODV. Tussen partijen is in geschil of de man dient mee te werken aan het zogenaamd afstempelen van het door de vrouw in eigen beheer opgebouwde pensioen almede aan de omzetting hiervan in een ODV. Beoordeeld dient derhalve te worden of de man met recht zijn toestemming onthoudt aan het afstempelen van de PEB-aanspraken en het omzetten hiervan in een ODV. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen en de postsolidariteitsgedachte in aanmerking.

### **2.2.10.**

De rechtbank stelt vast dat de vrouw belang heeft bij het afstempelen van haar PEB-aanspraken. Niet in geschil is dat door de jarenlange lage rentestand er een groot gat is ontstaan tussen de fiscale voorziening van de pensioenverplichting op de balans en de waarde hiervan in het economisch verkeer. Voor de vrouw betekent dit naar eigen zeggen dat haar fiscale pensioenvoorziening (in 2015 berekend op € 1.661.655,-) veel lager is dan de commercieel berekende voorziening (in 2015 berekend € 5.786.002,-), zijnde € 4.124.347,- lager. Hoewel de man de door de vrouw gestelde fiscale waarde van de pensioenvoorziening heeft betwist, heeft hij niet weersproken dat er in casu een aanzienlijk verschil bestaat tussen de

fiscale voorziening van de pensioenverplichting op de balans en de commerciële waarde hiervan. Nu de vrouw gemotiveerd heeft gesteld wat de fiscale waarde bedraagt en de man dit onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken, gaat de rechtbank in het navolgende uit van de juistheid van de door de vrouw gestelde waarde.

Het gevolg van het feit dat er dergelijk groot pensioengat is ontstaan heeft er in casu toe geleid dat — met inachtneming van het eigen vermogen van de B.V. — de B.V. over onvoldoende vermogen beschikt om aan haar pensioenverplichting te kunnen voldoen. Er is derhalve sprake van een niet gedekte pensioenverplichting met als gevolg een zogenaamde dividendklem. Dit betekent dat de B.V. feitelijk geen dividend meer kan uitkeren, zolang de pensioenverplichting niet wordt gedekt. Als de B.V. toch overgaat tot uitkering van dividend, is er doorgaans sprake van een handeling in de zin van artikel 19b Wet op de Loonbelasting 1964. Dit leidt tot een fiscale heffing van in dit geval 52%, te vermeerderen met 20% revisie rente en wel te berekenen over de waarde van het pensioen in het economische verkeer.

Daar komt nog bij dat het gat tussen de fiscale pensioenvoorziening en de commerciële voorziening alleen maar groter zal worden. De fiscale voorziening op de balans moet immers jaarlijks worden opgerent met 4%, waardoor de fiscale waarde van de pensioenaanspraken blijft aangroeien. Gegeven de huidige marktrente zal een fiscale pensioenvoorziening harder stijgen dan het saldo van (de met marktrente op te renten) ODV. Door deze fiscale problematiek wordt de B.V. derhalve ernstig in haar mogelijkheden beperkt.

Het belang van de vrouw om gebruik te maken van de mogelijkheid die de Wet PEB thans biedt om de pensioenproblematiek fiscaal op te lossen is gezien al het vorenstaande gegeven.

### **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 B.V. 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.

## **Conclusie van de rechtbank**

### **Het afstempelen van de PEB-aanspraken en het omzetten daarvan in een ODV**

### **2.2.12.**

De rechtbank is van oordeel dat de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen, waaronder de postsolidariteitsgedachte, in het onderhavige geval met zich brengen dat de man moet meewerken aan het prijsgeven van het verschil in commerciële waarde en de fiscale waarde van de pensioenverplichting alsmede aan het omzetten van het PEB in een ODV. Zij overweegt daartoe als volgt.

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 waardeverhoging 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.

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.

De man zal derhalve, gezien het vorenstaande in onderling verband en samenhang gezien, worden veroordeeld om mee te werken aan het afstempelen van de PEB-aanspraken en het omzetten daarvan in een ODV, middels ondertekening van het

daarvoor door de belastingdienst bestemde formulier. Anders dan verzocht zal de rechtbank bepalen dat de man hieraan moet meewerken binnen een maand na inschrijving van de echtscheidingsbeschikking, nu deze termijn meer in de rede ligt dan de verzochte termijn van acht dagen, gezien de noodzaak tot het laten verrichten van pensioenberekeningen voor de uitwerking van bovenstaande.

## Waarde ODV-deel/conversie

### 2.2.13.

De vrouw heeft verzocht dat de waarde van het ODV-aandeel van de man zal worden vastgesteld op 37% van de fiscale waarde van de pensioenvoorziening op datum te wijzen beschikking. Zij heeft ter onderbouwing van dit percentage verwezen naar productie 52, waarin is berekend dat de verhouding conversiewaarde/totale waarde 37% bedraagt. Zij voert voorts aan dat de pensioenadviseur van de man, [adviseur], de conversie waarde van het aandeel van de man in de PEB-aanspraken op 31 december 2015 heeft becijferd op € 2.140,438,-. De commerciële waarde van de totale voorziening per 31 december 2015 is door PWC berekend op € 5.786.002,-. Het procentuele aandeel van de man ten opzichte van de totale commerciële conversiewaarde per ultimo 2015 bedraagt derhalve 37%, aldus de vrouw.

### 2.2.14.

De rechtbank begrijpt voornoemd verzoek tot het vaststellen van de waarde van het ODV-aandeel, mede gezien hetgeen partijen hieromtrent naar voren hebben gebracht, als een verzoek tot conversie van de ODV in een eigen recht van de man. De man heeft onder verwijzing naar een uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 20 september 2017 (ECLI:RBOBR:2017:5299) naar de rechtbank begrijpt aangevoerd dat toewijzing van de verzochte conversie niet redelijk en billijk is. Nu de vrouw, mede gelet op de betwisting van de man, onvoldoende heeft aangevoerd om tot conversie over te gaan — zo dit bij ODV al mogelijk is —, zal de rechtbank het verzoek van de vrouw op dit punt afwijzen.

### 2.2.15.

De rechtbank acht het redelijk om, gezien de postsolidariteitsgedachte, de man te verplichten om mee te werken aan afstempelen van de pensioenaanspraak tot de fiscale waarde van het pensioenrecht per datum inschrijving van de echtscheidingsbeschikking.

## Beschikking in de plaats treden van toestemming van de man

### 2.2.16.

De vrouw heeft voorts verzocht te bepalen dat wanneer de man niet dan wel niet tijdig meewerkt aan afstempeling van de PEB-aanspraken en omzetting in een ODV de goedkeurende beschikking van de rechtbank in de plaats treedt van de vereiste schriftelijke toestemming van de man.

### 2.2.17.

Ingevolge het bepaalde in artikel 3:300 van het Burgerlijk Wetboek (BW) kan, indien iemand jegens een ander is gehouden een rechtshandeling te verrichten, de rechter op vordering van de gerechtigde bepalen dat zijn uitspraak dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte van degene die tot de rechtshandeling gehouden is. De bevoegdheid van de rechter in deze is een discretionaire bevoegdheid, die de rechter met voorzichtigheid moet hanteren. De rechtbank is onvoldoende gebleken dat de man geen medewerking zal verlenen aan de beschikking van de rechtbank ten aanzien van het afstempelen van de PEB-aanspraken en het omzetten in een ODV. De rechtbank zal dan ook het verzoek afwijzen.

## Overig pensioen

### 2.2.18.

De vrouw heeft voorts verzocht — kort samen gevat — vast te stellen dat het genoemde ODV-aandeel van de man zal worden verhoogd met de (conversie)waarde per 31 december 2016 van het aandeel van de man op het pensioen van de vrouw bij Zwitserleven alsmede vast te stellen dat de man, na verrekening van zijn aandeel, geen pensioenrechten meer kan ontlenen aan de polis van de vrouw bij Zwitserleven (aanvullend verzoekschrift van [datum] 2017, onder III). Daarnaast heeft de vrouw verzocht — kort samen gevat — vast te stellen dat het genoemde ODV-aandeel van de man zal worden verminderd met de (conversie)waarde per 31 december 2016 van het aandeel van de vrouw op het pensioen van de man bij het ABP alsmede vast te stellen dat de vrouw, na verrekening van haar aandeel, geen pensioenrechten meer kan ontlenen aan de polis van de man bij het ABP (aanvullend verzoekschrift van [datum] 2017, onder IV).

### 2.2.19.

De rechtbank begrijpt voornoemde verzoeken van de vrouw als verzoeken tot conversie van het pensioen bij ABP en Zwitserleven. De rechtbank stelt voorop dat de wetgever in de Wet VPS pensioenverevening tot hoofdregel heeft gemaakt.

In artikel 5 Wet VPS is bepaald dat echtgenoten daarvan kunnen afwijken door, met instemming van het uitvoeringsorgaan, conversie overeen te komen. De Wet VPS bevat geen bepaling op grond waarvan één van de echtgenoten in rechte medewerking aan conversie door de andere echtgenoot kan afdwingen. De rechtsverhouding tussen echtgenoten wordt echter na echtscheiding niet alleen beheerst door de wet maar ook door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Uit deze eisen kunnen rechtsplichten voortvloeien die aan een rechter kunnen worden voorgelegd. Aan de vrouw is het om gemotiveerd te stellen waarom de eisen van de redelijkheid en billijkheid ertoe moeten leiden dat conversie in casu afdwingbaar is. Nu de vrouw, mede gelet op de betwisting van de man, dit onvoldoende heeft gedaan, zal de rechtbank de verzoeken van de vrouw met betrekking tot conversie afwijzen. Dit brengt met zich mee dat het ODV aandeel niet zal worden verhoogd respectievelijk verlaagd.

## Ten overvloede

### 2.2.20.

De rechtbank overweegt ten overvloede dat zij met de man van mening is dat het wenselijk is dat zowel de man als de vrouw, voor zover mogelijk, een eigen ODV-aanspraak krijgen, gezien de hierboven genoemde nadelen voor de man bij het omzetten van PEB in een ODV-verplichting. De rechtbank gaat ervan uit dat de vrouw haar toezegging om een eigen ODV-aanspraak voor de man te bewerkstelligen, voor zover dus mogelijk, gestand houdt.

## 3. De beslissing

De rechtbank:

### In de procedure met zaaknummer C/13/632721 / FA RK 17-4850:

#### 3.1.

bepaalt dat de man binnen een maand na inschrijving van de echtscheidingsbeschikking het instemmingsformulier van de belastingdienst dient in te vullen en te ondertekenen en daarmee zijn medewerking dient te verlenen aan afstempeling van de pensioen in eigen beheer aanspraken van de vrouw per datum inschrijving van de echtscheidingsbeschikking alsmede dat de man zijn medewerking dient te verlenen aan de omzetting daarvan in een oudedagsverplichting;

#### 3.2.

verklaart deze beslissing met betrekking tot het pensioen uitvoerbaar bij voorraad;

#### 3.3.

wijst alle overige (wederzijdse) verzoeken met betrekking tot het pensioen af.

## Noot

**Auteur:** mr. W.P.M. Thijssen

### 1.

Deze procedure betrof (zo blijkt uit o. 2.2.1):

- de afwikkeling van de huwelijkse voorwaarden geldend tussen partners waartussen echtscheiding was uitgesproken als ware sprake van een verplichting tot verdeling van een door echtscheiding ontbonden volledige huwelijksgoederengemeenschap (bij huwelijkse voorwaarden was een finaal verrekenbeding overeengekomen);
- het verzoek om toekenning van alimentatie;
- de deling van het pensioen in eigen beheer van de ene partner in hoedanigheid van DGA.

### 2.

Het meest markante aspect is, wat mij betreft, de kwestie rond het gebruik van het instemmingsrecht in het kader van uitfasering van pensioen in eigen beheer.

## Plaats van de uitspraak in het personen- en familierecht en het pensioenrecht

### 3.

Niet duidelijk blijkt of de pensioendeling uitsluitend verevening van ouderdomspensioen in eigen beheer betreft, of (ook)

afsplitsing van bijzonder partnerpensioen. Dit aspect is voor de verdere analyse van de uitspraak overigens niet relevant. Ook niet duidelijk is of de echtscheidingsbeschikking al was ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand, zodat niet duidelijk is of partijen formeel nog partners zijn, of inmiddels formeel ex-partners (het huwelijk eindigt immers pas door inschrijving van de beschikking waarbij echtscheiding wordt uitgesproken, zie art. 1:163 lid 1 BW). De rechtbank beoordeelde de zaak vanuit het perspectief dat partijen ex-partners zouden worden of dat inmiddels waren (zie bijvoorbeeld o. 2.2.12). Ik benoem partijen hierna dan ook als ex-partners. De uitspraak blijkt voor het personen- en familierecht relevant in verband met huwelijksvermogensrechtelijke aspecten en de vaststelling van alimentatie, en blijkt voor het pensioenrecht relevant in verband met pensioendeling, meer specifiek in de situatie van uitfasering van pensioen in eigen beheer.

## Verdeling, alimentatie en pensioendeling zijn communicerende vaten

### 4.

Verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap of uitvoering van een finaal verrekenbeding bij koude uitsluiting, alimentatie en pensioendeling blijken in de praktijk “communicerende vaten”, daar:

- de DGA de helft van de waarde van de aandelen in zijn of haar (in deze zaak: haar) B.V. aan de ex-partner dient te vergoeden en die vergoeding in de praktijk veelal vanuit de B.V. moet worden gefinancierd door een dividendopname of een lening van de B.V. aan de DGA in rekening-courant;
- de alimentatie uit het DGA-salaris en/of dividend, in elk geval vanuit de B.V., moet worden gefinancierd;
- het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening en/of het bijzonder partnerpensioen (en de externe uitvoering van die rechten) eveneens uit de B.V. moet(en) worden gefinancierd.

Er is sprake van “communicerende vaten” omdat als de B.V. voor de ene post méér dient te betalen, voor de andere post minder beschikbaar is. De B.V. kan iedere euro immers maar één keer uitgeven.

### 5.

In de praktijk leidt dat vaak tot grote problemen voor de DGA omdat:

- vanwege de dividendklem veroorzaakt door de wettelijk verplichte pensioentoets in verband met de pensioenverplichtingen in eigen beheer van de B.V. dividendopnames voor betaling van alimentatie verboden zijn;
- het gedeelte van de fiscale pensioenvoorziening toe te rekenen aan het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening en/of het bijzonder partnerpensioen aanzienlijk minder bedraagt dan het bedrag benodigd voor externe uitvoering van die rechten.

### 6.

Voor zover de lezer minder vertrouwd is met deze materie, wijs ik bijvoorbeeld op de tekst onder het kopje “Belang voor de rechtspraak” van mijn annotatie bij Rechtbank Overijssel 14 februari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:604 in deze uitgave ( *PJ* 2018/60, hoofdstuk 7 van Monografieën (echt)scheidingsrecht, Deel 3, *Pensioen en scheiding*, Sdu, 2016 van mijn hand en zeer gedetailleerd mijn tweeluik “ *DGA, pensioen in eigen beheer, ‘verboden’ alimentatie en de rekening-courant* ”, *EB* 2018/5 en *EB* 2018/14. Met de hoofdlijnen van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen (Wet van 8 maart 2017, *Stb.* 2017, 115) veronderstel ik de lezer bekend (vgl. o. 2.2.8 van de uitspraak waar de rechtbank een duidelijke samenvatting geeft). Voor verdere analyse van de hier geannoteerde uitspraak is relevant art. 38n lid 4 Wet op de loonbelasting 1964. Daarin is bepaald dat de DGA die onder vigeur van de (verkort aangehaalde) Wet uitfasering pensioen in eigen beheer zijn pensioen in eigen beheer wenst af te kopen of wenst om te zetten in een oudedagsverplichting (ODV) de instemming nodig heeft van zijn of haar partner of ex-partner die recht heeft op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening en/of op bijzonder partnerpensioen. Het moet daarbij gaan om een partner of ex-partner als bedoeld in art. 1 PW (een echtgenoot of echtgenote, een geregistreerde partner of een partner in de zin van de voor de DGA geldende pensioenovereenkomst).

## Indeling van deze annotatie

### 7.

Hierna wordt ingegaan op:

- het hiervoor bedoelde instemmingsrecht van de partner of ex-partner van de DGA;
- compensatie voor het vervallen van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening en/of op bijzonder partnerpensioen in de situatie waarin de DGA zijn pensioen in eigen beheer afkoopt of omzet in een ODV;



- conversie;
- de alimentatie;
- de aandelenwaardering;
- de rechterlijke beschikking als vervanging voor de instemmingsverklaring;
- de mogelijkheid om te verzoeken tot pensioendeling als nevenvoorziening in een echtscheidingsprocedure op basis van een verzoekschriftprocedure;
- de mogelijkheid van eisenwijziging tijdens een lopende procedure.

## **Het instemmingsrecht van de partner of ex-partner van de DGA in het kader van uitfasering van pensioen in eigen beheer**

### **8.**

Uit de wetsgeschiedenis van de (wederom verkort aangehaalde) Wet uitfasering pensioen in eigen beheer blijkt dat het instemmingsrecht van de partner of ex-partner diende om deze te beschermen tegen de gevolgen van uitfasering van pensioen in eigen beheer. Die bescherming is nodig, zo blijkt, omdat uitfasering van pensioen in eigen beheer tot gevolg heeft dat het potentiële recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening en/of op bijzonder partnerpensioen (rechten die zouden kunnen ontstaan indien het in de toekomst tot scheiding van tafel en bed, het eindigen van het huwelijk of het eindigen van een al dan niet geregistreerd partnerschap zou komen; zie voor de details Pensioen en scheiding, a.w., par. 1.1 - 1.4) of de inmiddels bestaande rechten op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening en/of op bijzonder partnerpensioen door uitfasering verloren gaan. Met het instemmingsrecht wordt beoogd te bewerkstelligen dat de partner of ex-partner van de gevolgen van uitfasering van pensioen in eigen beheer op de hoogte is. Geconstateerd werd dat de partner geen belang zou hebben bij het weigeren van instemming, indien goede afspraken zouden worden gemaakt of het verlies aan (potentiële) rechten passend zou zijn gecompenseerd ([Kamerstukken II, 2016/17, 34555, 3](#), p. 9-10).

### **9.**

In de geannoteerde uitspraak was de ex-partner naar het oordeel van de rechtbank niet bevoegd om instemming voor omzetting van het pensioen in eigen beheer van de DGA in een ODV te weigeren omdat:

- hij voor het vervallen van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening en/of op bijzonder partnerpensioen passend werd gecompenseerd (het ODV-aandeel van de ex-partner zou 37% van de ODV gaan bedragen omdat de commerciële waarde van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening en/of op bijzonder partnerpensioen van de ex-partner 37% bedroeg van de totale commerciële waarde van het pensioen in eigen beheer; zie o. 2.2.13);
- hij bij zijn berekening van de alimentatie waarom werd verzocht géén rekening hield met de dividendklem (zodat hij mogelijk om “verboden” alimentatie verzocht, zie mijn hiervoor aangehaalde publicaties in *EB* 2018/5 en 2018/14; zie o. 2.2.12).

### **10.**

De rechtbank kwam tot haar oordeel op de voet van de redelijkheid en billijkheid (kennelijk die van art. 6:2 BW) onder verwijzing naar de rechtspraak van het Gerechtshof Den Haag omtrent externe uitvoering van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening en/of op bijzonder partnerpensioen waarin het gerechtshof stevast oordeelt dat de ex-partner dient mee te delen in onderdekking op grond van postrelationele solidariteit (zie Pensioen en scheiding, a.w., par. 7.4). De Hoge Raad oordeelde uiteindelijk in lijn van deze rechtspraak, met dien verstande dat de Hoge Raad de term “postrelationele solidariteit” niet bezigde maar zich beperkte tot art. 6:2 BW als grondslag voor het oordeel (zie HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693 met mijn annotatie in *PJ* 2017/87). Een en ander betekent dat de ex-partner in de situatie van externe uitvoering van de volledige pensioenrechten met deling in onderdekking waarschijnlijk in financieel opzicht niet beter af zou zijn geweest dan in de situatie waarin 37% van de ODV aan hem werd toebedeeld. Het percentage van 37 was immers vastgesteld op basis van deling door beide partners in de bestaande onderdekking voor het pensioen in eigen beheer vóór uitfasering.

### **11.**

Hoewel ik het oordeel van de rechtbank gegeven de casus waarin het werd gegeven toejuich (mede gezien het feit dat de rechtbank de link met het alimentatieverzoek legde), meen ik dat het oordeel niet geheel op de juiste juridische grondslag werd gegeven. Deze onjuistheid is gelegen in de wijze van toetsing van het gebruik van het instemmingsrecht door de ex-partner van de DGA. Het instemmingsrecht geeft een bevoegdheid, te weten: om medewerking aan uitfasering van pensioen in eigen beheer te verlenen of te weigeren. De juiste toets was geweest of de ex-partner deze bevoegdheid had

misbruikt door instemming te weigeren (art. 3:13 BW). Die toets lijkt terughoudender dan de redelijkheids- en billijkheidstoets van art. 6:2 BW omdat degene die een bevoegdheid toekomt, deze bevoegdheid in beginsel in vrijheid kan gebruiken. Indien de rechtbank op basis van de toets van art. 3:13 BW tot het oordeel zou zijn gekomen (misschien wel: had moeten komen) dat van misbruik van bevoegdheid geen sprake was, had de rechtbank vervolgens kunnen oordelen dat sprake zou zijn van een onaanvaardbaar rechtsgevolg door de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:2 lid 2 BW uit te voeren (de toets of de redelijkheid en billijkheid derogerende werking zouden moeten hebben ten aanzien van de alsdan op zichzelf rechtsgeldige weigering om in te stemmen met de omzetting van het pensioen in eigen beheer). De uitkomst zou dan hetzelfde kunnen zijn geweest.

## 12.

Opmerking behoeft nog dat het instemmingsrecht van art. 38n lid 4 Wet op de loonbelasting 1964 een fiscaal instemmingsvereiste is. Dat betekent dat de uitfasering van pensioen in eigen beheer zonder de vereiste instemming als fiscaal verboden afkoop van pensioen moet worden beschouwd, met alle bekende gevolgen van dien (heffing van loonbelasting bij de B.V. over de marktwaarde van de volledige pensioenaanspraken op grond van art. 19 lid 1 Wet op de loonbelasting 1964, heffing van 20% revisierente bij de DGA over de waarde in het economisch verkeer van de pensioenaanspraken op grond van art. 30i lid 1 AWR en op grond van art. 7 lid 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 heffing van vennootschapsbelasting over de volledige alsdan als vrijgevallen te beschouwen fiscale pensioenvoorziening). Vanuit civielrechtelijke optiek kan een DGA pensioen in eigen beheer afkopen omdat de Pensioenwet daarop niet van toepassing is (tenzij in het kader van het overgangsrecht bij de invoering van de Pensioenwet is gekozen voor toepasselijkheid daarvan; zie voor dit overgangsrecht Pensioen en scheiding, a.w., par. 7.2). Louter civielrechtelijk bezien zou de ex-partner van een DGA niet zijn beschermd tegen uitfasering van pensioen in eigen beheer, tenzij in het kader van invoering van de Pensioenwet zou zijn gekozen voor toepassing van de Pensioenwet (en daarmee het afkoopverbod). Zie over dit aspect ook mijn hiervoor al aangehaalde annotatie bij *PJ* 2018/60. Tussen partijen stond kennelijk niet ter discussie dat het gebruik van het instemmingsrecht (een instemmingsrecht dat op fiscale wetgeving berust), door de ex-partner van de DGA civielrechtelijk kon worden getoetst. Ook voor de rechtbank was dit geen issue. Kennelijk bestaat tussen het fiscale en civiele recht geen “waterdicht schot” in die zin, dat het gebruik door de partner of ex-partner van het instemmingsrecht van art. 38n, lid 4 Wet op de loonbelasting 1964 niet aan de hand van het civiele recht kan worden getoetst.

## Compensatie

## 13.

In de hier door mij geannoteerde uitspraak werd de ex-partner gecompenseerd voor het vervallen van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening en/of op bijzonder partnerpensioen doordat zijn ODV-aandeel 37% van de totale ODV zou gaan bedragen. In verband met deze overeengekomen compensatie rijst de vraag of in het kader van “pensioen”deling na scheiding een ODV gedeeltelijk aan de ex-partner kan worden toebedeeld. De vergelijking met het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen als bedoeld in art. 2 lid 2 Wvps dringt zich op (zie over deze juridische constructie “*Het zelfstandig recht op uitbetaling uit het voorstel van Wet verevening pensioenrechten bij scheiding: een civielrechtelijk gedrocht*”, *Ars Aequi* 1991, nr. 11, p. 998-1003 van mijn hand). In dit verband constateer ik dat een ODV niet als “pensioen” in de zin van de Wpvs kwalificeert (daarom schreef ik hiervoor van “pensioen”deling in plaats van pensioendeling). Die conclusie lijkt te moeten worden getrokken uit de wetsgeschiedenis van (verkort aangehaald) de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer, omdat deze wet in het kader van het instemmingsrecht voor de partner of ex-partner van de DGA voor uitfasering als uitgangspunt hanteert dat het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening en/of op bijzonder partnerpensioen vervallen (de partner of ex-partner zou zich dat moeten realiseren en/of zou moeten worden gecompenseerd; zie de hiervoor aangehaalde passage uit de memorie van toelichting).

## 14.

De belastingdienst lijkt het standpunt in te nemen dat in het kader van “scheiding” (echtscheiding of het eindigen van een al dan niet geregistreerd partnerschap) naar analogie van het vestigen van een recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening en/of het afsplitsen van bijzonder partnerpensioen een gedeelte van een ODV aan de ex-partner mag worden toegekend en dit gedeelte aan de ex-partner mag worden vervreemd (naar ik aanneem door de corresponderende fiscale waarde bijvoorbeeld bij een verzekeraar onder te brengen, te vergelijken met externe uitvoering van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening en/of op bijzonder partnerpensioen in de situatie van pensioen in eigen beheer). De gedachte zou kunnen zijn dat art. 19b lid 3 Wet op de loonbelasting (analoog?) van toepassing is doordat onder het begrip “aanspraak ingevolge een pensioenregeling” in dat artikel ook een ODV zou mogen worden begrepen. Een indicatie voor deze opvatting blijkt uit vraag 3b van het formulier ter zake uitfasering van pensioen in eigen beheer van de belastingdienst (het zogenaamde “*Informatieformulier Afkoop of omzetting*”).

van pensioen in eigen beheer"). Daar wordt immers gevraagd of door de DGA een overeenkomst met de ex-partner is gesloten voor verdeling van de ODV.

## Conversie

### 15.

De verzoeken van de DGA om (verkort weergegeven) pensioendeling van andere pensioenen achterwege te laten en deze pensioendeling te verdisconteren in deling van de ODV werden afgewezen omdat de rechtbank deze verzoeken beschouwde als verzoeken tot conversie in de zin van art. 5 Wvps, maar conversie niet afdwingbaar is. Dit oordeel lijkt juist. Conversie kan immers worden overeengekomen, maar is niet afdwingbaar. De tekst van de uitspraak waarnaar in o. 2.2.14 wordt verwezen is helaas niet gepubliceerd op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), hoewel aan de zaak wel een ECLI is toebedeeld.

## Alimentatie

### 16.

De afweging die de rechtbank maakte werd mede ingegeven door het feit dat de ex-partner kennelijk verzocht om vaststelling van alimentatie zonder rekening te houden met de dividendklem (zie o. 2.2.12). Indien het pensioen in eigen beheer zou moeten worden gehandhaafd waardoor de ex-partner recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening en/of op bijzonder partnerpensioen zou behouden (los van de eventuele externe uitvoering van die rechten en deling in eventuele onderdekking), zou de B.V. als gevolg van de dividendklem geen dividend mogen opnemen en dat zou tot een lagere vaststelling van alimentatie moeten leiden dan de alimentatie conform de "behoefte", indien de alimentatie waaraan "behoefte" bestaat uitsluitend (gedeeltelijk) uit dividendopnames zou kunnen worden voldaan door de DGA. Dan zou sprake zijn van "verboden" alimentatie volgens mijn tweeluik in EB (zie hiervoor), alimentatie die op grond van art. 1:157 BW moet worden betaald, terwijl betaling op grond van art. 2:216 BW verboden is. De rechtbank lijkt in de geannoteerde uitspraak inderdaad te oordelen dat geen alimentatie mag worden opgelegd die (gedeeltelijk) uit dividend moet worden betaald, indien dividendopnames op grond van de pensioentoets verboden zijn.

## De aandelenwaardering

### 17.

In het vervolg van de procedure zal nog uitspraak moeten worden gedaan over de aandelenwaardering in het kader van uitvoering van het finaal verrekenbeding. In dit verband speelt de pensioentoets ook een rol. Indien het pensioen in eigen beheer in het kader van de aandelenwaardering op commerciële waarde of marktwaarde in aanmerking wordt genomen (die waarde is gezien de actuele rentestand aanzienlijk lager dan de fiscale waarde), bedraagt de waarde van de aandelen minder dan wanneer het pensioen in eigen beheer fiscaal wordt gewaardeerd of wordt omgezet in een ODV (herwaardering speelt niet in het kader van de ODV; zie Raad voor de jaarverslaggeving RJ-Uiting 2017-8, p. 3-4). In Rechtbank Overijssel 14 februari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:604 betrof het de samenhang tussen aandelenwaardering en externe uitvoering van pensioen in eigen beheer (zie mijn annotatie bij die uitspraak in *PJ* 2018/60. In deze zaak betreft het de samenhang tussen de alimentatie en het pensioen in eigen beheer. Nu het pensioen in eigen beheer wordt omgezet in een ODV, vervalt de dividendklem in het kader van vaststelling van de alimentatie maar bestaat nog wel samenhang tussen de alimentatie en de financiering van de door de DGA te verrichten betaling uit hoofde van uitvoering van het finaal verrekenbeding en de daarvoor noodzakelijke aandelenwaardering.

## De rechterlijke beschikking als vervanging voor de instemmingsverklaring

### 18.

Het verzoek om de in de procedure te wijzen beschikking in de plaats te stellen van instemming door de ex-partner van de DGA werd door de rechtbank afgewezen. De toets voor toewijzing zou zwaar zijn en de rechtbank verwachtte dat de ex-partner gezien het oordeel van de rechtbank dat hij zijn instemming met uitfasering van het pensioen in eigen beheer niet mocht weigeren, het hiervoor aangeduide formulier van de belastingdienst wel zou tekenen (o. 2.2.17).

### 19.

Wellicht is de DGA ook wel met dit oordeel gediend. Weliswaar kan immers civielrechtelijk een rechterlijk oordeel in de plaats treden van een te verrichten rechtshandeling, maar het is maar de vraag of indien de zaak op die wijze zou zijn

afgedaan voldaan zou zijn aan de fiscaalrechtelijke instemmingseis van art. 38n lid 4 Wet op de loonbelasting 1964. Van reële instemming zou dan immers geen sprake zijn. De fiscale sanctie zou kunnen zijn dat het pensioen in eigen beheer als afgekocht zou kunnen worden beschouwd. Dat zou de hiervoor in deze annotatie beschreven desastreuze gevolgen hebben.

## 20

Eenvoudiger was geweest aan een verzoek tot veroordeling om tot ondertekening van het formulier van de belastingdienst over te gaan een dwangsom te verbinden.

### **Pensioendeling als nevenvoorziening in een echtscheidingsprocedure op basis van een verzoekschriftprocedure**

## 21

In de praktijk wordt geaccepteerd dat pensioendeling als nevenvoorziening in een verzoekschriftprocedure strekkend tot echtscheiding wordt "meegenomen". Zie in dit verband Rechtbank Alkmaar 15 mei 1996, *PJ* 1997/35 met aant. W.M.A. Kalkman en Rechtbank Amsterdam 6 december 1995, *PJ* 1996/11 met aant. H.P. Breuker (beiden geen ECLI), weergegeven in *Pensioen en scheiding*, a.w., par. 3.3.16.

### **De mogelijkheid van eiswijziging tijdens een lopende procedure**

## 22.

Het verzoek van de DGA om de ex-partner te veroordelen tot het geven van instemming aan de uitfasering van het pensioen in eigen beheer werd gedaan bij akte eiswijziging vóór de mondelinge behandeling. Daarmee kwam de goede procesorde niet in het geding omdat de ex-partner ruimschoots gelegenheid had om tegen het verzoek verweer te voeren. Op dit punt lijkt de uitspraak van de rechtbank evident juist.