

# Kroniek Pensioen & Toekomstvoorzieningen

FJR 2015/30

**De van echt scheidende DGA en diens ex-partner hebben te maken met de afstortingsjurisprudentie, zoals door de Hoge Raad in 2007 principieel geformuleerd. De introductie van de afstortingsverplichting heeft ook allerlei daarmee samenhangende vragen expliciet gemaakt, zoals de gevolgen van de “echte waardering van de pensioenverplichtingen” voor de waardering van de BV aandelen in het kader van de verdeling of verrekening daarvan. Verder kennen de pensioenvraagstukken gevolgen voor de alimentatie alsmede wat er redelijkerwijs aan de onderneming aan middelen kan worden onttrokken. In deze bijdrage komt de jurisprudentie aan bod van het afgelopen jaar (2014-heden), waarbij vanzelfsprekend een selectie is gemaakt van de meest in het oog springende casuïstiek. Verder is ook interessante jurisprudentie opgenomen inzake enkele andere “toekomstvoorzieningen”, zoals betreffende de lijfrente-verzekering en een levenslooptegoed. De behandelde uitspraken zijn voorzien van een FJR-vindplaats (bijv. FJR 2015/30.3), waardoor online de uitspraak ook beschikbaar komt.**

## Deel I: Afstortingsjurisprudentie

Sinds de Hoge Raad uitspraak van 9 februari 2007 (ECLI:NL:HR:2007:AZ2658 FJR 2015/30.1)<sup>2</sup> is het principe geformuleerd dat de eisen van redelijkheid en billijkheid, die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen, in het algemeen meebrengen dat de tot pensioenverevening verplichte echtgenoot/directeur en enig aandeelhouder van de vennootschap waarin de te verevenen pensioenaanspraak is ondergebracht, dient zorg te dragen voor afstorting van het daartoe benodigde kapitaal bij een externe pensioenverzekeraar.

Van de vereveningsgerechtigde echtgenoot kan in beginsel immers niet worden gevergd dat deze bij voortduring afhankelijk blijft van het beleid dat de andere echtgenoot ten aanzien van de betrokken rechtspersoon voert en het risico moet blijven dragen dat het in eigen beheer opgebouwde pensioen te zijner tijd niet kan worden betaald. In concrete gevallen dient de beantwoording van deze afstortingsverplichting “in abstracto” te geschieden met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. De Hoge Raad heeft aangegeven dat onvoldoende liquide middelen op zichzelf gezien niet aan de afstortingsverplichting in de weg staan. Op de vereveningsplichtige rust ook de stelplicht en bij betwisting het aannemelijk maken dat de benodigde liquide

middelen evenmin kunnen worden vrijgemaakt of van elders verkregen zonder de continuïteit van de onderneming in gevaar te brengen.

De vraag hoe in concreto met deze normstelling hoort te worden geoordeeld komt dan ook regelmatig aan de orde.

1. Het Gerechtshof Den Haag oordeelde op 17 september 2014 (ECLI:NL:GHDHA:2014:3016, FJR 2015/30.2) over een afstortingsverzoek van vereveningspensioenaanspraken en wees dat af. De reden lag in onvoldoende dekingsvermogen. De grondslag voor het verzoek is zoals gebruikelijk gelegen in de postrelationele solidariteit tussen ex-echtgenoten. De redelijkheid en billijkheid werkt ook na het einde van het huwelijk door.

Een niet liquide Beheer BV, met onroerend goed als enig vermogensbestanddeel, is een koopsom schuldig wegens het uitvoeren van de pensioenverplichtingen in een (externe) pensioen BV, welke dan een even zo grote vordering heeft op de Beheer BV. Er is geen sprake meer van een actieve onderneming. De vrouw verzoekt onder meer afstorting.

Het hof overweegt het volgende (onder 4):

“Een afstorting van gelden ten behoeve van de rechten van de vrouw mag er niet toe leiden dat de pensioen BV haar verplichtingen jegens de directeur groot aandeelhouder niet meer kan nakomen. Voorts dient bij de beoordeling van afstorting van pensioenrechten ook rekening te worden gehouden met de rechten van de man. De postrelationele solidariteit tussen ex echtgenoten mag er niet toe leiden dat de rechten van de man volstrekt illusoir worden.”

Deze overweging werd als eerste gebruikt in een uitspraak van Rechtbank Middelburg van 22 december 2010 (ECLI:NL:RBMID:2010:BP1976, FJR 2015/30.3), waarin eveneens werd bepaald dat de vrouw een even zo groot recht heeft op de pensioenaanspraken als de man. Ook daar was sprake van een inactieve BV, er werd geen materiële onderneming gedreven. Man en vrouw waren op leeftijd en moesten beiden van de pensioenaanspraken jegens de BV rondkomen. De bij de fiscale waarde behorende aanspraken werden evenredig over de aanwezige middelen omgeslagen.

En tot slot ook feitelijk oordelend over de (on)mogelijkheid (met de bijbehorende stelplicht en aannemelijkheidsver-eiste):

“Naar het oordeel van het hof heeft de man dan ook voldoende aannemelijk gemaakt dat de benodigde liquide middelen thans niet kunnen worden vrijgemaakt zonder de continuïteit van de Beheer BV in gevaar te brengen. Ook op korte termijn verwacht het hof niet dat daarin verandering zal komen.”

<sup>1</sup> Mr. F.H. van der Kamp heeft een fiscale adviespraktijk in familievermogensrecht en is verbonden aan binnen- en buitenlandse postacademische (fiscale) opleidingen.

<sup>2</sup> HR 9 februari 2007, NJ 2007/306, LJN AZ2658, zie rechtsoverweging 4.5.

Ook eerder in de procedure was al geoordeeld over de gelijke deling van het “dekkingsstekort”, zie Hof Den Haag, 18 juni 2014 in onderdeel 26: (ECLI:NL:GHDHA:2014:2744, FJR 2015/30.4)

“Uit het door de man overgelegde fiscale rapport van 2012 van de Pensioen-BV blijkt dat sprake is van een onderdekking van afgerond € 70.000,-. Immers, het eigen vermogen bedraagt € 620.363,- (bestaande uit de financiële vaste activa van € 617.364,- te vermeerderen met de liquide middelen van € 5.077,- minus de kortlopende schulden van € 2.078,-), terwijl de pensioenvoorziening € 690.500,- bedraagt.”

#### **NB**

Terminologisch is het woordgebruik, zoals door het hof in onderdeel 26, niet zuiver. Immers, het vermeldt een onderdekking wegens het negatieve verschil tussen “het eigen vermogen” en de “schulden” (waaronder de fiscaal gepassiveerde pensioenschulden). Het eigen vermogen is echter de resultante van de bezittingen ofwel de actief zijde van de BV balans, minus de schulden. Er is derhalve sprake van een negatief eigen vermogen, hetgeen tevens de “onderdekking” behelst.

Of overigens in een situatie als bij Rechtbank Middelburg bij afstorting nog een fiscale claim is opgetreden, op grond van het feit dat een bestuurder in beginsel heeft te zorgen voor voldoende dekking van aanspraken van derden jegens de BV, dan wel een fiscale claim – daarmee samenhangend – omdat de pensioengerechtigde man als directeur en aandeelhouder te hoge dividend uitkeringen heeft gedaan, waardoor de aanspraken (deels) illusoir zijn geworden, is mij in betreffende casus niet bekend. Ook de externe uitvoerder die de verplichting tot betaling van een toegezegd vereveningspensioen, zal hierover naar mijn mening in overleg treden met de belastingdienst. Immers, men kan niet de volledige verplichting uitvoeren als niet de daarvoor benodigde koopsom tegen commerciële waarde wordt betaald.

2. Over de afstortingsverplichting oordeelde ook het Hof Arnhem-Leeuwarden. In een uitspraak van 2 december 2014 (ECLI:NL:GHARL:2014:9367, FJR 2015/30.5) werden daar echter nog een aantal andere (voor)vragen aan de orde gesteld. Voordat het hof toekwam aan de vraag naar vereveningsaanspraken en de afstorting van de in eigen beheer opgebouwde aanspraken, kwam de vraag aan de orde naar de geldigheid van een getekende “overeenkomst”, voorafgaande aan de echtscheiding, waarin het volgende is vermeld:

“Mevrouw krijgt 10% van de jaarwinst van [geïntimeerde 1] B.V. en 10% van de opbrengst van de aandelen, tezamen tot een maximum van f 750.000,- bruto (vóór belasting). Tussen partijen staat vast dat mevrouw recht heeft op de helft van het ouderdompensioen van de man, opgebouwd bij [geïntimeerde 1] B.V., en dat mevrouw en de

kinderen aanspraak hebben op nabestaandenpensioen. De waarde daarvan moet actuariel worden vastgesteld en jaarlijks opgehoogd worden conform de algemeen erkende maatstaven. In geval het saldo van de winstuitkering minder bedraagt dan het saldo van de hiervoor genoemde pensioenaanspraken, dan wordt het ontbrekende gedeelte van de pensioenaanspraken bij verkoop van de onderneming alsnog uitgekeerd respectievelijk afgestort, evengoed als de man aanspraak zal hebben op de uitkering dan wel afstorting van zijn aandeel in de pensioenreserve. Bij de uitwerking van deze bepaling zullen partijen eraan meewerken dat het meest gunstige fiscale regime van toepassing is.”

De rechtbank had geoordeeld dat geen verevening aan de orde was. Partijen hadden bij huwelijkse voorwaarden, voorafgaand aan het huwelijk, namelijk enige verrekening van pensioen, en daarmee kennelijk naar het oordeel van de rechtbank, ook pensioenverevening uitgesloten. Partijen hadden volgens de rechtbank hun afspraak met betrekking tot de pensioenverevening/verrekening op straffe van nietigheid moeten neerleggen in een notariële akte en oordeelde dat, hetgeen zij in de huwelijkse voorwaarden daaromtrent zijn overeengekomen, niet opzij gezet kan worden door hetgeen [appellante] en [geïntimeerde 2] in het echtscheidingsconvenant zijn overeengekomen.

Het hof oordeelt daarover kort en bondig (in onderdeel 4.6):

“In het oorspronkelijke wetsvoorstel was bepaald dat uitsluiting van pensioenverevening of afwijking van het wettelijk systeem zou kunnen geschieden bij notariële akte. Bij Nota van wijziging is daaraan toegevoegd dat de toepasselijkheid ook kan worden uitgesloten bij een bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding (artikel 2, lid 1 Wvps). Uit het arrest van de HR van 30 maart 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BV3103) volgt dat een overeenkomst (echtscheidingsconvenant) die echtgenoten maken in het zicht van de echtscheiding, ook al is sprake van huwelijkse voorwaarden tussen die echtgenoten, niet onderworpen is aan de regels betreffende huwelijkse voorwaarden, zodat ook geen notariële akte is vereist.”

De schriftelijke akte is derhalve voldoende. Vervolgens volgt de verevenings- en afstortingsbehandeling, waarbij het eindoordeel is dat geen afstorting hoeft plaats te vinden op dat moment. De reden is gelegen in de afspraak die partijen hebben gemaakt, namelijk “dat zowel wat betreft het nabestaandenpensioen als het ouderdompensioen voor zover dat minder is dan het saldo van de winstuitkeringen, betaling (afstorting) pas bij staking van de onderneming van de man zal plaatsvinden”, aldus het hof.

#### **NB**

De regeling die partijen hadden getroffen komt hier wel doordacht over. De postrelationele solidariteit verenigt in de afspraak zowel de betaling van vereveningspensioenaan-

spraken van de vrouw als de liquiditeitsbelangen van de onderneming met de jaarlijkse winst gerelateerde betalingen. Dat ook uitstel van de afstorting is overeengekomen, komt daarmee begrijpelijk over.

3. Vervolgens oordeelt ook Hof 's-Hertogenbosch op 5 augustus 2014 over het afstortingsverzoek principieel in een feitenconstellatie (ECLI:NL:GHSHE:2014:2650, *FJR* 2015/30.6). Zonder alle feiten in deze te schetsten is van belang wat het hof oordeelt:

“Naar het oordeel van het hof heeft de man voldoende aannemelijk gemaakt dat in de onderneming als geheel onvoldoende liquide middelen aanwezig zijn om over te gaan tot afstorting van een bedrag van € 144.442,-.”

#### **NB**

Interessant is dat op dit punt niet wordt ingegaan over de financierbaarheid ofwel de mogelijkheid om de middelen extern aan te trekken door middel van een lening bij een bank, om aan de afstortingsverplichting uitvoering te geven. Dat is immers wat de Hoge Raad als grondslag in de eerste overwegingen heeft vermeld (4.5. slot, HR 9 februari 2007).

Het Hof vervolgt dan:

“Van belang is verder, zoals ook door de deskundigen is geconstateerd, dat als gevolg van het verschil in rekenrente bij de opbouw van de pensioenvoorziening enerzijds en de door verzekeraars gehanteerde markrente anderzijds, een groot verschil bestaat tussen het opgebouwde pensioen in [achternaam man] Enterprises Ltd. en het bij een externe verzekeraar af te storten bedrag.”

#### **NB**

De terminologie roept toch enige vragen op. Immers, dat er verschil bestaat tussen het “opgebouwde pensioen” en het benodigde bedrag voor een echte verzekering van de pensioenaanspraken is geen bijzondere omstandigheid. In de fiscale regelgeving is de aftrekpost in de BV (vennootschapsbelasting) wegens de pensioenovereenkomst tijdens de opbouwperiode van het pensioen beperkt. Met ingang van 1995 is in de fiscale wetgeving opgenomen dat een pensioen- of soortgelijke verplichting moet worden gewaardeerd met inachtneming van algemeen aanvaarde actuariële grondslagen.<sup>3</sup> Dit houdt in dat er bij de waardering rekening moet worden gehouden met sterftekansen en intrest. Voor de inzichtelijkheid is van belang te melden dat uiteindelijk elke betaalde pensioeneuro tot aftrek leidt in de BV, echter een deel van de aftrek wordt naar het betalingsmoment (dus later) verplaatst.

3 Art. 9b, Wet IB 1964 en artikel 3.29, Wet IB 2001. In deze wetsartikelen is tevens bepaald dat bij de waardering van een pensioen- of soortgelijke verplichting een rekenrente in aanmerking moet worden genomen van ten minste 4 procent. Overige wijzigingen als het verbod op leeftijdsterugstelling zijn later ingevoerd en opgenomen in artikel 8, zesde lid, Wet VPB 1969.

De term “het opgebouwde pensioen” leidt tot veel misverstanden. Het is in wezen de “pensioenschuld”, voor zover die tot balansdatum al in aftrek mocht worden gebracht.

De dekking van een pensioenaanspraak moet dan ook niet bij de “voorziening” of wel “schuld” worden gezocht, maar op de activa/bezittingenzijde van een BV.

De rekenrente is kortom slechts een extra (tijdelijke?) verklaring van de fiscale en commerciële verschillen. Het zou naar mijn mening niet mogen verklaren dat er in relatief weinig gevallen voldoende middelen bestaan om de pensioenaanspraken goed te kunnen nakomen of uitvoeren.

De uitkeringstoets die sinds de introductie van de geflexibiliseerde BV wetgeving in oktober 2012 van toepassing is, is in dat kader fiscaal slechts een extra stok om de pensioenopbouw in eigen beheer tot een zakelijker benadering te forceren.<sup>4</sup>

4. Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde op 26 maart 2014 (ECLI:NL:GHSHE:2015:1101, *FJR* 2015/30.7) over een afstortingsverzoek. Daar kwam een aanvraag aan de orde betreffende de uitleg van de huwelijkse voorwaarden op het punt van pensioenverevening. In onderdeel 3.7.4. overweegt het hof:

“Van een “uitdrukkelijk” uitsluiten in de zin van artikel 11 WVP kan daarom eveneens sprake zijn ingeval partijen in hun huwelijkse voorwaarden met het oog op een eventuele scheiding hebben bepaald dat (bepaalde) pensioenrechten niet worden verrekend (zie HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7893). Naar het oordeel van het hof is niet gebleken dat partijen hebben beoogd een regeling te treffen “met het oog op een eventuele echtscheiding.”

Verevening dient derhalve plaats te vinden, aldus het hof. Over de hoogte dient vervolgens de rechtbank zich te buigen. Opvallend, maar niet nieuw, is dan aansluitend wederom de overweging over de rekenrente voor wat betreft de afstortingsverplichting (onderdeel 3.7.4.1):

“Omtrent dit laatste overweegt het hof nog dat, afhankelijk van de uitkomsten van het deskundigenonderzoek, mogelijk afstorting bij een externe verzekeraar in redelijkheid niet van de man kan worden gevegd, dit nu er een aanmerkelijk verschil is ontstaan tussen enerzijds de rekenrente die is gehanteerd bij de pensioenopbouw en anderzijds de rekenrente die externe pensioenverzekeraars hanteren bij afstorting.”

#### **NB**

De rekenrente lijkt hier vrijwel als zelfstandig criterium te worden gehanteerd. Als de middelen en de ondernemingscontinuïteit het toelaten, mag worden verondersteld dat de afstortingsverplichting overeind blijft staan. Wellicht dat dat ook zo door de lezer verstaan dient te worden.

4 Deze uitkeringstoets is gebaseerd op art. 2:216 BW

5. De Rechtbank Oost-Brabant oordeelde op 28 mei 2014 (ECLI:NL:RBOBR:2014:2892, *FJR* 2015/30.8) over de uitleg van pensioenbepalingen in de huwelijkse voorwaarden in relatie tot het echtscheidingsconvenant. In de huwelijkse voorwaarden stond – kortweg – dat in geval van echtscheiding de vereveningsgerechtigde (in dit geval de vrouw) recht heeft op conversie in de zin van artikel 5 Wvps in de zin dat de aanspraken ter zake van zowel ouderdomspensioen als partnerpensioen worden omgezet in een eigen pensioenaanspraak (artikel 10 lid 1 en 2 Wvps). Uit lid 4 volgt dat in geval van een pensioen in eigen beheer of een pensioenuitvoerder die financieel afhankelijk is van een door een echtgenoot gedreven onderneming, de andere vereveningsgerechtigde echtgenoot overdracht van de bedoelde pensioenaanspraken kan verlangen aan een externe pensioenverzekeraar (onderdeel 4.5).

Tot zover geen nieuws.

Dan volgt het echtscheidingsconvenant, waarin partijen ten aanzien van voornoemde (door de man in zijn BV gereserveerde) pensioenrechten enkel is afgesproken dat zij binnen een jaar “in overleg met de accountant regelen (...) dat de Wet pensioenverevening na echtscheiding alsdan zal worden gevolgd”. Dit is naar het oordeel van de rechtbank geen afwijking van de in de huwelijkse voorwaarden opgenomen regelingen omtrent conversie en afstorting.

Vermeldenswaard is de aanvulling die de rechtbank geeft:

“Overigens geldt dat afgezien van voornoemde uitleg ook uit artikel 3a lid 2 WVPS volgt dat de vrouw aanspraak heeft op het partnerpensioen, waarvan de vrouw op grond van het ook door partijen genoemde arrest (HR 9 februari 2007, *LJN* AZ2658, *NJ* 2007, 306) kan verlangen dat dit wordt afgestort bij een externe pensioenverzekeraar.”

Vervolgens wordt verwezen in verband met allerlei nieuwe reacties en informatie over gewijzigde rekening courant standen.

#### **NB**

Ten overvloede wordt geduid op de toepassing van de afstortingsverplichting op basis van het arrest van de Hoge Raad uit 2007 ten aanzien van het partnerpensioen. Immers, met zoveel woorden is dat niet vermeld door de Hoge Raad. Naar mijn mening volstrekt terecht en zelfs “a fortiori” geldt voor (bijzonder) partnerpensioen wat voor vereveningsaanspraken (ouderdomspensioen) geldt: van de vrouw kan niet worden gevegd dat deze bij voortduring afhankelijk blijft van het beleid dat de andere echtgenoot ten aanzien van de betrokken rechtspersoon voert en het risico moet blijven dragen dat het in eigen beheer opgebouwde pensioen te zijner tijd niet kan worden betaald.

6. In Rechtbank Amsterdam 18 februari 2015 (ECLI:NL:RBAMS:2015:774, *FJR* 2015/30.9) blijkt de man geen bezwaar te hebben tegen de gevraagde pensioenverevening heeft, maar wel tegen afstorting bij specifiek een verzeke-

raar. De overweging zal mogelijk zijn geweest dat een pensioen BV minder kosten hoeft te rekenen. Overeengekomen wordt ter zitting om een tweetal mogelijkheden te onderzoeken, te weten de benodigde koopsom voor afstorting van de aan de vrouw toekomende pensioenaanspraken jegens de BV alsmede de splitsing van de BV, waardoor de vrouw een eigen pensioen BV met haar pensioenaanspraken zou verkrijgen.

#### **NB**

Bij overdracht van een pensioenverplichting dient de waarde in het economisch verkeer te worden bepaald ter betaling van de overdrachtsprijs. Bij de overdragende of afstortende BV leidt de verhoogde koopsom tegen commerciële waarde voor de aanspraken tot een extra aftrek, voor zover deze waarde boven de corresponderende fiscale verplichting is gelegen. Dit voordeel heeft een even zo groot nadeel bij de ontvangende BV. De fiscale waardering van de overgenomen pensioenverplichting of pensioenschuld bij de ontvangende BV zal per eerstvolgende balansdatum echter weer naar fiscale maatstaven moeten plaatsvinden. Er ontstaat dan een vrijval van de verplichting naar fiscale maatstaven. Deze vrijval levert als spiegelbeeld een fiscale winst op.

Een aparte pensioen BV is dus in wezen niet een echt alternatief, tenzij pensioen in eigen beheer werkelijk een hogere pensioenopbrengst laat zien. En dat is gezien het aantal onder water staande BV's niet een zonder meer aannemelijke gedachte...

Volledigheidshalve merk ik op dat op dit fiscale punt van de waardering van pensioenverplichtingen een aantal uitspraken is geweest en procedures bij de Hoge Raad lopen, die in lijn met voorgaande opmerkingen zijn, zie Hof Amsterdam 13 november 2014 (ECLI:NL:GHAMS:2014:5833) en inmiddels twee zaken bij de Hoge Raad, met een conclusie door de P-G (procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden: AG ECLI:NL:PHR:2014:2729 en AG ECLI:NL:PHR:2014:2730, beiden van 18 december 2014).

7. Rechtbank Den Haag oordeelt op 6 maart 2015 (ECLI:NL:RBDHA:2015:2486, *FJR* 2015/30.10) over een pensioen afstortingsverzoek. Zoals het hoort wordt overwogen:

“Vaststaat dat de man in zijn onderneming pensioen in eigen beheer heeft opgebouwd. Partijen zijn het erover eens dat de vrouw recht heeft op afstorting bij een externe verzekeraar van het kapitaal dat nodig is ter dekking van dat deel van de pensioenaanspraak dat aan haar als vereveningsgerechtigde echtgenoot dient te worden uitbetaald. Niet gebleken is dat afstorting niet mogelijk zou zijn.”

Het vervolg gaat ook volgens het “spoorboekje”: de pensioenbrieven zullen overlegd worden, een deskundige bepaalt de “commerciële waarde”. De commerciële waarde kan bij een verzekeraar worden bevestigd, immers die hanteert marktwaarden. Opgemerkt zij, dat er inmiddels weinig ver-

zekeraars meer zijn, die af te storten pensioenaanspraken verzekeren. De standaardisering is op dat punt aan de overheersende hand. Ten overvloede merk ik op dat rekenrente in casu geen enkele aandacht krijgt als mogelijk beletsel voor de afstortingsverplichting.

### **Deel II: Varia; over samenhang met alimentatie, latent aanwezige claims, verknochtheid en lijfrenteverdeling**

8. Een mooie en begrijpelijke uitspraak wordt gedaan door de Rechtbank Noord-Nederland op 8 april 2014 (ECLI:NL:RBNNE:2014:5076, *FJR* 2015/30.11). In de kern betreft het een alimentatiegeschil in samenhang met de pensioenaanspraak als inkomen voor de draagkracht van de man. Daarbij wordt echter een link gelegd met de indexatie van alimentatie in verband met de niet geïndexeerde ABP pensioenuitkering van de man de laatste jaren. Aangezien de pensioenuitkering het grootste inkomensbestanddeel van de man vormt, waaruit de alimentatie voor de vrouw betaald moet worden *“acht de rechtbank het redelijk de wettelijke indexering van de alimentatie te verbinden aan de indexering van het ABP-pensioen”*. Logisch en helder!

9. Waar reeds lange tijd onduidelijkheid over bestond, is door de Hoge Raad vrij expliciet beoordeeld: fiscale latenties. Op 24 februari 2006 (LJN AU6095, *FJR* 2015/30.12) deed de Hoge Raad eerder uitspraak over latenties in het kader van echtscheiding. In dat arrest was echter geen rechtsvraag aan de orde, doch deed de Hoge Raad het geschil zelf af. Het betrof de discussie over een latentie over de toekomstige belastingdruk van een gouden handdruk stamrecht-aanspraak. Ten overvloede: dat werd derhalve (destijds nog) niet verknocht geacht. Partijen waren het echter over één zaak eens: de basis voor de hoogte van de latentie lag in de acute claim indien er direct zou worden afgekocht. Het toenmalig toptarief lag op 60% (het was nog in de jaren van vóór de Wet IB 2001, dat een maximaal Inkomstenbelastingtarief kent tot op heden van 52%). De Hoge Raad heeft toen het uitgangspunt van partijen gevolgd, afkoop ten tijde van peildatum als basis, hetgeen impliceerde dat het toenmalig toptarief verschuldigd zou zijn. Aangezien een acuut tarief niet meer contant hoeft te worden gemaakt, leverde dat een bevestiging op dat het nominale tarief moest worden gehanteerd.

Dat dit ten onrechte als beantwoorde rechtsvraag is gezien, blijkt uit de uitspraak van de Hoge Raad van 28 november 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3462, *FJR* 2015/30.13). Het gaat in de voorgelegde situatie om de waardering van de latente belastingsschulden van de onderneming van de man met betrekking tot de panden, de oudedagsreserve en de lijfrentepolis.

Het Hof Den Haag overwoog op 18 juli 2012 in deze zaak over de latenties het volgende in een tussenbeschikking (overweging 14):

“Gezien het feit dat er nu tot financiële afwikkeling dient te worden gekomen tussen partijen acht het hof het redelijk en billijk dat de fiscale claim voor het nominale percentage van 52% wordt meegenomen. Het feit dat de fiscale claim thans feitelijk nog niet behoeft te worden betaald, doet daaraan niet af. Voor partijen bestaat te allen tijde het risico dat korte tijd na de afwikkeling van de huwelijkse voorwaarden een fiscale claim alsnog wordt gerealiseerd.”

De vrouw voert aan dat het hof, zo oordelend, heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd. Het had de latente belastingsschulden moeten waarderen op de contante waarde daarvan op de peildatum, waarbij het in aanmerking had moeten nemen dat op die datum ervan moest worden uitgegaan dat de man zijn onderneming voortzette.

De Hoge Raad oordeelt hierover dat 's Hof's oordeel zonder nadere motivering op dit punt onbegrijpelijk is. En meer nog:

“De enkele omstandigheid dat gewezen echtgenoten met inachtneming van een bepaalde datum met elkaar afrekenen, brengt immers niet mee dat toekomstige belastingsschulden met betrekking tot te verrekenen vermogensbestanddelen moeten worden gewaardeerd alsof ter zake op die datum een betalingsverplichting is ontstaan.”

Dit werpt eindelijk helder licht op de zaak, die al sinds 2006 tot zo veel onduidelijkheid heeft geleid.

Nominaal is niet de norm, en was dat naar mijn mening bij juiste lezing van het 2006 arrest evenmin.

Diegene die zich echter waagt aan lezing van de daar gepresenteerde feiten en vragen alsmede het procesverloop, kan zich echter wellicht vinden in een eenvoudig gepresenteerde rechtsvraag...

10. Een levenslooptegingeling is onderdeel geworden van de verknochtheidsvraag en komt aan de orde in Hof Amsterdam van 24 februari 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:577, *FJR* 2015/30.14). De man heeft een levenslooptegingeling opgebouwd dat inmiddels uitkeert in aanvulling op de 4 daagse werkweek in plaats van de eerdere werkweek van 5 dagen. In onderdeel 4.15 tot en met 4.18 behandelt het hof de geclaimde verknochtheid, die door de rechtbank eerder werd aangenomen. De man stelde dat het tegoed is opgebouwd als een hem persoonlijk toekomend recht om aan het eind van zijn loopbaan minder te mogen werken zonder er in inkomen op achteruit te gaan.

De man heeft de regeling niet afgekocht toen dat in 2013 zelfs met minder belastingheffing eenmalig kon (tegen een waarde van slechts 80% in de belastingheffing begrepen; in 2015 is dat overigens wederom mogelijk!). Ook is er bij de vaststelling van alimentatie rekening gehouden met de uitkering als inkomen bij de bepaling van de draagkracht van de man.

Het Hof komt met deze feiten en grieven tot de conclusie dat de levensloopregeling aan de man toekomt, zonder vergoeding aan de vrouw, terwijl er niet wordt ingegaan op grond waarvan er geen verdeling hoeft plaats te vinden. Verknochtheid blijft rechtens onbesproken.

Gezien de bewoordingen van het hof in onderdeel 4.16 “zij betwist derhalve dat de levensloopregeling aan de man is verknocht”, kan worden afgeleid dat het hof hier toch de verknochtheidsroute bewandelt. Het slot wordt dan theoretisch lastig.

Omdat het levenslooptegoeed op de pensioendatum verplicht geheel “vrijvalt”, resteert er een saldo dat niet als periodieke aanvulling op inkomen wordt genoten. Deze sluitkering, verminderd met de daarop drukkende belastingheffing, dient dan ook volgens het hof gedeeld te worden met de vrouw, omdat het niet langer als toekomstig inkomen, doch als nagekomen bate, opgebouwd tijdens huwelijk wordt beschouwd.

Op dit punt volsta ik graag met de opmerking dat er opvallende gelijkenissen zijn met het eerste verknochtheidsarrest van de Hoge Raad inzake gouden handruk stamrechtenaanspraken van 17 oktober 2008. Toch laat ik niet onvermeld dat bij de totstandkoming van de levensloopregeling een expliciete opmerking over mogelijke verknochtheid is gemaakt. Dat gold alleen in fiscale zin, civielrechtelijk dient de waarde te worden verrekend, aldus de toelichting.

11. Over een lijfrentesplitsing ging de uitspraak van Rechtbank Limburg op 21 mei 2014 (ECLI:NL:RBLIM:2014:4563, *FJR* 2015/30.15).

In vervolg op de jurisprudentie van Rechtbank Breda van 10 juni 2011, Hof 's-Hertogenbosch van 23 februari 2012 en beide bevestigd in Hoge Raad op 18 maart 2013 oordeelt de rechtbank dat er dient te worden gesplitst om ongewenste fiscale gevolgen van de verdeling te voorkomen voor partijen. Het betreft de toepassing van de fiscale artikelen 3.102, lid 3 en 6.3 van de Wet Inkomstenbelasting 2001.

De eerste maal is daarmee een oordeel geveld, voor zover mij bekend, dat ter voorkoming van fiscale ruis over en weer tussen partijen, te weten een bijtelling en een aftrek, er een gelijke deling ofwel splitsing van het lijfrentecontract dient plaats te vinden.

## Tot besluit

In deze kroniek is de nodige afstortingsjurisprudentie aan de orde gekomen. De lijn die daarin steeds meer is te herkennen, ligt in de beperking van de afstortingsverplichting wegens veelvuldig optredende “onderdekking” bij pensioenverplichtingen in eigen beheer. De lage marktrente is daarvan deels de verklaring, echter het optreden als echt pensioenlichaam, dat zich als verantwoord pensioenuitvoerder opstelt, ontbreekt met enige regelmaat. De wetgever zal ten aanzien van pensioen in eigen beheer met fiscale wijzigingsvoorstellen komen. Het is zaak daar bij actuele

echtscheidingsituaties rekening mee te houden. In de varia zien we nieuwe richtingen ontstaan in de discussie over verknochtheid en bij de verplichte lijfrentesplitsing, om fiscale gevolgen te voorkomen. Ten slotte is over fiscale latenties nu eindelijk meer helderheid gekomen.