

Waarom de oudedagsverplichting niet in de gemeenschap van goederen valt

In de Handreiking ODV aanspraken en overlijden (versie 13 oktober 2017) wordt namens het Ministerie van Financiën gesteld dat de oudedagsverplichting in de huwelijksgemeenschap van goederen valt. In dit artikel stel ik het tegenovergestelde vast en geef ik de gevolgen voor de praktijk weer.

DOOR RIK SMIT FFP RFEA

Het belang van dit vraagstuk is evident. Als een goed, in dit geval een vermogensrecht, in een huwelijksgemeenschap valt, is sprake van een situatie dat beide echtgenoten gerechtigd zijn tot de helft van dat goed. Ieder heeft recht op de helft. Wat kan daar mis aan zijn? De misstand schuilt in het feit dat de inbreng aan waarde per persoon ongelijk kan zijn en de partij die daardoor verarmt niet gecompenseerd wordt. De voormalige staatssecretaris Eric Wiebes schreef in een memorie van toelichting op de wet UPEB¹ dat als er sprake is van een huwelijk in gemeenschap van goederen geen compensatie nodig is.

Een cijfervoorbeeld om dit te verduidelijken.

Waarde pensioenrecht	Commercieel	Fiscaal
Totaal van OP en PP	€ 1.500.000	€ 500.000
Waarvan waarde PP	€ 504.000	€ 168.000

Op de berekeningsdatum zijn van de aanspraken op ouderdomspensioen (OP) en partnerpensioen (PP) bovengenoemde waarden vastgesteld. De aanspraak op OP is voor 100% opgebouwd tijdens de huwelijkse periode. Er is geen zicht op een echtscheiding. Het aandeel van de dga in de totale waarde van deze aanspraken bedraagt 50% van de waarde van het OP. Dit levert op basis van de fiscale grondslagen een waarde van € 166.000 op. Het aandeel van de dga-partner bedraagt naast de 50%

van de waarde van het OP ook de volledige waarde van het PP. Dit levert een waarde op basis van de fiscale grondslagen op van € 334.000. Deze aanspraken worden omgezet in een odv met een waarde van € 500.000.

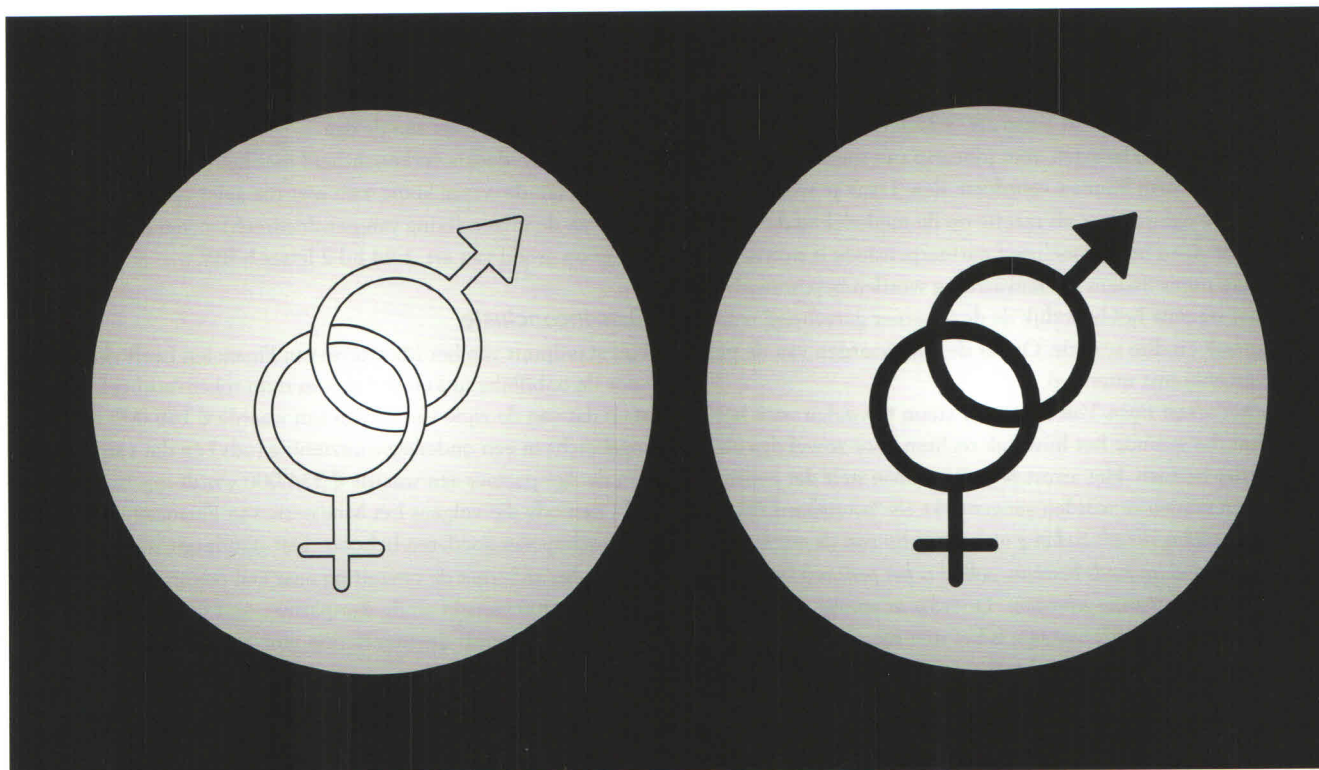
Naar de opinie van het Ministerie van Financiën valt deze waarde in de huwelijksgemeenschap. Aldus treedt een verarming op van de dga-partner van € 84.000 (€ 334.000 – € 250.000). Compensatie wordt niet nodig geacht.

In huwelijksgemeenschap?

Als een dga gebruik maakt of heeft gemaakt van de mogelijkheden die de wet UPEB biedt door de in eigen beheer gehouden pensioenaanspraken om te zetten in een odv is de vraag aan de orde tot welk vermogen het goed behoort, dat ontstaat uit de omzetting van deze pensioenaanspraken. Bij de aanwezigheid van een wettelijke gemeenschap van goederen op grond van huwelijk of geregistreerd partnerschap bepaalt art. 1:94 lid 2 letter b BW dat pensioenrechten, waarop de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding van toepassing is alsmede met die pensioenrechten verband houdende rechten op nabestaandenpensioen, zijn uitgezonderd van de gemeenschap. Een goed dat ontstaat als gevolg van de omzetting van deze pensioenrechten – niet zijnde een pensioenrecht waarop genoemde wetgeving van toepassing is – geniet op grond van de letterlijke tekst van dit artikel niet deze uitzondering. Alvorens te stellen dat een odv dus in de gemeenschap valt, dient de parlementaire geschie-



Rik Smit, FFP RFEA
is gecertificeerd financieel planner en MfN-registermediator bij Smit Vernooij c.s. te Landsmeer.



denis die hierop betrekking heeft erop nageslagen te worden, zodat perspectief gegeven wordt aan de wettekst.

Wetsgeschiedenis

Voorafgaand aan het tot stand komen van de Wet VPS stelde de wetgever vast dat het arrest *Boon/Van Loon* (HR 27 november 1981, 11708 (*Boon/Van Loon*), NJ 1982/503) in bepaalde situaties leidt tot onbillijke uitkomsten en er een eigen verantwoordelijkheid² ligt voor de wetgever om dat te regelen, waartoe een rechter op dat moment niet bij machte was. Onbillijkheden deden zich tot dan toe voor, doordat de waarde van alle opgebouwde pensioenrechten, de rechten voorafgaand aan het huwelijk inclusief, verrekend dienden te worden overeenkomstig de wijze zoals bepaald op grond van dit arrest. In de memorie van toelichting spreekt de wetgever haar voorkeur uit voor een systeem van verdeling van pensioenrechten met afwijzing van het systeem van verrekening van waarden. Art. 1:94 lid 2 letter b BW vindt zijn oorsprong in het door de wetgever onderkende belang en middel en plaatst daarom verdeling van pensioenrechten bij scheiding buiten het wettelijke huwelijksvermogensrecht. In combinatie met de werking van de Wet VPS worden daarmee deze onbillijkheden voorkomen. Dat was precies het doel van deze wetgeving.

Het standpunt van het Ministerie van Financiën heeft geen oog voor de onbillijke uitkomst.

ting spreekt de wetgever haar voorkeur uit voor een systeem van verdeling van pensioenrechten met afwijzing van het systeem van verrekening van waarden. Art. 1:94 lid 2 letter b BW vindt zijn oorsprong in het door de wetgever onderkende belang en middel en plaatst daarom verdeling van pensioenrechten bij scheiding buiten het wettelijke huwelijksvermogensrecht. In combinatie met de werking van de Wet VPS worden daarmee deze onbillijkheden voorkomen. Dat was precies het doel van deze wetgeving.

In de hier aangehaalde memorie van toelichting stelt de wetgever dat zolang er sprake is van situaties waarin een der echtgenoten – meestal de vrouw – niet of in onvoldoende mate eigen pensioen heeft opgebouwd pensioenverevening wenselijk is en dat daarvoor een wettelijk kader van belang is. Men acht het maat-

schappelijk belang van dit wettelijk kader *noodzakelijk* uit het oogpunt van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Tegen de achtergrond van de noodzaak dat dit wettelijk kader zijn werking doet, ligt het voor de hand dat de gerechtigdheid tot een aanspraak die op grond van het bepaalde in art. 38n lid 2 letter b Wet LB 1964 in de plaats treedt van de pensioenaanspraken zich vertaalt in een identieke verdeling tot de gerechtigdheid in dit opvolgend goed. Hoe dit uitwerkt in cijfers kunt u opmaken uit het vervolg op het eerdere rekenvoorbeeld.

Waarde in recht	Aandeel dga	Aandeel dga-partner
Totaal van OP en PP	33,2%	66,8%
Totaal van ODV	33,2%	66,8%

Tussenconclusie

Om onbillijke uitkomsten (zie uitkomst cijfervoorbeeld bij Tabel 1) te voorkomen, plaatst (de wetsbedoeling van) art. 1:94 lid 2 letter b BW de verdeling van de aandelen van de dga en de dga-partner in de ODV buiten de wettelijke huwelijksgemeenschap. De wijze van uitvoering van de verdeling ligt vast in de Wet VPS. Deze wet kent het karakter van een noodzakelijk kader.

Rechten staande het huwelijk

De vraag dient gesteld te worden of er sprake is van enige gerechtigdheid tot de waarde van het pensioen voor de dga-partner in de situatie dat er sprake is van een pensioen in eigen beheer van de dga zolang er sprake is van een huwelijk; staande het huwelijk dus. Ik beantwoord deze vraag eerst voor het partnerpensioen en daarna voor het ouderdompensioen.

De aanspraak op het partnerpensioen (PP) laat zich kwalificeren als een derdenbeding (art. 6:253 BW). Op grond van lid 1 van dit wetsartikel schept een overeenkomst voor een derde het recht een prestatie van een der partijen te vorderen of op andere wijze jegens een van hen een beroep op de overeenkomst te doen in-

dien de overeenkomst een beding van die strekking inhoudt en de derde dit beding aanvaardt. Verklaaren een beding te aanvaarden of te hebben aanvaard kan op grond van art. 3:37 BW op vele wijze geschieden. Lid 1 van art. 3:37 BW zegt dat tenzij anders is bepaald, verklaringen, met inbegrip van mededelingen, zich in iedere vorm kunnen voordoen. Een 'Dank je wel' uit de mond van de dga-partner als reactie op de mededeling dat er een pensioen in eigen beheer inclusief partnerpensioen is overeengekomen kan mijns inziens als aanvaarding worden beschouwd. Dat maakt dat staande het huwelijk de dga-partner gerechtigd is tot de aanspraak en dito waarde. Onder de voorwaarden van de pensioenenovereenkomst uiteraard.

Ook in het arrest *Boon/Van Loon* is er steun te vinden voor het standpunt dat staande het huwelijk rechten voor zowel dga als dga-partner bestaan. Het arrest *Boon/Van Loon* stelt dat pensioenrechten dienen te worden aangemerkt als *"voorwaardelijke vorderingsrechten, die als zodanig op het tijdstip van de ontbinding van de gemeenschap reeds bestaan, ook al is het pensioen op dat tijdstip nog niet tot uitkering gekomen."* Doordat er sprake is van vorderingsrechten die reeds bestaan, is het niet meer relevant dat er sprake dient te zijn van een echtscheiding om het vorderingsrecht te doen ontstaan. Een pensioenaanspraak is een vorderingsrecht naar het oordeel van de Hoge Raad. Daar heeft de wet VPS niets aan veranderd. Die wet omschrijft een wettelijk kader en bepaalt welke rechten de dga en de partner toekomen zodra de echtscheiding aan de orde is. Staande het huwelijk is een pensioenaanspraak een vorderingsrecht aldus de Hoge Raad. Weliswaar voorwaardelijk gelet op het karakter van de overeenkomst die hieraan ten grondslag ligt, maar dat doet niets af aan het feit dat er sprake is van een op geld waardeerbaar vorderingsrecht.

Tussenconclusie

Het wettelijk kader van de Wet VPS moet zorgen voor rechtsgeelijkheid en rechtszekerheid waarbij onbillijkheden moeten worden voorkomen. Het is billijk als dat wettelijk kader doorwerkt in de verdeling van de aanspraken en de omzetting daarvan in een oudedagsverplichting tijdens het huwelijk. Dat voorkomt een verarming en een verrijking bij de omzetting en daarmee discussies of bij de omzetting sprake is van een oneerlijke verdeling. Mogelijk is er daarnaast nog een belaste schenking van toepassing, maar dat laat ik buiten beschouwing. Naar de letterlijke wettekst van art. 1:94 lid 2 letter b zou de odv niet uitgezonderd zijn van de gemeenschap van goederen. De wetsbedoeling maakt duidelijk dat de odv wel uitgezonderd dient te zijn van de gemeenschap van goederen.

Standpunt Financiën

Uit de antwoorden³ van de regering blijkt dat men aanneemt dat een oudedagsverplichting (odv) in een situatie dat er tussen de dga en de partner sprake is van een wettelijke huwelijksgoederengemeenschap, in die gemeenschap valt. Financiën, bij monde van het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen (CAP), redeneert als volgt: "Over de verknachtheid van pensioenrechten heeft de Hoge Raad in het arrest *Boon/Van Loon* aangegeven dat de aard van de pensioenrechten met zich meebrengt dat deze niet toegedeeld kunnen worden aan een ander, maar dat de verknachtheid zich niet verzet tegen een waardeverrekening ten gunste van de andere echtgenoot. Het lijkt op basis van die gedachte aannemelijk dat een oudedagsvoorziening die niet onder de Wet Verevening pensioenrechten bij scheiding valt eveneens in de gemeenschap valt en tussen partijen

verrekend wordt." Ik vermoed dat de laatste zin zo moet worden gelezen dat men bedoelt dat de waarde van een oudedagsvoorziening tussen partijen verrekend moet worden en dat de aanspraak als zodanig toebehoort aan de dga.

Naar mijn oordeel is verknachtheid niet het element dat aan de orde is. Aan die vraag komt men niet toe gelet op de aard en het doel van de uitzondering van pensioenrechten van de gemeenschap op grond van art. 1:94 lid 2 letter b BW.

Tussenconclusie

Het standpunt van het Ministerie van Financiën heeft geen oog voor de onbillijke uitkomst die er in mijn rekenvoorbeeld uit bestaat dat van de zijde van de dga aan waarde € 166.000 wordt ingebracht in een oudedagsvoorziening (odv) en dat van de zijde van de dga-partner aan waarde € 334.000 wordt ingebracht in de odv. Een odv die volgens het Ministerie van Financiën tot de gemeenschap van goederen behoort. Dat standpunt zorgt ervoor dat de dga zich met de omzetting naar een odv in ons voorbeeld met € 84.000 verrijkt en de dga-partner met € 84.000 verarmt. Compensatie wordt desalniettemin niet nodig geacht.

Zaaksvervanging

Vanuit het oogmerk van zaaksvervanging zou gesteld kunnen worden, dat het vervangen van het ene vermogensrecht door een ander vermogensrecht, pensioen door een odv, automatisch betekent dat dit recht, evenals het pensioenrecht, uitgezonderd is van de gemeenschap. De vraag is dan of dit ook uit het art. 1:94 BW volgt. De parlementaire geschiedenis van art. 1:94 BW leert dat de wetgever op advies van de Raad van State duidelijkheid diende te scheppen over de vraag van welke goederen de vruchten niet in de gemeenschap vallen. De wetgever voegde aan het art. 94 van

het voorstel van wet van 7 mei 2003⁴ een zesde lid toe dat luidt: "6. Vruchten van goederen die niet in gemeenschap vallen, vallen evenmin in de gemeenschap." Uit de nadere memorie van antwoord van de eerste kamer van 9 november 2009 blijkt de bevestiging van de doelstelling van de wetgever hiervan uit het volgende:

Men acht het maatschappelijk belang van dit wettelijke kader noodzakelijk.

"Het voorgestelde artikel 1:94 lid 4 is opgenomen omdat zonder uitdrukkelijke regel twijfel zou kunnen bestaan (en in de literatuur discussie is gevoerd) over de vraag of vruchten van onder uitsluitingsclausule verkregen goederen in de gemeenschap vallen. De regel is echter niet geschreven voor vruchten van goederen die door bijzondere verknachtheid niet of niet volledig in de gemeenschap vallen."

Op 14 december 2005 volgde uit de derde nota van wijziging een toevoeging aan dit lid: "Buiten de gemeenschap valt hetgeen wordt geïnd op een vordering die buiten de gemeenschap valt, alsmede een vordering tot vergoeding die in de plaats van een eigen goed van een echtgenoot treedt, waaronder begrepen een vordering ter zake van waardevermindering van zulk een goed." Volgens de toelichting stelt deze passage "buiten twijfel dat ook onder het nieuwe recht de thans in artikel 124 lid 3 opgenomen, algemeen ook op de wettelijke gemeenschap van goederen toepasselijk geachte, regeling van eenvoudige zaaksvervanging blijft gelden."

Tussenconclusie

Het art. 1:94 BW biedt steun aan de stellingname dat op grond van het principe van zaaksvervangende odv, die de zaak – het pensioenrecht – vervangt, evenals het pensioenrecht uitgezonderd is van de huwelijksgemeenschap. Men zou zelfs letterlijk kunnen betogen, dat de odv geïnd wordt op het pensioenrecht vanwege de kwalificatie door de Hoge Raad dat pensioen een voorwaardelijk vorderingsrecht is. Mijns inziens neigt dat te veel naar het zo gunstig mogelijk benutten van woorden. Daarom verkies ik het principe van de geest van de wet en de algemeen ook op de wettelijke gemeenschap van goederen toepasselijk geachte regeling van zaaksvervangende odv. Niet in de laatste plaats omdat de odv omwille van de fiscale zuiverheid volledig aan de dga toebehoort en de overeengekomen compensatie civielrechtelijk geduid moet worden. Zaaksvervangende odv zorgt er dan voor dat het goed dat op grond van de compensatie aan de dga-partner toekomt eveneens uitgezonderd blijft van de huwelijksgemeenschap.

Odv niet in wettelijke gemeenschap

Wat betekent het voorgaande nu bij een omzetting van pensioen in een oudedagsverplichting? Staande het huwelijk zijn pensioenaanspraken op geld waardeerbaar vorderingsrechten. De noodzaak van een wettelijk kader dat de gerechtigheid van de echtelieden tot deze aanspraken bepaalt, maakt dat mijns inziens de werking van art. 1:94 lid 2 letter b BW in samenhang met de wijze van verdeling van pensioenrechten op grond van de wet VPS doorwerkt naar een oudedagsverplichting wanneer deze in de plaats treedt van deze aanspraken. De oudedagsverplichting be-

hoort daarom en daarvoor niet tot de wettelijke gemeenschap van goederen op grond van deze bepaling en het principe van de zaaksvervangende odv, dat hierop van toepassing is verklaard. Het principe van zaaksvervangende odv maakt eveneens dat wat de dga-partner int ter compensatie van de levering van een aandeel in de odv aan de dga uitgezonderd blijft van de huwelijksgemeenschap.

Rechten van partijen

Met dit artikel beoog ik een discussie te starten om rechtszekerheid te verkrijgen omtrent de vraag of een odv in een situatie dat de echtelieden een wettelijke gemeenschap van goederen kennen juist wel of juist niet in die gemeenschap valt. Mogelijk gaat het om een minderheid van de dga's die in een wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd of geregistreerd partner zijn. Het is evenwel van belang dat zij, hun partners en bovenal hun adviseurs hier helderheid over krijgen. ■

- 1 Wet van 8 maart 2017 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten tot uitfasering van het pensioen in eigen beheer en het treffen van enkele fiscale maatregelen inzake oudedagsvoorzieningen (Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen).
- 2 Kamerstukken II 1990/91, 21893, 3.
- 3 Kamerstukken II 2016/17, 34555, 5 en Handreiking ODV aanspraken en overlijden, versie 13 oktober 2017.
- 4 Kamerstuk 28867 Wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen).