

## DGA, pensioen in eigen beheer, “verboden” alimentatie en de rekening-courant (deel 2)

EB 2018/14

**In dit tweede deel van mijn artikel over “verboden” alimentatie worden de gevolgen van betaling van “verboden” alimentatie door een DGA geanalyseerd, als vervolg op het eerste deel in EB 2018/5. Aansluitend daarop wordt binnen het geldende wettelijke kader een oplossing aangereikt, waarvoor de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen en recente jurisprudentie aanknopingspunten bieden.**

### 1. Saldo in rekening-courant als verkapte dividendopname

Indien de rekening-courantschuld van de DGA aan zijn BV oploopt door voortgezette betaling van de component van de alimentatie die uit netto-dividend moet worden voldaan, kan de situatie ontstaan dat tegenover de pensioenvoorziening geheel of gedeeltelijk een rekening-courantvordering op de DGA staat, in plaats van liquide middelen die daartegenover zouden staan indien geen “verboden” alimentatie zou behoeven te worden betaald. Deze rekening-courantschuld kan de DGA niet anders terugbetalen dan door middel van (toekomstige) inkomsten uit de BV (DGA-salaris of netto dividend), tenzij de DGA op enig moment over andere inkomstenbronnen zou komen te beschikken.

In die situatie kan de belastingdienst de rekening-courantschuld als verkapt dividend aanmerken. Dan kan een aanslag dividendbelasting worden opgelegd, met alle gevolgen van dien als de DGA deze niet kan voldoen. Dat zal het geval zijn in de situatie die in dit artikel aan de orde is. De gevolgen van het opleggen van een aanslag dividendbelasting, waarbij de rekening-courantschuld als netto dividend wordt beschouwd, zijn dat 15% belasting dient te worden betaald door de BV op grond van art. 5 van de Wet op de dividendbelasting 1965. Daarnaast dient 10% belasting te worden betaald door de DGA privé op grond van art. 2.12 Wet inkomstenbelasting 2001.

Daarnaast kan de belastingdienst op grond van de fiscale pensioenuitkeringstoets het pensioen in eigen beheer als afgekocht of genoten beschouwen, omdat er feitelijk geen activa meer tegenover staan (de rekening-courantvordering van de BV op de DGA is in de omstandigheden die in dit artikel worden verondersteld immers feitelijk waardeloos omdat de DGA niet tot terugbetaling in staat is en in de regel ook geen zekerheid zal zijn verstrekt). Hierover ontstaat in

de praktijk vaak discussie met de belastingdienst. Indien de belastingdienst het pensioen als afgekocht of genoten beschouwt, heeft dat de volgende gevolgen:

- Het opleggen van een aanslag loonbelasting aan de BV over de waarde in het economisch verkeer van het pensioen in eigen beheer in verband met het afkopen daarvan (art. 19b, lid 1 Wet op de loonbelasting 1964).
- Het opleggen van een aanslag inzake revisierente aan de DGA in privé ter grootte van 20% van de waarde in het economisch verkeer van het pensioen in eigen beheer (art. 30i, leden 1 en 2 Algemene wet inzake rijksbelastingen).
- Het opleggen van een aanslag vennootschapsbelasting aan de BV in verband met het vrijvallen van de pensioenvoorziening over de fiscale waarde van de pensioenvoorziening (art. 7, lid 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969).

Ook deze bedragen zullen in de praktijk niet door de DGA en de BV kunnen worden voldaan. Dat leidt dan tot insolventie van zowel de DGA als de BV.

#### 1.1 Kwalificatie van alimentatie uit dividend

Alimentatie die uit dividend moet worden voldaan, zie ik binnen de BV als zakelijk, omdat de BV het dividend op grond van een de facto wettelijke verplichting van de BV uitkeert, te weten: de verplichting om dividend uit te keren voor betaling van alimentatie. Weliswaar is de BV formeel geen partij bij de alimentatieprocedure, zodat de alimentatieverplichting formeel niet aan de BV wordt opgelegd, maar in het Rapport Alimentatienormen en in de rechtspraak worden de DGA en de BV feitelijk als één beschouwd omdat de DGA de zeggenschap over de BV heeft. Indien de DGA (de facto) verplicht is jegens zijn ex-partner om onttrekkingen aan de BV te doen voor betaling van alimentatie, is de keerzijde van die verbintenis dat de BV jegens de ex-partner van de DGA verplicht is de bedragen die moeten worden onttrokken aan de DGA beschikbaar te stellen (vgl. J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht*, 12<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014, nr. 299, waar wordt uiteengezet dat tegenover de passieve zijde van een verbintenis, de schuld, een actieve zijde staat, het met de schuld corresponderend vorderingsrecht). Uit de rechtspraak blijkt dat de BV de facto is gebonden aan verplichtingen van de DGA. Zie in dit verband recent *Gerechtshof's-Hertogenbosch* 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4690, waarin de BV werd geacht te zijn gebonden aan een overeenkomst tussen de DGA en diens ex-partner die voor de BV verplichtingen inhield, omdat de DGA werd geacht de BV te hebben vertegenwoordigd. Indien een BV gebonden wordt geacht aan een *overeenkomst* tussen een DGA en zijn ex-partner die verplichtingen voor de BV inhoudt, dan is een BV naar analogie ook gebonden aan een *wettelijke verplichting* voortvloeiend uit een rech-

<sup>1</sup> Mr. W.P.M. Thijssen is advocaat bij [Pensioenadvocaten.nl](http://Pensioenadvocaten.nl) te Heemstede en verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht. Met dank aan mr. drs. C.F.N.M. de Boer RA RV, vennoot bij NBC Van Roemburg & Partners Accountants | Adviseurs te Volendam.

terlijke uitspraak op de wettelijke grondslag van art. 1:157 BW tussen de DGA en zijn ex-partner, die een DGA verplicht tot dividendopnamen voor betaling van alimentatie en een BV daartegenover de facto verplicht tot uitkering van dat dividend. Immers, als de BV uitvoering van een overeenkomst waarin de BV werd geacht te zijn vertegenwoordigd niet mag weigeren (op grond van het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid), dan ontbreekt een rechtsgrond om uitvoering van een rechterlijk oordeel dat de facto verplichtingen voor de BV impliceert te weigeren omdat sprake is van analoge situaties. In de ene situatie vloeit de de facto verplichting voor de BV voort uit overeenkomst, in de andere situatie rechtstreeks uit de wet.

De consequentie is dat de belastingdienst de component van alimentatie die uit dividend moet worden voldaan, voor de BV als zakelijke verplichting zou moeten accepteren. Deze component (het bruto dividend) is dan aftrekbaar voor de vennootschapsbelasting. Ik realiseer mij dat deze zienswijze voor zover mij bekend in de praktijk niet wordt gevolgd. Dit artikel beoogt de bestaande praktijk echter ter discussie te stellen, omdat de consequentie van het niet als zakelijke last beschouwen van "verboden" alimentatie op de voet van art. 6:2, lid 2 BW voor de DGA een onaanvaardbaar rechtsgevolg is. Omdat de fiscale positie van een BV wordt bepaald door de civielrechtelijke verplichtingen van de BV, dient de belastingdienst "verboden" alimentatie óók als zakelijke last te beschouwen.

## 2. Kwalificatie van de rekening-courant lening van de BV aan de DGA voor betaling van alimentatie

Indien de BV wel de bedragen aan dividend dat materieel of formeel moet worden aangewend voor alimentatie kan financieren (het netto dividend), maar niet tevens de dividendbelasting, ontstaat eveneens de hiervoor al aangeduide situatie dat deze bedragen in de rekening-courant tussen de DGA in privé en de BV worden geboekt. Ook dit komt in de praktijk veel voor. Voor deze situatie die specifiek samenhangt met de liquiditeitstoets, geldt op overeenkomstige wijze wat geldt voor "verboden" alimentatie in het algemeen (zie hiervoor). Daarom wordt deze situatie van liquiditeitsgebrek voor betaling van de dividendbelasting over "verboden" alimentatie hierna niet apart uitgewerkt.

## 3. Status rekening-courantschuld

In de praktijk komen twee vormen van rekening-courantschulden van een DGA aan zijn BV voor:

- Zakelijke leningen (leningen verstrekt door de BV aan de DGA die ook door een derde, bijvoorbeeld een bank, zouden worden verstrekt; voorbeeld: een marktconforme financiering gedekt door zekerheid).
- Niet zakelijke leningen (leningen verstrekt door de BV aan de DGA die geen zakelijk motief hebben; voorbeeld: een lening aan de DGA voor consumptieve doeleinden waarvoor geen zekerheid is gesteld).

De fiscale behandeling van deze leningen is (mede volgens de rechtspraak) als volgt:

- Indien een zakelijke lening niet blijkt te kunnen worden afgelost, kan de BV het uitgeleende bedrag afboeken en als verlies ten laste van de vennootschapsbelasting brengen (gevolgen voor de fiscale balans: de activa (specifiek: de vorderingen) en aan passiefzijde de vrij opneembare reserves nemen met een gelijk bedrag af; gevolgen voor de fiscale winst- en verliesrekening: het verlies komt ten laste van de winst en leidt daarom tot lagere vennootschapsbelasting).
- Indien een niet zakelijke lening niet blijkt te kunnen worden afgelost, mag de BV deze op de fiscale balans niet afboeken (geen gevolg voor de fiscale balans: er blijft een waardeloos geworden activum staan tegenover de passiva; geen gevolgen voor de winst- en verliesrekening; het niet aftrekbaar bedrag verhoogt wel de fiscale verkrijgingsprijs van de aandelen).

Indien in de laatste situatie het activum diende ter dekking van de pensioenvoorziening in eigen beheer, kan het pensioen door de belastingdienst als afgekocht of genoten worden beschouwd. Dat geldt temeer als de BV de lening op de fiscale balans zou afboeken. Dat vormt een groot risico voor de DGA. Indien de belastingdienst het pensioen in deze situatie niet als afgekocht of genoten zou beschouwen, ontspringt de DGA de dans. Het pensioen in eigen beheer zal in die situatie echter te zijner tijd in de praktijk niet voor verwezenlijking vatbaar blijken te zijn (de BV zal feitelijk niet in staat zijn pensioen aan de DGA uit te keren), zodat geen recht is gedaan aan de knellende positie van de DGA. Terzijde merk ik op dat ik ook het niet voor verwezenlijking vatbaar blijken te zijn van het pensioen in eigen beheer als gevolg van "verboden" alimentatie (omdat de activa ter dekking van het pensioen moeten worden aangewend voor betaling van alimentatie) beschouw als een onaanvaardbaar rechtsgevolg van de alimentatiebeschikking die tot betaling van "verboden" alimentatie verplicht, waardoor ook in dit opzicht de in het eerste deel van dit artikel behandelde rechtsmiddelen tegen de beschikking openstaan.

Binnen dit algemene kader moet worden beoordeeld hoe een rekening-courantschuld moet worden behandeld die is ontstaan door het opnemen van liquiditeit uit de BV voor betaling van alimentatie die uit dividend moest worden betaald, terwijl dividendopnamen verboden waren vanwege de pensioenuitkeringstoets (de solvabiliteitstoets) en/of de dividendbelasting niet kon worden gefinancierd en betaald (de liquiditeitstoets). In de praktijk zal het vaak zo zijn dat dividendopnamen verboden zijn vanwege de solvabiliteitstoets, zodat slechts de alimentatiecomponent in rekening-courant wordt geboekt (omdat geen dividend mag worden opgenomen, wordt niet toegekomen aan het vraagstuk rond financiering van de dividendbelasting).

In lijn met het hiervoor gestelde, zie ik de lening van de BV aan de DGA voor betaling van een component van alimentatie die uit dividend diende te worden voldaan terwijl divi-

dendopnamen verboden waren als zakelijk, eenvoudigweg omdat de DGA de facto wettelijk verplicht is tot het doen van de opnamen in rekening-courant en de BV de facto aan die wettelijke verplichting is gebonden. Het mogelijke (zeer waarschijnlijke) feit dat een bank de lening niet aan de DGA in privé zou hebben verstrekt, waardoor de lening niet zakelijk is, maakt niet dat de BV kan weigeren de voor betaling van alimentatie benodigde middelen beschikbaar te stellen, omdat de rechter de verplichting om de onttrekkingen door de DGA te dulden en de benodigde middelen beschikbaar te stellen nu eenmaal de facto aan de BV heeft opgelegd, ondanks het feit dat dividendopnamen verboden zijn. De DGA doet de opnamen niet voor persoonlijk voordeel, maar uitsluitend om aan een wettelijke verplichting die de facto aan de BV is opgelegd op de voet van art. 1:157 BW jegens een derde (de ex-partner van de DGA) te voldoen. Zoals hiervoor al bleek aan de hand van Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4690, is weliswaar formeel uitsluitend de DGA verplicht tot betaling van alimentatie, maar wordt hij wettelijk verplicht zijn BV daarvoor dividend te laten uitkeren, terwijl dat verboden is. Het gevolg is dat deze verplichting zich "vertaalt" in opnamen in rekening-courant ter grootte van het netto dividend benodigd om de alimentatiecomponent te voldoen die uit verboden dividend moet worden voldaan. De consequentie is dan dat de DGA de jaarlijkse opnamen in rekening-courant binnen de BV als zakelijke last kan verwerken. De schuld van de DGA aan de BV in de vorm van de in rekening-courant opgenomen bedragen mag dan door de BV worden afgeboekt. Deze afboekingen zijn dan aftrekbaar voor de vennootschapsbelasting.

Ik realiseer mij dat deze opvatting haaks staat op de opvattingen die leven bij de belastingdienst, bij de wereld van belastingadvies en bij accountants. Daar is men er echter naar ik vermoed niet of onvoldoende van doordrongen dat een BV de facto met verplichtingen uit hoofde van art. 1:157 BW kan worden geconfronteerd, te weten de materiële of formele verplichting om dividend uit te keren voor betaling van alimentatie. De afweging van de DGA om de BV te laten voldoen aan de de facto door de alimentatierechter aan de BV opgelegde verplichting om de rekening-courantopnamen te doen (omdat dividendopnamen onmogelijk zijn), is in mijn visie ook vanuit de BV bezien een zakelijke afweging. Indien de DGA de opnamen niet zou doen, betekent dat insolventie van de DGA in de privésfeer, mogelijk gevolgd door faillissement op verzoek van zijn ex-partner, met als voor de hand liggend gevolg dat de continuïteit van de BV in gevaar kan komen. Dat geldt zeker in de situatie waarin de inkomsten van de BV geheel of hoofdzakelijk door persoonlijke arbeid van de DGA worden gegenereerd. Daar staat tegenover dat de continuïteit van de BV ook in gevaar komt door het als maar oplopen van de rekening-courantschuld. Dat kan uitsluitend worden voorkomen door de alimentatieverplichting aan te vechten. Dat is mogelijk op de voet van art. 1:401, lid 4 BW omdat een alimentatiebeschikking die verplicht tot betaling van "verboden" alimentatie vanaf aanvang niet aan de wettelijke maatstaven heeft beantwoord omdat de rech-

ter van het onjuiste gegeven uitging dat dividendopnamen mogelijk zouden zijn. Een geheel nieuwe visie (die ik hier niet verder uitwerk) zou zijn dat de BV als wederpartij van de ex-partner van de DGA gaat optreden (eventueel naast de DGA). Mij is geen rechtspraak bekend waarin op deze wijze in alimentatiezaken is geprocedeerd.

In de praktijk pleegt de opvatting te worden gevolgd dat de rekening-courantschuld gevormd voor het voldoen aan een alimentatieverplichting een niet zakelijke lening is, omdat alimentatie een privéverplichting zou betreffen. De consequentie is dat de rekening-courantschuld volledig uit toekomstig inkomen uit de BV moet worden afgelost (in de praktijk vaak na afloop van de alimentatieverplichting). Ik heb hiervoor verduidelijkt waarom de opvatting dat het om een niet zakelijke lening gaat in mijn visie niet juist is voor zover alimentatie materieel of formeel uit verboden dividend moet worden betaald.

#### 4. **Consequenties en oplossingsrichtingen binnen de heersende leer**

In deze paragraaf wordt ingegaan op de "verboden" alimentatie die verplicht is betaald uit opnamen in rekening-courant met de BV (niet zakelijk) en de in dit artikel verdedigde visie van "verboden" alimentatie die verplicht is betaald uit opnamen in rekening-courant met de BV (zakelijk).

Een DGA die is gedwongen rekening-courantopnamen te doen voor betaling van materieel of formeel verboden alimentatie, zal zichzelf privé van deze rekening-courantschuld willen bevrijden en zal als bestuurder van zijn BV zijn BV van de (feitelijk waardeloze) vordering willen bevrijden.

Uitgangspunt in dit artikel is dat de DGA privé niet over de middelen beschikt om de rekening-courantlening die werd verstrekt door de BV voor betaling van alimentatie die materieel of formeel uit verboden dividend moest worden betaald af te lossen. Als dat anders zou zijn, zou de DGA de alimentatie immers uit privé middelen hebben kunnen betalen en zou de problematiek die in dit artikel aan de orde is niet spelen. Uitgangspunt in dit artikel is daarnaast dat de DGA uitsluitend inkomen uit zijn BV kan genereren door het opnemen van salaris of dividend.

De heersende leer is dat sprake is van een niet zakelijke lening indien "verboden" alimentatie wordt gefinancierd door opnamen in rekening-courant te doen. De heersende leer volgend, dient de BV ter aflossing van de lening alsnog extra salaris of dividend uit te keren. Het netto salaris of het netto dividend strekt dan tot aflossing van de rekening-courantschuld (dat vereist geen liquiditeit). De loonbelasting of de dividendbelasting dient aan de BV te worden onttrokken. Het risico dat het pensioen in eigen beheer van de DGA in deze leer als afgekocht of genoten zal worden beschouwd blijft bestaan. Indien dit risico zich niet verwezenlijkt, wordt het pensioen in eigen beheer feitelijk illusoir (niet voor verwezenlijking vatbaar), tenzij de DGA na aflossing

van de rekening-courantschuld nog voldoende "duration" heeft om uit toekomstige winst (opnieuw) dekking voor het pensioen in eigen beheer te genereren. Terzijde merk ik op dat na ingang van het pensioen opnieuw geschillen met de ex-partner kunnen ontstaan, indien de ex-partner recht heeft op pensioenverevning. Indien een zelfstandig recht op uitbetaling uit hoofde van pensioenverevning jegens de BV bestaat, zal de BV mogelijk niet aan de verplichtingen uit hoofde van pensioenverevning kunnen voldoen. Indien geen zelfstandig recht op uitbetaling uit hoofde van pensioenverevning jegens de BV bestaat (omdat het wettelijk mededelingsformulier niet of niet tijdig aan de BV is toegestuurd), zal de DGA in privé mogelijk niet aan de verplichtingen uit hoofde van pensioenverevning kunnen voldoen.

Hiervoor is de visie bepleit dat sprake is van een zakelijke lening indien "verboden" alimentatie wordt gefinancierd door opnamen in rekening-courant te doen. Die visie volgend, heeft de BV de bevoegdheid om de rekening-courantschuld op zakelijke grond af te boeken, omdat deze niet inbaar is (anders dan door betaling door de BV zelf, wat de facto niet tot inning leidt maar de BV juist in een nog slechtere financiële positie brengt). Deze visie volgend is de BV bevoegd het verlies af te trekken voor de vennootschapsbelasting. Dan neemt de balanspositie weliswaar af (aan actiefzijde neemt de vordering op de DGA af, aan passiefzijde het eigen vermogen), maar daar staat sanering van de waardeloze vordering op de balans tegenover. De balans geeft dan weer een getrouw(er) beeld van de werkelijke financiële positie van de BV. De liquiditeitspositie van de BV wordt versterkt vanwege teruggaaf van de feitelijk ten onrechte betaalde vennootschapsbelasting over de bedragen die via de rekening-courant zijn onttrokken voor betaling van alimentatie die materieel of formeel wettelijk verplicht door de BV diende te worden voldaan. In mijn visie dient de belastingdienst deze aftrek te accepteren. Afhankelijk van de duration van de DGA is de kans dan groter dat het pensioen in eigen beheer uiteindelijk voor verwezenlijking vatbaar zal blijken te zijn. Zolang die kans reëel is, zou de belastingdienst het pensioen in eigen beheer niet als afgekocht of genoten moeten beschouwen. De DGA heeft het pensioen of de afkopsom immers niet genoten daar de gelden (weliswaar formeel juridisch via zijn privévermogen) aan een derde (de ex-partner) zijn toegekomen op grond van een wettelijke verplichting die de facto werd opgelegd aan de BV. De DGA heeft over deze gelden die zijn privévermogen passeerden de facto geen beschikkingsvrijheid gehad. In feite betreft de in deze alinea voorgestelde oplossing voor het saneren van de rekening-courantschuld die is ontstaan als gevolg van de verplichting om onttrekkingen aan de BV te doen voor betaling van alimentatie correctie van de in het verleden in die visie ten onrechte niet ten laste van de winst geboekte alimentatielasten. Immers, in de in dit artikel bepleite visie kan materieel of formeel "verboden" alimentatie in het jaar van betaling ten laste van de winst worden geboekt (zodat deze volledig via de winst- en verliesrekening loopt, zonder de balanspositie te beïnvloeden). De regeling is dan de pendand van de in dit artikel bepleite visie dat alimentatie die

uit dividend moet worden betaald terwijl dat "verboden" is (op grond van de solvabiliteitstoets) en/of niet daadwerkelijk kan worden opgenomen (op grond van de liquiditeitsstoets), eveneens voor de BV aftrekbaar is.

Een denkbare tussenoplossing zou kunnen zijn dat de belastingdienst het afboeken van de rekening-courantschuld op de in de vorige alinea beschreven wijze toestaat, indien en voor zover de BV tegenover de pensioenvoorziening reële activa (in plaats van illusoire activa bestaande uit een oninbare rekening-courantvordering op de DGA) aanhoudt. Dit vergt dat de BV overtollige liquiditeit uit gerealiseerde winst als belegging aanhoudt. In die tussenoplossing neemt het balanstotaal niet af zoals in de vorige alinea doordat de rekening-courantvordering wordt afgeboekt, waar dan een gelijke afname van het eigen vermogen tegenover staat. In deze tussenoplossing neemt de rekening-courantvordering af door afboeking, maar nemen de activa (in de vorm van liquide vermogen of beleggingen) met een gelijk bedrag toe. Het balanstotaal blijft in stand, maar de irreële activa (de vordering op de DGA die uitsluitend door opnamen uit de BV zou kunnen worden geïnd) maken plaats voor reële activa. Uitsluitend de actiefzijde van de balans wijzigt in deze variant. Deze tussenoplossing komt feitelijk neer op het uitvoeren van een pensioenuitkeringstoets in het kader van een liquiditeitsanalyse (blokkering van liquiditeit gerealiseerd uit de winst totdat tegenover het pensioen in eigen beheer gewaardeerd op de waarde in het economisch verkeer reële activa staan). Bij deze tussenoplossing heeft de DGA zelf ook belang, omdat zijn pensioen in eigen beheer dan vorderbaar en inbaar wordt. Deze tussenvariant zou overigens pas kunnen worden toegepast wanneer de DGA van de verplichting tot betaling van "verboden" alimentatie is bevrijd (doordat de alimentatieverplichting is afgelopen of door een nieuwe alimentatiebeschikking is gewijzigd). Immers, indien en zover de BV over overtollige liquiditeit beschikt, zou dividend voor het betalen van alimentatie kunnen worden opgenomen.

## 5. De Wet uitfasering pensioen in eigen beheer

De Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen (Wet van 8 maart 2017, *Stb.* 2017, 115) verplicht de DGA zijn pensioenopbouw in eigen beheer uiterlijk vanaf 1 juli 2017 te staken. De DGA kan het opgebouwde pensioen in eigen beheer laten staan. De pensioenuitkeringstoets en daarmee de dividendklem blijven dan bestaan. Het opgebouwde pensioen kan de DGA in plaats daarvan tegen een gunstig tarief afkopen in 2017, 2018 of 2019 (het tarief neemt elk jaar toe). Een alternatief is om het pensioen in eigen beheer om te zetten in een oudedagsvoorziening (ODV). Dat betekent dat het pensioen in eigen beheer wordt afgewaardeerd tot de fiscale waarde. De uitkeringen nemen af tot de bedragen die te zijner tijd uit de (verplicht op te renten) ODV kunnen worden voldaan. Van een verschil tussen marktwaarde, waarde in het economisch verkeer en fiscale waarde is dan geen sprake meer. Voordeel van beide alternatieven ten opzichte van handhaving van het pensioen in eigen beheer

is, dat de pensioenuitkeringstoets niet meer hoeft te worden toegepast voor de beoordeling of dividend kan worden opgenomen (de dividendklem veroorzaakt door het pensioen in eigen beheer vervalt vanzelfsprekend na afkoop van het pensioen in eigen beheer, maar ook na omzetting in een ODV).

Een DGA die met de problematiek kampt die het onderwerp is van dit artikel, zal in de praktijk niet in staat zijn tot afkoop van zijn pensioen in eigen beheer tegen betaling van belasting over de afkoopwaarde volgens het gunstige tarief van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer omdat de middelen daarvoor ontbreken. Hij kan wel kiezen voor omzetting van het pensioen in eigen beheer in een ODV. Die omzetting verloopt immers fiscaal neutraal en vergt geen liquiditeit. Hierna abstraheer ik van de problematiek rond de vereiste toestemming van de ex-partner, indien deze rechten heeft op het pensioen in eigen beheer (recht op pensioenverevening en/of bijzonder partnerpensioen).

Indien de DGA kiest voor omzetting van zijn pensioen in eigen beheer in een ODV, kunnen de door mij voorgestane leer en de tussenoplossing worden gecombineerd. De rekening-courantschuld van de DGA aan de BV kan dan voor het bedrag van de vrijval (het verschil tussen de pensioenvoorziening gewaardeerd op de waarde in het economisch verkeer en de waarde van de ODV) worden afgeboekt (en als verlies ten laste van de vennootschapsbelasting worden gebracht). De tussenoplossing kan voor het liquide maken van de ODV worden gevolgd (geleidelijk verder kwijtschelden en afboeken van de rekening-courantschuld tegen aftrek in de vennootschapsbelasting steeds indien en voor zover de BV reële activa aanhoudt tegenover de ODV). Sanering van de BV verloopt dan sneller.

## 6. "Verboden" alimentatie eigendomsontneming in de zin van het eigendomsprotocol bij het EVRM en/of het Handvest Grondrechten EU

Op grond van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM heeft eenieder het recht op het ongestoorde genot van zijn eigendom. De Staat heeft niet het recht om eigendom te ontnemen, tenzij eigendomsontneming het algemeen belang dient en de eigendomsontneming in de wet is voorzien of berust op algemene beginselen van internationaal recht. Een soortgelijke bepaling is opgenomen in art. 17 Handvest Grondrechten EU. In die bepaling is opgenomen dat indien de Staat desondanks tot eigendomsontneming overgaat, het verlies op billijke wijze door de Staat dient te worden vergoed.

In het licht van deze regeling zou kunnen worden geredeneerd dat de "verboden" alimentatie die het onderwerp van dit stuk is, als een eigendomsontneming geldt die niet het algemeen belang dient. Hoewel de "verboden" alimentatie op art. 1:157 BW berust en het financieel belang van de alimentatiegerechtigde dient, zou kunnen worden geredeneerd dat niet geldt dat met "verboden" alimentatie het

algemeen belang in die zin is gediend, dat art. 2:216 BW volledig terzijde zou moeten worden geschoven.

In EHRM 13 december 2016, zaaknummer 53080/13, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD005308013, werd geoordeeld dat een ontneming van een pensioen in beginsel tot eigendomsontneming in de zin van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM leidt, maar een redelijke verlaging van een pensioen of een daaraan gekoppeld recht in beginsel niet. Tevens werd in die uitspraak geoordeeld dat in het kader van de redelijkheidstoets niet kan worden volstaan met uitsluitend toetsing van de reductie van het pensioen, maar dat alle omstandigheden van het individuele geval in aanmerking moeten worden genomen (ook de individuele omstandigheden waarin de belanghebbende verkeert). In het licht van deze uitspraak zou kunnen worden gesteld dat het de facto vervallen van pensioen in eigen beheer als gevolg van het opleggen van "verboden" alimentatie eveneens als een onrechtmatige eigendomsontneming door de Staat dient te worden gekwalificeerd. Vergelijk ook Rechtbank Overijssel 8 augustus 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3161 waarin de uitspraak van het EHRM zijn neerslag vond voor de Nederlandse situatie (het betrof de verhoging van de AOW-leeftijd).

Voor zover mij bekend ontbreekt rechtspraak van het EHRM op het punt van de in dit artikel bedoelde "verboden" alimentatie. Indien in hoogste instantie het EHRM zou oordelen dat de "verboden" alimentatie een onrechtmatige eigendomsontneming door de Staat inhoudt (*hetzij* vanwege schending door de Staat van art. 2:216 BW; *hetzij* vanwege het de facto in strijd met de hiervoor behandelde fiscale wetgeving dwingen van de BV tot afkoop van pensioen in eigen beheer aan de DGA voor betaling van alimentatie, *hetzij* vanwege het feitelijk oordeel dat "verboden" alimentatie voor de DGA tot "onaanvaardbare" eigendomsontneming leidt), zou op grond van art. 17 Handvest Grondrechten EU kunnen worden gesteld dat de Staat de alimentatieplichtige (de DGA) of diens BV zou moeten compenseren. De Staat zou de "verboden" alimentatie dan aan de BV moeten vergoeden. Hoe op redelijke wijze binnen de grenzen van de huidige Nederlandse wetgeving (zonder wetswijziging) tot gedeeltelijke compensatie zou kunnen worden gekomen, is hiervoor uiteengezet.

Het Gerechtshof Amsterdam heeft op 16 januari 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:83) geoordeeld dat het structureel heffen van belasting over fictief inkomen tot een onrechtmatige eigendomsontneming door de Staat kan leiden onder de hiervoor aangeduide regelingen (zie met name overweging 4.4.9 van het arrest). Het ging om de vermogensrendementsheffing die kan leiden tot belastingheffing over fictief (feitelijk niet gerealiseerd) beleggingsrendement over vermogen. Deze uitspraak vormt een indicatie dat het structureel heffen van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting over "verboden" alimentatie een onrechtmatige eigendomsontneming door de Staat inhoudt. Dat zou betekenen dat de BV de rekening-courantschuld, ontstaan als gevolg van het beschikbaar stellen door de BV van de be-

dragen benodigd voor betaling van "verboden" alimentatie, in elk geval aan de DGA mag kwijtschelden. De DGA hoeft de rekening-courantschuld niet meer uit privémiddelen af te lossen. Het betekent niet dat de "verboden" alimentatie in de BV ten laste van de winst kan worden gebracht, zoals in dit artikel bepleit.

## 7. Conclusies

In dit artikel heb ik een actuele problematiek aan de orde gesteld waar hoogstwaarschijnlijk veel alimentatieplichtige DGA's mee worstelen. De financiële schade die door het opleggen van "verboden" alimentatie bij DGA's is ontstaan, is waarschijnlijk groot.

In dit artikel is binnen het kader van de geldende wetgeving een oplossing voorgesteld die de problematiek verzacht. Deze oplossing houdt in dat de belastingdienst:

- Aftrek ten laste van de winst als zakelijke last op de voet van art. 3.25 Wet op de inkomstenbelasting 2001 voor de vennootschapsbelasting zou moeten toestaan van het bruto dividend dat een BV moet uitkeren om de DGA in staat te stellen aan zijn alimentatieverplichtingen te voldoen (grond voor de aftrek is dat de BV hiermee aan een de facto wettelijke verplichting voortvloeiend uit art. 1:157 BW voldoet; deze situatie doet zich voor bij *formeel* "verboden" alimentatie).
- Aftrek ten laste van de winst als zakelijke last op de voet van art. 3.25 Wet op de inkomstenbelasting 2001 voor de vennootschapsbelasting zou moeten toestaan van bedragen die de DGA feitelijk uit zijn BV moet opnemen voor het voldoen van "verboden" alimentatie (deze situatie doet zich voor bij *materieel* "verboden" alimentatie).
- Afboeking van rekening-courantschulden ontstaan als gevolg van de wettelijke verplichting tot betaling van "verboden" alimentatie uit de BV zou moeten toestaan, wat betekent dat de afgeboekte bedragen als verlies ten laste van de vennootschapsbelasting mogen worden gebracht, althans indien en voor zover de afboeking wordt gecompenseerd door het aanhouden van liquide middelen tegenover de pensioenvoorziening of na uitfasering van het pensioen in eigen beheer tegenover de ODV (de tussenoplossing).

Het laatste vormt feitelijk overgangsrecht voor de situatie waarin van de door mij verdedigde aftrek geen gebruik is gemaakt of deze werd geweigerd en de "verboden" alimentatie daarom in rekening-courant werd geboekt. Of de DGA naast afboeking van de rekening-courantschuld ontstaan door betaling van "verboden" alimentatie ook tot kwijtschelding overgaat, staat aan de DGA ter vrije beoordeling (het is een privaatrechtelijke kwestie die uitsluitend relevant is voor het opstellen van een commerciële jaarrekening, indien deze zou worden opgesteld). Er valt vanuit het voorzichtigheidsbeginsel dat ten grondslag ligt aan art. 2:362, lid 1 BW wel wat voor te zeggen om tot kwijtschelding over te gaan, indien sprake is van een waardeloze vor-

dering. Een tussenoplossing is dat een voorziening op de balans wordt opgenomen.

De alimentatierechter dient de civielrechtelijke pensioenuitkeringstoets correct uit te voeren in het kader van vaststelling van alimentatie die materieel of formeel uit dividend zou moeten worden betaald, om voor nieuwe situaties de geschetste schade te voorkomen. In de situaties waarin pensioen in eigen beheer zal zijn uitgefaseerd naar een ODV, maakt deze toets plaats voor een analoge "ODV-uitkeringstoets". Indien en voor zover alimentatie materieel of formeel uit dividendopnamen zou moeten worden betaald, zou de alimentatierechter in de beschikking uitdrukkelijk moeten aangeven welk bedrag de DGA netto aan zijn BV dient te onttrekken, zodat jegens de belastingdienst vastligt om welk bedrag het gaat. Beschikkingen die op het punt van toepassing van de pensioenuitkeringstoets of de "ODV-uitkeringstoets" niet of niet correct zijn gemotiveerd, zouden voor cassatie vatbaar moeten zijn op grond van het feit dat deze schending van de verplichting tot ambtshalve aanvulling van de gronden van het gevoerde verweer en/of schending van art. 2:216 BW impliceren). De Rechtbank Den Haag en de Rechtbank Midden-Nederland gaven op het punt van toepassing van de pensioenuitkeringstoets een goed voorbeeld. Maar die ene zwaluw maakt nog lang geen zomer.