

# DGA, pensioen in eigen beheer, “verboden” alimentatie en de rekening-courant (deel 1)

EB 2018/5

Dit artikel betreft de knellende positie van de directeur groot-aandeelhouder (DGA) die door de rechter wordt veroordeeld tot betaling van alimentatie die niet of niet volledig uit het DGA-salaris, uit andere privé-inkomsten of uit privévermogen van de DGA kan worden betaald, terwijl het wettelijk niet is toegestaan om het DGA-salaris te verhogen of om dividend uit de BV op te nemen. Omdat betaling van deze alimentatie uit verhoging van het DGA-salaris of dividend dan wettelijk verboden is, maar de alimentatie toch moet worden betaald, leidt dit in de praktijk tot boeking van de alimentatie in de rekening-courant tussen de DGA en de BV. In het eerste gedeelte van dit artikel wordt de problematiek rond “verboden” alimentatie geanalyseerd. In het tweede gedeelte van dit artikel worden de gevolgen voor de DGA van de praktijk rond “verboden” alimentatie geanalyseerd en wordt binnen het geldende wettelijke kader een oplossing aangereikt, waarvoor de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en recente jurisprudentie aanknopingspunten bieden.

## 1. Probleemstelling

De probleemstelling van dit artikel behelst de situatie dat (een gedeelte van) door een DGA verschuldigde alimentatie moet worden betaald uit financiële middelen die de BV de facto beschikbaar moet stellen. Verondersteld wordt *enerzijds* dat het DGA-salaris niet kan worden verhoogd zonder de situatie te laten ontstaan dat het salaris vanuit fiscaal oogpunt onzakelijk zou worden (niet vastgesteld conform het “goed koopmansgebruik” van art. 3.25 Wet Inkomstenbelasting 2001 en daarom voor het onzakelijke gedeelte fiscaal niet aftrekbaar binnen de BV). Verondersteld wordt *anderzijds* dat dividendopnamen verboden zijn op grond van art. 2:216 BW. Dat artikel schrijft in de vanaf 1 oktober 2012 geldende tekst voor dat een DGA slechts dividend uit zijn BV mag opnemen indien de solvabiliteitspositie van de BV dat toelaat (art. 2:216 lid 1 BW). Dat is het geval als de BV over vrij opneembaar eigen vermogen beschikt, ook wel vrije of extra reserve genoemd. Het verband met pensioenen is dat in het kader van de solvabiliteitstoets een pensioenvoorziening gevormd ter dekking van pensioen in eigen beheer niet op fiscale waarde, maar op marktwaarde in aanmerking moet worden genomen. De draagkracht voor betaling van alimentatie door een DGA wordt in de praktijk

veelal op basis van het DGA-salaris en de dividendcapaciteit van de BV beoordeeld. De dividendcapaciteit wordt in het algemeen uitgaande van de fiscale balans vastgesteld. Om de dividendcapaciteit van de BV correct te kunnen bepalen, dient het pensioen in eigen beheer in plaats van op fiscale waarde vanuit *civilrechtelijke* optiek op marktwaarde te worden gewaardeerd en vanuit *fiscaalrechtelijke* optiek op de waarde in het economisch verkeer. Deze waarden plegen door de lage rentestand veelal zeer veel hoger te zijn dan de fiscale waarde. Het verschil komt ten laste van het eigen vermogen. De praktijk hanteert voor deze toets bij pensioen in eigen beheer de term pensioenuitkeringstoets. Deze pensioenuitkeringstoets betekent dat de dividendcapaciteit (veel) minder zal bedragen dan beoordeeld volgens de fiscale balans. Omdat alimentatie civilrechtelijk van aard is, dient de alimentatierechter de civilrechtelijke pensioenuitkeringstoets uit te voeren. Alimentatierechters laten deze toets in de praktijk echter in veel gevallen ten onrechte achterwege. Art. 2:216 lid 2 BW schrijft daarnaast voor dat slechts dividend mag worden opgenomen indien de liquiditeitspositie van de BV dat toelaat. Getoetst moet worden of de BV na de dividendopname (het bruto dividend) de opeisbare schulden kan blijven betalen. Deze toets wordt met de term liquiditeitstoets aangeduid. De toets dient te worden uitgevoerd op basis van een cash flow prognose. Ook de liquiditeitstoets wordt door alimentatierechters vaak niet uitgevoerd. Tevens wordt verondersteld dat de DGA de alimentatie niet uit andere privé-inkomsten (bijvoorbeeld ander salaris dan zijn DGA-salaris) of uit privévermogen (bijvoorbeeld door een lening te sluiten) kan betalen.

Indien een DGA op basis van een alimentatiebeschikking wordt veroordeeld tot betaling van alimentatie die niet uit (verhoging van) het DGA-salaris of uit dividend of privé door de DGA kan worden gefinancierd, ontstaat de in de inleiding op dit artikel bedoelde knellende positie voor de DGA. De enig denkbare “oplossing” is dan om de alimentatie te betalen door het vormen en laten oplopen van een rekening-courantschuld aan de BV. In dit artikel wordt een oplossing voor de problematiek die daardoor ontstaat aangereikt, die zoveel als mogelijk binnen de geldende wettelijke kaders recht doet aan de knellende positie waarin de DGA verkeert die “verboden” alimentatie moet betalen. De Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen (Wet van 8 maart 2017, *Stb.* 2017, 115) en recente jurisprudentie (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4690) bieden een oplossing. Het begrip alimentatie is hierna beperkt tot partneralimentatie. Onder het begrip huwelijk wordt tevens het geregistreerd partnerschap verstaan.

Onlangs behandelde D.W. Bakker, ‘Uitfasering DGA-pensioen eigen beheer kan niet om de partner heen’, *EB* 2017/13

<sup>1</sup> Mr. W.P.M. Thijssen is advocaat bij 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.



de mogelijke keuzes voor een DGA onder de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer, in het bijzonder in verband met de positie en de rol van de partner. A.N. Labohm, 'Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en het huwelijk van de directeur-groootaandeelhouder nader beschouwd', *EB* 2017/51, behandelde met name het compensatievraagstuk dat speelt indien bij uitfasering van pensioen in eigen beheer het (mogelijke) recht op pensioenverevening en bijzonder partnerpensioen voor de (toekomstige) ex-partner vervallen. Dit artikel behandelt een geheel andere problematiek, zoals aangegeven de problematiek rond de verplichting voor de DGA om alimentatie uit dividend te betalen, terwijl het opnemen van dividend verboden is. De door Bakker en Labohm behandelde problematiek komt om de hoek kijken waar in dit artikel op de mogelijkheden rond uitfaseren van pensioen in eigen beheer wordt ingegaan.

## 2. Wettelijk kader voor vaststelling van door een DGA te betalen alimentatie

De wettelijke grondslag voor betaling van alimentatie is art. 1:157 BW. Dit artikel geeft de rechter wat de vaststelling van de hoogte en de duur van alimentatie betreft grote vrijheid. Slechts de duur van alimentatie is op grond van art. 1:157 lid 3 BW aan een maximum van 12 jaar gebonden (bij relatief korte huwelijken waaruit geen kinderen zijn geboren geldt een kortere maximumtermijn; art. 1:157 lid 6 BW). De rechterlijke macht stelt jaarlijks normen vast voor de vaststelling van alimentatie met als doel daarin enige rechtseenheid, en daarmee rechtszekerheid, te bewerkstelligen. De normen worden vastgelegd in het Rapport Alimentatienormen (te vinden op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)).

### 2.1 Materieel "verboden" alimentatie

Alimentatie wordt vastgesteld op basis van de (fictieve) financiële draagkracht van de alimentatieplichtige en de (fictieve) financiële behoefte van de alimentatiegerechtigde. Voor het vaststellen van die behoefte is de welstand van partijen ten tijde van het huwelijk de maatstaf. Deze maatstaf is onder meer tot uitdrukking gebracht in HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1336 dat in dit opzicht als een standaardarrest kan worden beschouwd.

Indien en voor zover de alimentatiegerechtigde wordt geacht niet zelfstandig in de (fictieve) financiële behoefte te kunnen voorzien, dient de alimentatieplichtige alimentatie te betalen voor zover de (fictieve) draagkracht van de alimentatieplichtige dat toestaat. De draagkracht wordt vastgesteld aan de hand van het (fictieve) inkomen van de alimentatieplichtige, waarbij rekening kan (maar niet hoeft te) worden gehouden met de vaste lasten van de alimentatieplichtige. De rechter beoordeelt de "redelijkheid" van de opgevoerde vaste lasten. Indien en voor zover vaste lasten niet "redelijk" worden bevonden, kunnen deze buiten beschouwing worden gelaten. De draagkracht wordt dan op basis van fictieve uitgangspunten vastgesteld. Deze fictieve vaststelling van de draagkracht kan er toe leiden dat een alimentatieplichtige de opgelegde alimentatie niet uit zijn

inkomen en/of privévermogen kan betalen. Voor de DGA is in die situatie de enige oplossing dat de BV de financiële middelen beschikbaar stelt die nodig zijn om het tekort aan te vullen. Als dat niet mogelijk is door verhoging van het DGA-salaris en/of het opnemen van dividend, is sprake van materieel "verboden" alimentatie: de rechter heeft de alimentatie niet formeel (uitdrukkelijk) vastgesteld met het in aanmerking nemen van de veronderstelde mogelijkheid om dividend op te nemen, maar heeft de alimentatie materieel op een zodanig niveau vastgesteld, dat deze feitelijk uit dividend zou moeten worden gefinancierd. Ik merk terzijde op dat voor een alimentatieplichtige die geen DGA is de problematiek in die situatie nog knellender zal zijn, omdat die alimentatieplichtige onmiddellijk insolvent zal zijn.

### 2.2 Formeel "verboden" alimentatie

Behalve dat bij de vaststelling van de draagkracht van een alimentatieplichtige ficties kunnen worden gehanteerd, hoeft voor de bepaling van de draagkracht van een alimentatieplichtige DGA niet uitsluitend met het DGA-salaris rekening te worden gehouden, maar kan daarnaast ook uitdrukkelijk met de mogelijkheid van dividendopnamen rekening worden gehouden (punt 65 op p. 33 van het Rapport Alimentatienormen 2017, zie bijvoorbeeld ook HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1335 waarin de Hoge Raad dit uitdrukkelijk tot uitdrukking bracht). In de situatie waarin uitdrukkelijk met de veronderstelde mogelijkheid tot het opnemen van dividend rekening wordt gehouden bij het vaststellen van de draagkracht, terwijl het opnemen van dividend op grond van art. 2:216 BW niet is toegestaan, is sprake van formeel "verboden" alimentatie: op grond van art. 1:157 BW wordt de DGA uitdrukkelijk verondersteld om dividend op te nemen voor het betalen van alimentatie, terwijl het opnemen van dividend op grond van art. 2:216 BW verboden is.

### 2.3 "Verboden" alimentatie/Nadere toelichting

Alimentatiebeschikkingen die op deze wijze aansturen op betaling van alimentatie uit verboden dividendopnamen komen in de praktijk voor. De alimentatierechter baseert zich, zoals hiervoor in het kader van de probleemstelling al werd uiteengezet, in de praktijk namelijk vaak op de fiscale balans van de BV zonder de (pensioen)uitkeringstoets en de liquiditeitstoets toe te passen. Feitelijk wordt dan verondersteld dat de fiscale extra reserve daadwerkelijk beschikbaar is voor het opnemen van dividend en bovendien daadwerkelijk liquide is of liquide kan worden gemaakt, zodat dividend voor betaling van alimentatie kan worden opgenomen. Mijs inziens is dan sprake van een alimentatiebeschikking die vatbaar is voor wijziging of intrekking op de voet van art. 1:401 lid 4 BW, omdat in die situatie van onjuiste feiten ten aanzien van het vaststellen van de draagkracht is uitgegaan. Dit valt de rechter overigens niet altijd te verwijten. De rechter treft geen verwijt indien de feitelijke gegevens die de rechter nodig heeft om de pensioenuitkeringstoets uit te voeren, niet in de processtukken zijn aangevoerd. De rechter is immers ten aanzien van het vaststellen van de feiten die aan de uitspraak ten grondslag liggen afhankelijk



van de door partijen gestelde en bewezen feiten. De rechter is ten aanzien van het vaststellen van de feiten die aan de uitspraak ten grondslag liggen lijdelijk. Hij mag de feiten niet aanvullen (art. 24 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Indien de feiten die de rechter nodig heeft om de pensioenuitkeringstoets te kunnen uitvoeren wel zijn aangevoerd, maar partijen (de alimentatieplichtige DGA) hebben nagelaten in de processtukken een beroep op art. 2:216 BW te doen, dient de rechter de pensioenuitkeringstoets toch uit te voeren, en wel op grond van art. 25 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat de rechter dwingt tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden voor verdringen en verweren. Indien de rechter dat nalaat, doet de problematiek die het onderwerp van dit artikel is zich voor.

#### 2.4 *Belastingvoordeel speelt geen rol*

Terzijde speelt nog het belastingvoordeel dat de alimentatieplichtige heeft doordat betaalde alimentatie fiscaal aftrekbaar is in box 1. Dit belastingvoordeel komt geheel aan de alimentatiegerechtigde toe (punt 143 op p. 46 van het Rapport Alimentatienormen 2017). Het belastingvoordeel wordt berekend op basis van de zogenaamde methode Buys. Deze methode houdt in dat de volgens het Rapport Alimentatienormen berekende alimentatie wordt gebruikt volgens het tarief van de inkomstenbelasting waartegen de alimentatieplichtige de gebruteerde alimentatie kan aftrekken. De feitelijk te betalen alimentatie wordt gesteld op het op die wijze gebruteerde bedrag. Dit artikel betreft uitsluitend het bedrag van de alimentatie vóór de brutering, voor zover dat bedrag niet uit het DGA-salaris, andere inkomsten van de DGA of uit privévermogen van de DGA kan worden voldaan. Het belastingvoordeel speelt daarom geen rol in dit artikel.

### 3. **Wettelijk kader voor het uitkeren van dividend door een BV**

Art. 2:216 BW vormt het wettelijk kader voor het uitkeren van dividend door een BV. Art. 2:216 lid 1 BW houdt in de eerste plaats een solvabiliteitstoets in: een BV is slechts bevoegd dividend uit te keren indien en voor zover het eigen vermogen van de BV groter is dan de wettelijke en statutaire reserves samen. Daarvan is sprake indien en voor zover sprake is van een extra of overige, vrij te besteden, reserve. In de familierechtpraktijk wordt deze vrij te besteden reserve ook wel aangeduid met de term "opgepotte winsten" ("overgespaarde winsten" heeft een minder negatieve lading). Art. 2:216 lid 2 BW houdt in de tweede plaats een liquiditeitstoets in: een BV is slechts bevoegd dividend uit te keren indien de BV na uitkering van het dividend kan blijven voortgaan met het betalen van opeisbare schulden. Indien dat niet het geval zal zijn, dient de DGA goedkeuring aan de dividenduitkering te weigeren. Neemt hij desondanks dividend op, dan kan hij persoonlijk aansprakelijk zijn voor het tekort dat als gevolg van de dividendopname is ontstaan. De regeling in deze vorm geldt sinds 1 oktober 2012, de datum van inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging

en flexibilisering BV-recht (*Stb.* 2012, 299, *Stb.* 2012, 300 en *Stb.* 2012, 301).

Vóór 1 oktober 2012 gold sedert 20 januari 1986 een regeling die materieel overeenkwam met de huidige solvabiliteitstoets, de zogenaamde "gebonden vermogen-test", die evenals de solvabiliteitstoets inhield dat slechts de extra of overige, vrij te besteden, reserve van een BV voor uitkering van dividend mocht worden aangewend (aldus Boschma & Schutte-Veenstra, T&C BW 2017, art. 2:216 BW, aant. 1). De toets wordt conform wat in de praktijk gebruikelijk is aangeduid met de term uitkeringstoets. Hierna wordt deze toets beperkt tot de pensioenuitkeringstoets: de toets of na omrekening van de fiscale waarde van pensioen in eigen beheer naar de waarde in het economisch verkeer nog een extra reserve resteert die als dividend kan worden uitgekeerd.

### 4. **De pensioenuitkeringstoets (civielrechtelijk)**

Bij het uitvoeren van de hiervoor al kort aangeduide pensioenuitkeringstoets komt het pensioen in eigen beheer van de DGA om de hoek kijken. Pensioen in eigen beheer komt in de jaarrekening tot uitdrukking in de vorm van een voorziening pensioenverplichtingen, oftewel de pensioenvoorziening. In verband met het navolgende is van praktisch belang dat DGA's in de praktijk (mogen) volstaan met het opmaken van een fiscale jaarrekening (art. 2:396 lid 6 BW). Daarin is het pensioen in eigen beheer gewaardeerd op minimaal 4% rekenrente, op grond van het voorschrift van art. 3.29 Wet op de inkomstenbelasting 2001.

Aangezien de marktrente sedert langere tijd aanmerkelijk lager is dan 4%, vallen pensioenvoorzieningen in de fiscale jaarrekening in de praktijk veel lager uit dan bij waardering van de pensioenvoorziening volgens het voorzichtigheidsbeginsel van art. 2:362 BW. Dit voorzichtigheidsbeginsel volgend dient het pensioen in eigen beheer op marktwaarde (tegen de actuele marktrente) te worden gewaardeerd.

Gevolg is dat voor het uitvoeren van de pensioenuitkeringstoets moet worden uitgegaan van de jaarrekeningrechtelijke pensioenvoorziening omdat deze toets civielrechtelijk van aard is. Dat is de pensioenvoorziening op marktwaarde. Indien uitsluitend een fiscale jaarrekening beschikbaar is (dat is in de praktijk meestal zo), dient daarin de fiscale pensioenvoorziening te worden vervangen door de pensioenvoorziening op marktwaarde om te beoordelen of de BV dividend mag uitkeren.

Een BV die op de fiscale balans over een positief vrij opneembaar eigen vermogen beschikt, zal, indien de marktrente lager is dan 4%, na herwaardering van het pensioen in eigen beheer op marktwaarde over een lager vrij opneembaar eigen vermogen beschikken. Mogelijk bedraagt het nihil of wordt het zelfs negatief. De BV mag dan geen dividend uitkeren. Bij het vaststellen van alimentatie mag dan niet met dividendcapaciteit rekening worden gehouden.



**5. De pensioenuitkeringstoets (fiscaalrechtelijk)**

Hoewel op grond van art. 3.29 Wet op de inkomstenbelasting 2001 de pensioenvoorziening met het oog op een pensioenverplichting van de BV in eigen beheer niet met een lagere rekenrente dan 4% mag worden vastgesteld, beoordeelt de belastingdienst de mogelijkheid voor een DGA om dividend uit te keren uitgaande van waardering van de pensioenverplichting op de waarde daarvan in het economisch verkeer. Over de invulling van dit waarderingscriterium bestaat geen jurisprudentie (NBA-handreiking 1133, Balanstest en uitkeringstoets door het bestuur van een BV: ondersteunende rol van de accountant (samenstelpraktijk), p. 11; te vinden op [www.nba.nl](http://www.nba.nl)). Waardering van de pensioenverplichting op de waarde in het economisch verkeer leidt echter zonder meer tot een hogere waarde dan de fiscale waarde gezien de structureel lagere rente dan de fiscale rekenrente van 4% (RJ-Uiting 2014-1, Pensioenvoorziening directeuren-grootaandeelhouders, te vinden op [www.rjnet.nl](http://www.rjnet.nl)). Ook bij herwaardering van pensioen in eigen beheer op de waarde in het economisch verkeer neemt het vrij opneembare eigen vermogen (dat beschikbaar is voor dividendopnamen) daarom af.

De belastingdienst kan verboden dividendopnamen niet tegenhouden. Hierna zal blijken dat de belastingdienst wel andere sanctiemiddelen heeft om een DGA van een BV met pensioen in eigen beheer te weerhouden van verboden dividendopnamen.

**6. De draagkracht van de DGA voor het betalen van alimentatie**

De rechter zou bij de vaststelling van de draagkracht van een DGA voor betaling van alimentatie, de civielrechtelijke pensioenuitkeringstoets moeten uitvoeren om te bepalen of de DGA dividend mag opnemen voor het betalen van alimentatie. Dit geldt ook indien dit niet in de procedure wordt aangevoerd, omdat de rechter verplicht is tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden (in de situatie van een alimentatieprocedure de rechtsgronden van het gevoerde verweer tegen de gevorderde alimentatie; art. 25 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). In de praktijk wordt dat echter niet of nauwelijks erkend. Pas sedert de invoering van de nieuwe wetgeving rond de flex-BV met ingang van 1 oktober 2012, raakt de rechterlijke macht langzaam doordrongen van de hiervoor geschetste consequenties van de lage rente. Voorbeelden van uitspraken waarin de alimentatierechter de pensioenuitkeringstoets expliciet uitvoerde zijn Rechtbank Den Haag 6 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2486 en Rechtbank Noord-Holland 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6947.

In situaties waarin de pensioenuitkeringstoets ten onrechte achterwege is gelaten, kan de situatie ontstaan dat de DGA de facto gedwongen is zijn BV dividend uit te laten keren om aan de wettelijke alimentatieplicht te voldoen, terwijl

dat wettelijk verboden is op grond van de pensioenuitkeringstoets. Dit acht ik onwenselijk. Alimentatierechters zouden de pensioenuitkeringstoets, zoals hiervoor al aangegeven, ambtshalve moeten uitvoeren. Indien dat niet gebeurt, is in mijn visie sprake van schending van het recht waardoor de alimentatiebeschikking tot in cassatie kan worden getoetst. De pensioenuitkeringstoets zou in het Rapport Alimentatienormen moeten worden verwerkt. Indien de uitkomst van de pensioenuitkeringstoets wordt genegeerd, zou in de alimentatiebeschikking moeten worden gemotiveerd waarom deze wordt genegeerd. Het ontbreken van deze motivering zou als motiveringsgebrek moeten gelden, zodat een dergelijke alimentatiebeschikking ook op het aspect van (on)deugdelijke motivering door de Hoge Raad kan worden getoetst.

Dit geldt op overeenkomstige wijze voor de liquiditeitstoets. Indien de BV niet in staat is om uit eigen middelen de liquiditeit op te brengen voor betaling van het bruto dividend (het netto dividend dat als alimentatie aan de ex-partner is verschuldigd en de dividendbelasting), of indien de BV deze bedragen wel kan opbrengen (al dan niet door middel van externe financiering), maar de BV daardoor niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, is immers ook sprake van verboden dividendopnamen.

Het niet betalen van de "verboden" alimentatie leidt echter in de privésfeer tot insolventie en mogelijk tot faillissement van de DGA op verzoek van de ex-partner. Het niet betalen van de alimentatie is daarom in de praktijk voor de DGA feitelijk geen alternatief, hoewel het verboden is dat de DGA de voor die betalingen benodigde onttrekkingen uit zijn BV doet.

In de praktijk zit er daarom voor de DGA niets anders op dan de "verboden" alimentatie aan de BV te onttrekken door deze bedragen van de BV te lenen, in de praktijk via een rekening-courantverhouding met de BV. De DGA die gedwongen is tot deze opnamen in rekening-courant, realiseert zich ongetwijfeld dat het laten oplopen van de rekening-courant niet onbeperkt kan doorgaan, maar hij kan in de praktijk niet anders.

De vraag rijst of de alimentatierechter een veroordeling mag uitspreken die dwingt tot een (de facto) verboden prestatie. Dat lijkt niet het geval. De problematiek die het onderwerp is van dit artikel vindt zijn oorzaak in het feit dat de alimentatierechter de pensioenuitkeringstoets niet of niet goed toepast. De alimentatierechter zou die toets ambtshalve moeten uitvoeren gezien het bepaalde in art. 25 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden voor een vordering of een verweer). In beginsel is dan hoger beroep of cassatie mogelijk. Indien de alimentatieplichtige of de alimentatiegerechtigde in de procedure onjuiste of onvolledige gegevens heeft ingebracht (bijvoorbeeld een onjuiste berekening van de marktwaarde van het pensioen in eigen beheer), kan de situatie zich voordoen dat de alimentatiebeschikking waarin de pen-



sioenuitkeringstoets niet of niet goed werd toegepast van meet af aan niet aan de wettelijke maatstaven van art. 1:157 BW heeft voldaan en kan worden gewijzigd of ingetrokken op de voet van art. 1:401 lid 4 BW. Een alimentatieovereenkomst waaruit een alimentatieverplichting voortvloeit die is vastgesteld onder veronachtzaming van de pensioenuitkeringstoets kan worden gewijzigd of ingetrokken indien de overeenkomst daardoor met grove miskening van de wettelijke maatstaven van art. 1:157 BW is aangegaan (zie art. 1:401 lid 5 BW).

## 7. Tussenconclusie

In dit eerste gedeelte van dit artikel heb ik de problematiek rond materieel en formeel "verboden" alimentatie geanalyseerd. Die analyse hield in dat van "verboden" alimentatie sprake is indien een DGA de facto wordt gedwongen tot dividendopnamen uit zijn BV voor betaling van alimentatie, terwijl dividendopnamen verboden zijn op grond van de solvabiliteitstoets en/of de liquiditeitstoets van art. 2:216 BW. Van materieel "verboden" alimentatie is sprake indien de alimentatierechter in de alimentatiebeschikking ficties hanteert voor het vaststellen van de draagkracht van de DGA, waardoor de DGA uitsluitend aan de alimentatieverplichting kan voldoen door "verboden" opnamen uit zijn BV. Van formeel "verboden" alimentatie is sprake indien de alimentatierechter in de alimentatiebeschikking uitdrukkelijk uitgaat van de mogelijkheid van dividendopnamen, terwijl het opnemen van dividend "verboden" is. De oorzaak van de problematiek is gelegen in het achterwege laten van de pensioenuitkeringstoets door de alimentatierechter, in de praktijk mogelijk mede als gevolg van het feit dat in alimentatieprocedures onvoldoende feiten worden gesteld en bewezen om de alimentatierechter in staat te stellen om de pensioenuitkeringstoets correct uit te voeren. Ik wees op de ambtshalve verplichting voor de alimentatierechter om de pensioenuitkeringstoets uit te voeren indien voldoende feiten zijn gesteld en bewezen om deze te kunnen uitvoeren. In de praktijk komt dit er op neer dat de DGA het vrij opneembare eigen vermogen van zijn BV, zoals dat uit de fiscale jaarrekening blijkt, moet corrigeren door de fiscale pensioenvoorziening te vervangen door de pensioenvoorziening berekend op de waarde in het economisch verkeer en daarnaast een berekening van de pensioenvoorziening op marktwaarde moet inbrengen. De hiervoor bedoelde correctie houdt in dat het vrij opneembare eigen vermogen van de BV zoals dat blijkt uit de fiscale jaarrekening moet worden verminderd met het bedrag ter grootte van het verschil tussen de pensioenvoorziening berekend op marktwaarde en de pensioenvoorziening berekend op fiscale waarde. Indien dan nog vrij opneembaar eigen vermogen resteert, dient uit een cash flow analyse over een periode van een jaar te blijken dat daadwerkelijk dividendopnamen mogelijk zijn en voor welke bedragen.

In het tweede deel van dit artikel wordt ingegaan op de gevolgen van en mogelijke oplossingen voor de problematiek rond "verboden" alimentatie voor DGA's die met deze problematiek zijn geconfronteerd.