

# Pensioen in eigen beheer

## Compenseren partner?

### Overleg met de Belastingdienst!

Dat rechters zeggen dat de dga de alimentatie moet betalen uit dividend, terwijl diens bv volgens de uitkeringstest geen dividend mag uitkeren, omdat de dga anders de pensioenverplichtingen niet kan nakomen. Daarover windt pensioenadvocaat Wim Thijssen zich op. Hij legt uit hoe je als dga jouw (ex-)partner kunt geven wat haar of hem toekomt.

#### Lex van Almelo

Mr. Lex van Almelo is juridisch journalist bij Lex Press en venoot van LLM juridische communicatie.



Onderweg naar het gesprek met Wim Thijssen sturen we hem een uitspraak van de tuchtrechter over een accountant die de mist in ging bij een echtscheiding. Soms kiest de accountant daarbij te veel partij voor de dga. In dit geval viel dat mee, maar had de accountant de pensioensituatie niet goed onderzocht voordat hij een samenstellingsverklaring afgaf.

De kwestie draait om de dga van een tandartsenpraktijk, waar zijn vrouw in dienst is. In de pensioenbrief staat dat haar aanspraak op partnerpensioen alleen kan worden verminderd met haar toestemming.

Tijdens de algemene aandeelhoudersvergadering besluit de man op advies van zijn accountant dat pensioenopbouw in eigen beheer binnen de vennootschap niet langer verantwoord is en met ingang van het komend jaar zal worden

stopgezet. De vrouw ondertekent de notulen van de vergadering als notulist. Als later de relatie op springen staat, zegt zij dat zij nooit akkoord is gegaan met de stopzetting. De huisaccountant, die de stopzetting heeft begeleid en verwerkt in de jaarrekening, kan inderdaad geen pensioenbrief vinden waarin de vrouw toestemt in de stopzetting. De tuchtrechter berispt de accountant, omdat hij had moeten vaststellen dat er een stuk met een handtekening ontbrak. Hij had de dga moeten vragen of de vrouw had ingestemd met het beëindigen van de pensioenopbouw in eigen beheer. Je kunt als accountant namelijk geen samenstellingsverklaring afgeven als je niet alle benodigde informatie hebt.

‘Als civielrechtjurist zou ik zeggen: die mevrouw heeft de notulen van de aandeelhoudersvergadering ondertekend en is dus feitelijk akkoord gegaan met de wijziging,’ zegt Thijssen. ‘Bovendien is het ondertekenen van de aanvullende pensioenovereenkomst met de stopzetting niet nodig vanuit civielrechtelijk oogpunt. Pensioen is een arbeidsvoorwaarde die je voor de toekomst kunt veranderen zonder instemming van de betrokkene. Maar ja, volgens de uitfaseringwet is de handtekening wel noodzakelijk. Wanneer je de partner laat tekenen moet je je wel afvragen of die zich realiseert wat de gevolgen zijn. Je moet een stuk voorleggen waarin staat wat er op dat moment is, wat de partner zou krijgen bij ongewijzigde opbouw en welk bedrag er dus vervalt. Daarvoor hoeft je geen actuaaris te zijn; een accountant kan het eenvoudig uitrekenen met een veelgebruikt softwarepakket.’

#### Verboden alimentatie

Wim Thijssen begon in 2000 als één van de eerste advocaten in Nederland een nichekantoor, met als specialisatie pensioenadvocatuur. Hij studeerde even wis- en natuurkunde, maar dat bleek hem toch niet zo goed te liggen. Daarom koos hij in tweede instantie voor rechten. Dankzij zijn bètakant kan hij goed rekenen. Hij werkte vijf jaar bij het pensioenbedrijf van Nationale Nederlanden, was vier jaar hoofd

juridische zaken bij het pensioenbedrijf van Delta Lloyd en was advocaat bij NautaDutilh. Momenteel werkt hij samen met twee andere advocaten bij Pensioenadvocaten.nl.

### Welke problemen ziet u bij pensioenopbouw in eigen beheer?

Tk zie vooral problemen bij echtscheidingen. De rechter bepaalt vaak dat de dga de alimentatie voor een – soms substantieel – deel moet betalen uit dividend. De dga zit dan met een probleem, omdat dit niet mag vanwege de pensioenuitkeringstest. Die heeft tot gevolg dat geen dividend mag worden opgenomen, de zogenaamde “dividendklem”. Volgens die test moet het pensioen in eigen beheer de marktwaarde krijgen. Neem bijvoorbeeld een fiscale balans waarop links voor 800 aan activa staan en rechts een eigen vermogen van 400 plus pensioen in eigen beheer van 400. Voor de marktwaarde moet je in plaats van de fiscale rekenrente van 4% uitgaan van de feitelijke rente, die momenteel minder is dan 1%. Dus moet je het pensioen in eigen beheer waarderen op bijvoorbeeld 1.000 in plaats van 400. Daardoor wordt het eigen vermogen min 200. Dat betekent dat je als dga geen dividend mag uitkeren en dus ook geen alimentatie uit dividend kunt betalen.’

### En rechters zien dat over het hoofd?

‘Bijna alle rechters vegen dit argument gewoon van tafel en zeggen dat de dga wel degelijk alimentatie uit dividend kan betalen. Ik noem dat “verboden” alimentatie. Het Gerechtshof Den Haag is het eerste hof dat er wel er rekening mee houdt. Je zou dus als dga moeten verhuizen naar Zuid-Holland.’

### Waar moet de dga het geld voor de alimentatie dan vandaan halen?

‘Hij moet een rekening-courantverhouding aangaan met de bv. Maar daarmee loopt hij uiteindelijk vast. De fiscus zegt dan namelijk dat de bedragen die in rekening-courant worden opgenomen om de alimentatie te betalen feitelijk een dividenduitkering vormen, terwijl dat volgens de uitkeringstest niet mocht.’

### Hoe erg is dat?

‘Daarmee stort de fiscus de dga in de ellende. De Belastingdienst beschouwt dividendopname als een afkoop van het pensioen en heft vervolgens 52% loonbelasting over de opgebouwde pensioenvoorziening tegen de hoge marktwaarde. Daar komt bij wijze van boete nog eens 20% aan revisierente over die marktwaarde bij. Bovendien valt hierdoor het pensioen vrij, omdat dit volgens de fiscus is afgekocht. Over het vrijgevalen bedrag moet de bv vervolgens 20% vennootschapsbelasting betalen.’

### Als dat geen optie is, wat dan wel?

‘Mijn tip: ga opnieuw procederen. Een alimentatiebeschikking is juridisch nooit definitief, omdat de rechter die steeds kan herzien. Je kunt er dus steeds opnieuw over procederen. Maar daarvoor moet je wel de tijd en het geld hebben. Ik weet niet hoeveel dga’s dit raakt, maar het moeten er duizenden zijn.’

---

*Wanneer je de partner laat tekenen moet je zorgen dat die zich realiseert wat de gevolgen zijn*

---

## Ferrari-lening

### Hoe moet de accountant dit nu verwerken in de jaarrekening?

‘Als je het boek in rekening-courant ziet de fiscus dat, zoals gezegd, als afkoop, zodat je moet afrekenen. Wanneer je geld leent van de bv om de alimentatie te kunnen betalen dan moet je dat netto aflossen, omdat de Belastingdienst dit ziet als een niet-zakelijke lening, een privébesteding. Ik noem zo’n lening als ik cursus geef altijd een Ferrari-lening. De bv zou nee moeten zeggen tegen zo’n lening. Maar als de bv dat doet, voldoet de dga niet aan de alimentatiebeschikking. Dat heeft als uiterste consequentie dat hij op verzoek van zijn ex failliet kan worden verklaard. Vooral bij eenpersoonsvennootschappen bedreigt dit de continuïteit.’

### Een echtscheiding is geen Ferrari...

‘Nee. Met name accountants hebben artikelen geschreven over rekening-courantschulden. Zij schrijven dan vanuit de optiek van de alimentatiegerechtigde, die de rekening-courantschuld beschouwt als Ferrari-lening. Ook als die lening is ontstaan door “verboden” alimentatie te betalen. Ik pleit ervoor om een alimentatielening te beschouwen als een zakelijke lening, zodat de alimentatiekosten aftrekbaar worden. Mijn theorie is namelijk dat alimentatie die uit dividend moet worden betaald uiteindelijk een wettelijke verplichting is voor de bv en daarom een zakelijke last. Uit een recente uitspraak van een gerechtshof zou je kunnen afleiden dat je het zo moet zien.’

### Zouden accountants en fiscalisten dit eens moeten proberen?

‘Of de fiscus past de regels anders toe. Trouwens, wanneer je de lening voor de alimentatie beschouwt als een zakelijke lening, betaalt de dga geen inkomstenbelasting over de restschuld, maar blijft hij nog altijd zitten met een flinke kostenpost. Wel wordt het leed van die kostenpost enigszins verzacht.’

### Voorlopig hebben de dga en zijn adviseurs daar weinig aan. Hoe kunnen zij het pensioen in eigen beheer het beste uitfaseren?

‘Het opgebouwde pensioen in eigen beheer omzetten in een oudedagsvoorziening. Volgens de uitfaseringswet heb je ook hiervoor toestemming nodig van jouw partner of jouw ex-partner als die aanspraken heeft. In ons voorbeeld wordt de post pensioenopbouw op de balans dan weer 400. Verge-

leken met marktwaarde houd je nog maar een derde van het bedrag over als beschikbare pensioenpremie. De bv is hierbij nog steeds pensioenuitvoerder, maar de dga mag nu weer dividend opnemen. Het risico is wel dat de ex-partner prompt meer alimentatie gaat claimen, omdat de draagkracht toeneemt als de dividendklem weg is.'

## Compenseren

### Moet de dga zijn partner compenseren als hij het pensioen in eigen beheer stopzet?

'Als je kiest voor de afkoop van het pensioen in eigen beheer vervalt voor de partner een potentieel recht op verevening bij echtscheiding en het partnerpensioen. Tijdens het huwelijk zijn dat geen rechten, maar vooruitzichten. Op basis van dat toekomstige recht moet de partner wellicht toch nu al worden gecompenseerd wanneer de pensioenopbouw in eigen beheer wordt stopgezet. Bij uitfasering door afkoop ontvangt de dga geld in privé. Daaruit zou een eventuele compensatie kunnen worden betaald. Ook als het pensioen in eigen beheer wordt omgezet in een oudedagsvoorziening heeft de partner geen pensioenvooruitzichten meer. Een eventuele compensatie van de pensioenderving voor de partner moet je dan op een andere manier vorm geven. Dit zou kunnen door de partner te betalen uit privévermogen, als dat tenminste beschikbaar is. Je kunt ook afspreken dat de partner – eventueel ook na de scheiding – een gedeelte krijgt van de betalingen die de dga ontvangt uit hoofde van zijn oudedagsvoorziening. Dat is dan een soort "ODV-verevening" á la pensioenverevening. De verwachting is dat dga's in de praktijk vooral zullen kiezen voor omzetting in een oudedagsvoorziening, omdat zij de belasting die verschuldigd is bij afkoop vaak niet zullen kunnen opbrengen.'

### Hoe behandelt de fiscus zo'n compensatie?

'Dat is niet duidelijk. Is het een schenking van de dga aan de partner, waarover schenkbelasting betaald moet worden? Dat zou het geval kunnen zijn als je ervan uitgaat dat de partner tijdens huwelijk nog geen rechten heeft, hoe gek dat ook klinkt. Ik zou de adviseur aanraden om daarover contact op te nemen met de Belastingdienst. Ook als je niet compenseert, want dat zou fiscaal wellicht kunnen worden gezien als een schenking door de partner als je aanneemt dat die wél rechten heeft. Dus ook dan kun je maar beter overleggen met de Belastingdienst.'

### Moet de dga ook compenseren bij een dekkingstekort?

'Een dekkingstekort in de pensioenopbouw moeten beide partners delen, heeft de Hoge Raad in april 2017 gezegd. Dat geldt met terugwerkende kracht.'

### Kan de dga de pensioenopbouw niet beter uitbesteden?

'Bij echtscheiding heeft de partner recht op externe uitvoering van zijn of haar rechten uit de pensioenovereenkomst. Het is alleen zo dat geen enkele verzekeraar dit product nog aanbiedt; de bv krijgt gewoon geen offerte meer. Dus eigenlijk is deze optie een dode letter.'

### Kun je pensioenafspraken nog openbreken of ongedaan maken?

'In principe is dat niet mogelijk bij opbouw over het verleden. Als je daaraan gaat morrelen, ziet de belasting dat als afkoop, met – zoals gezegd – alle heffingen van dien.'

### Kun je een claim indienen tegen de accountant of adviseur die niet wijst op de risico's die we hebben besproken?

'Ja. Ik kwam onlangs een uitspraak tegen over een defined benefit-regeling, een regeling dus waarbij de pensioenuitkering vooraf al vastligt. Een deel van de regeling met verzekerde aanspraken werd omgezet in een regeling met onzekere aanspraken, waardoor de zekere aanspraken ook onzeker werden. De werkgever – in dit geval een accountants- en belastingadvieskantoor – is niet aansprakelijk voor tegenvallende pensioenresultaten over de periode na de wijziging. Voor zover hij de werknemers onvoldoende heeft geïnformeerd over het verlies van zekerheid over het verleden is hij volgens het gerechtshof wel aansprakelijk. Overigens ligt deze zaak nu bij de Hoge Raad.'

*Het is niet duidelijk of de fiscus compensatie ziet als een schenking*

## Bedrijfstakpensioenfondsencheck

### Waar zouden adviseurs nog meer op moeten letten?

'De verplichte aansluiting bij het bedrijfstakpensioenfonds. In de praktijk komt het vaak voor dat bedrijven niet zijn aangesloten, terwijl dat verplicht is. De bedrijfstakpensioenfondsen zijn een heksenjacht begonnen op niet aangesloten bedrijven. Dat is overigens begrijpelijk, omdat zij ook pensioen moeten toekennen als geen premie is betaald. Dat is voor die fondsen dus een groot risico. Bedrijven die niet zijn aangesloten, krijgen met terugwerkende kracht een premie-aanslag. Ik heb hierover een stuk of zes zaken lopen. In één van die zaken heb ik de accountant aansprakelijk gesteld, maar die heeft aansprakelijkheid afgewezen. Het onderwerp leefde al toen ik eind 1985 in de pensioenbranche ging werken, maar er is nooit een rechtszaak over gevoerd. Dit wordt misschien de eerste. Het hangt ervan af of de cliënt de strijd wil aanbinden met de accountant van een big 4-kantoor of met de pensioenadviseur die een beroepsaansprakelijkheidsverzekering heeft. Zulke partijen hebben een lange adem.'