

Pensioenrecht en relatievermogensrecht deel II

drs. J.M.J. Holtermans CPC
mr. W.P.M. Thijssen



Inhoud

Ochtenddeel

- Welkom en voorstellen
- Pensioenverevening en bijzonder partnerpensioen DGA pensioen
- Pensioen in eigen beheer
- Afstortingsproblematiek

Middagdeel

- Alimentatie en pensioentoets
- Casus
- Uitfasering pensioen in eigen beheer
- Rondvraag en afsluiting

Welkom en voorstellen



Pensioenverevening en bijzonder partnerpensioen DGA pensioen



Einde relatie

Onderscheid

- Huwelijk / geregistreerd partnerschap
- Ongehuwd samenwonen

Verevening ouderdomspensioen (WVPS)

Afsplitsen bijzonder partnerpensioen (PW; DGA: WVPS)

Zie ook voorbeeld echtscheidingsberekening

Verevening ouderdomspensioen (1)

Standaardverevening (2, 1 jo. 2, 3 WVPS)

- Tijdens huwelijk opgebouwde aanspraken op ouderdomspensioen bij helfte verevenen
- Huwelijksgoederenregime (GVG / HVW) speelt geen enkele rol

Wanneer?

- Echtscheiding
- Beëindiging geregistreerd partnerschap
- Scheiding van tafel en bed

Wanneer niet?

- Ongehuwd samenwonen

Verevening ouderdomspensioen (2)

Afwijkingen (4 WVPS)

- Vastleggen in huwelijkse voorwaarden of convenant
- Mogelijkheden
 - Uitsluiten toepassing WVPS
 - Andere periode
 - Ander vereveningspercentage
 - Conversie

Meldingsformulier (2, 2 WVPS)

- Binnen 2 jaar na ontbinding huwelijk indienen bij pensioenuitvoerder
- Rechtstreeks recht op uitbetaling jegens pensioenuitvoerder
- Buiten termijn: uitbetalingsrecht jegens ex-partner

Verevening ouderdomspensioen (3)

Uitkering vereveningsgerechtigde is afhankelijk van keuzes die vereveningsplichtige maakt

- Vervroegen of uitstellen pensioeningangsdatum
- Variëren hoogte pensioenuitkering
- Waardeoverdracht

Verevening ouderdomspensioen (4)

Voorwaardelijk recht

- Beide ex-partners moeten in leven zijn

Gevolgen overlijden / einde vereveningsverplichting

- Vereveningsgerechtigde overlijdt
 - Aanwas bij vereveningsplichtige tot 100% / vol ouderdompensioen
- Vereveningsplichtige overlijdt
 - Vereveningsaanspraak of -uitkering ouderdompensioen vervalt
 - Uitkering bijzonder partnerpensioen

Bijzonder partnerpensioen (1)

Afsplitsen bijzonder partnerpensioen (57 PW; DGA: 3a WVPS)

- Uitsluitend in geval van opgebouwde aanspraken
 - Wel in geval van op kapitaalbasis opgebouwd partnerpensioen
 - Niet in geval van op risicobasisbasis verworven partnerpensioen
- Ook vóór-huwelijkse periode

Wanneer?

- Echtscheiding
- Beëindiging geregistreerd partnerschap
- Beëindiging ongehuwd samenwonenrelatie
 - Uitsluitend geregeld in 57 PW; niet in 3a WVPS
 - Wel eventueel in pensioenovereenkomst overeengekomen

Dus niet in geval van scheiding van tafel en bed

Bijzonder partnerpensioen (2)

Afwijkingen (57, 4 PW; DGA: 3a, 4 WVPS)

- Vastleggen bij huwelijkse voorwaarden of convenant
- Mogelijkheden
 - Afzien
 - Afwijkende omvang
- Pensioenuitvoerder moet instemmen!

Verdeling bijzonder partnerpensioen over meerdere ex-partners

Conversie (1)

Vereveningsaanspraak ouderdomspensioen en aanspraak op bijzonder partnerpensioen worden omgezet in een voor de vereveningsgerechtigde eigen aanspraak op ouderdomspensioen (5 WVPS)

Beide ex-partners moeten instemmen

- Onherroepelijke machtiging in huwelijkse voorwaarden

Pensioenuitvoerder moet ook instemmen

In geval van DGA-pensioen in eigen beheer

- Conversie noodzakelijk om af te storten naar eigen pensioenlichaam ex-partner

Conversie (2)

Voordelen vereveningsgerechtigde

- Onafhankelijkheid, zelf keuzes maken
- Conversie-uitkering meestal hoger dan vereveningsuitkering

Nadelen vereveningsgerechtigde

- Overlijden vereveningsplichtige: geen bijzonder partnerpensioen en geen alimentatie

Overweging conversie indien geen afsplitsing bijzonder partnerpensioen

- Overlijden vereveningsgerechtigde (vóór pensioeningangsdatum)
 - Geen vereveningsuitkering ouderdomspensioen
 - Geen bijzonder partnerpensioen
- Na conversie
 - Eigen ouderdomspensioen

Conversie (3)

Voordelen vereveningsplichtige

- Conversievoordeel: hoger ouderdomspensioen dan in geval van verevening
- Zie echtscheidingsberekening

Nadelen vereveningsplichtige

- Overlijden vereveningsgerechtigde: geen aanwas tot 100% / vol ouderdomspensioen

Conversie (4)

Verplichte conversie op grond van redelijkheid en billijkheid?

- Leeftijdsverschil ex-partners
- Inkomenspositie

Zie

- Rechtbank Utrecht 21-03-2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BA3081 (verplichting voor vereveningsplichtige tot conversie omdat vereveningsplichtige veel jonger was dan de vereveningsgerechtigde; pensioenverevening zonder conversie illusoir voor de vereveningsgerechtigde)
- Hof Leeuwarden 19-4-2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW7308 (geen verplichting tot conversie ook al was de vereveningsplichtige veel jonger dan de vereveningsgerechtigde omdat de vereveningsgerechtigde voldoende inkomen had uit eigen AOW en pensioen)

Pensioen in eigen beheer



Pensioen in eigen beheer bestaat nog

Wet uitfasering pensioen in eigen beheer

- Geen fiscaal gefaciliteerde opbouw van pensioen in eigen beheer meer mogelijk voor een DGA sinds 1 april 2017
 - Op grond van coulanceregeling: 1 juli 2017
- Voor DGA's die hun pensioen in eigen beheer opgebouwd tot en met 31 maart 2017 (30 juni 2017) hebben gehandhaafd blijft civielrechtelijke en fiscale kader (per 31 december 2016) gelden
- Naar schatting zullen ongeveer 25.000 – 50.000 DGA's pensioen in eigen beheer behouden
- Voor deze groep DGA's blijft de hierna te behandelen wet- en regelgeving en jurisprudentie relevant

Wanneer is pensioen in eigen beheer toegestaan? (1)

PSW

- DGA gold als werknemer
- Uitvoeringsverplichting van toepassing
- PEB mogelijk mits DGA schriftelijk instemde
- Voldoende balansvoorziening

Pensioenwet

- Pensioen DGA is pensioen in de zin van de PW
- DGA geen werknemer in de zin van de PW
- Uitvoeringsverplichting art. 23 PW geldt niet voor DGA
- Verschil 'eigen beheer' vs 'verzekeren' niet relevant

Wanneer is pensioen in eigen beheer toegestaan? (2)

Overgangsrecht (art. 8 IPW PW)

- Pensioentoezegging DGA per 31 december 2016
 - PSW nog één jaar (2007) van toepassing
- Pensioentoezegging per 31 december 2007 extern ondergebracht bij pensioenfonds of verzekeraar
 - DGA = werknemer voor de PW
- Pensioentoezegging per 31 december 2007 extern ondergebracht bij verzekeraar
 - DGA heeft keuzemogelijkheid: pensioentoezegging valt vanaf 1 januari 2008 wel of niet onder PW
 - Onherroepelijke keuze
- Pensioentoezegging per 31 december 2007 in eigen beheer
 - DGA = geen werknemer voor PW
 - PW vanaf 1 januari 2008 niet van toepassing
- Echtscheiding in 2007: art. 8a en 8c, lid 2 PSW blijven van toepassing

DGA en pensioen (1)

DGA-definitie in de PW

- Persoonlijk
- Direct of indirect
- Ten minste 10% geplaatst kapitaal in de werkgever
- Stemrecht
- Certificaathouders: ten minste 10% vertegenwoordigd in bestuur STAK

Schriftelijke vastlegging bij eenmans-BV

Geen overige of fiscale voorwaarden (wel onder PSW)

Toegelaten eigen beheer verzekeraars

DGA en pensioen (2)

Pensioenopbouw DGA moet voldoen aan de “normale” fiscale kaders

- Oud-regime
- Witteveen
- VPL
- VAP
- Witteveen 2015
 - Wijziging pensioenrichtleeftijd en opbouwpercentages in 2018

DGA en pensioen (3)

Daarnaast kent DGA eigen fiscale voorwaarden voor pensioenopbouw

- Niet uitgaan boven hetgeen in collectieve pensioenregeling gangbaar is
 - Geen opbouw over loon in natura
 - Eigen bijdrage niet meer dan hetgeen werkgever bijdraagt (= max 50% totale lasten)
 - Ten minste ongehuwde AOW-franchise
 - Geen partner- en wezenpensioen als er geen aanwijsbare partner of kind is
 - Overbruggingspensioen afgestemd op ingebouwde AOW-franchise

Zie ook model pensioenovereenkomst (Belastingdienst)

DGA en pensioen (4)

Waardering pensioenverplichtingen

- Lang geleden: lineaire methode
- Thans: ingewikkelde wet- en regelgeving en jurisprudentie
 - (Premie-)koopsommethode
 - Rekenrente: marktrente, doch ten minste 4%
 - Geen leeftijdsterugstelling, tenzij correctie op verouderde sterftetafel
 - Geen indexatie, tenzij vergoeding ontvangen
 - Geen voorziening voor partnerpensioen vóór pensioendatum (risicoverzekering wel mogelijk)
 - Geen kosten- en winstopslag
- Grote verschillen met commerciële en RJ waardering

Zie ook voorbeeld pensioenberekening

DGA en pensioen (5)

	FISCAAL	COMMERCIEEL	RJ-methode
Rekenrente	Marktrente maar minimaal 4%	Marktrente	Rente op hoogwaardige bedrijfsobligaties
Indexatie	Nee tenzij	Ja	Onvoorwaardelijk: ja Voorwaardelijk: optie
Lts	Nee tenzij	Ja	Ja
Kosten en winstopslag	Nee	Ja	Nee
Overlijdensrisico	Nee	Ja	Nee

DGA en pensioen (6)

Wanneer ontstaan er problemen vanwege deze waarderingsverschillen?

- Overdracht pensioenverplichtingen tussen BV's
- Dividenduitkering of terugbetaling aandelenkapitaal
- Echtscheiding (in verband met alimentatie, aandelenwaardering en afstortingsproblematiek)

Fiscale risico's

- Fictieve afkoop
 - Progressieve heffing (2019: 51,75%; vanaf 2020: 49,50%) over WEV pensioenaanspraken
 - Revisierente (20%) over WEV pensioenaanspraken

Afstortings- problematiek



Afstortingsproblematiek (1)

HR 12-3-2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289 (gericht op de BV):

- *Hoofddoel van de PSW is immers te waarborgen dat de aan een werknemer gedane pensioentoezegging zoveel mogelijk gestand wordt gedaan, en met dat doel alsmede met de verantwoordelijkheid die de uitvoerder van een dergelijke toezegging in dat verband heeft, zijn de door [de vrouw] aan de door [de man] beheerste BV in die hoedanigheid verweten gedragingen onverenigbaar.*
- *De keuze die [de man] destijds heeft gemaakt om zijn pensioenvoorziening in eigen beheer te houden, impliceert weliswaar het buiten toepassing laten van een aantal beschermende bepalingen en rechten die uit de PSW voortvloeien, maar dat kan niet het oordeel rechtvaardigen dat [de vrouw] het risico zou hebben te aanvaarden dat als gevolg van die zo-even bedoelde gedragingen haar hier aan de orde zijnde pensioenen niet (volledig) tot uitbetaling kunnen komen.*

Afstortingsproblematiek (2)

HR 9-2-2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658 (gericht op de DGA):

- *De eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen, zullen in het algemeen meebrengen dat de tot verevening verplichte echtgenoot die als directeur en enig aandeelhouder de rechtspersoon beheerst waarin de te verevenen pensioenaanspraak is ondergebracht, dient zorg te dragen voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar van het kapitaal dat nodig is voor het aan de andere echtgenoot toekomende deel van de pensioenaanspraak.*
- *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 (en de onderneming waaraan deze verbonden is) voert en het risico moet blijven dragen dat het in eigen beheer opgebouwde pensioen te zijner tijd niet kan worden betaald.*

Afstortingsproblematiek (3)

HR 9-2-2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658

- De verplichting om in beginsel tot afstorting over te gaan is gebaseerd op de eisen van redelijkheid en billijkheid. De beantwoording van de vraag of daarop in een concreet geval aanspraak kan worden gemaakt, moet geschieden met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Daarbij zal de omstandigheid dat onvoldoende liquide middelen aanwezig zijn om de afstorting te effectueren slechts dan tot ontkennende beantwoording van die vraag kunnen leiden indien de vereveningsplichtige stelt en bij betwisting aannemelijk maakt dat de benodigde liquide middelen ook niet kunnen worden vrijgemaakt of van elders verkregen zonder de continuïteit van de bedrijfsvoering van de rechtspersoon en de onderneming waaraan deze is verbonden in gevaar te brengen.*

Afstortingsproblematiek (4)

Hof Den Haag 18-6-2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2744 (tussenuitspraak), en
17-09-2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3016

- *Bij de beoordeling van de financiële positie van de vennootschap dient onder meer rekening te worden gehouden met het vennootschappelijk belang. Onder het vennootschappelijk belang verstaat het hof onder meer het aandeelhoudersbelang, de belangen van werknemers, de belangen van crediteuren. Het vennootschappelijk belang brengt eveneens met zich mede dat rekening dient te worden gehouden met investeringen van de vennootschap om de continuïteit van de onderneming in de toekomst te waarborgen.*
- *In het onderhavige geval is sprake van een pensioen-BV Van belang is dat de belangen van de deelnemers zoveel mogelijk worden gewaarborgd. 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 DGA 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. → Effectief beschikbaar bedrag voor pensioenuitkeringen*

Afstortingsproblematiek (5)

Hof Den Haag 23-3-2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1032

- *De pensioenproblematiek is na de uitspraak van de Hoge Raad in 2007 drastisch gewijzigd, deze wijziging is veroorzaakt door de zeer lage rente stand terwijl de pensioenen in eigen beheer op fiscale grondslagen zijn opgebouwd hetgeen met zich meebrengt dat er met een veel hogere rente is gerekend.*
- *Het ongeclausuleerd toepassen van het arrest van de Hoge Raad uit 2007 is naar de huidige maatstaven maatschappelijk onaanvaardbaar. Nu er sprake is van een dekkingstekort binnen de pensioen BV, waardoor deze vennootschap niet kan voldoen aan de financiële verplichtingen jegens de man en jegens de vrouw, dienen het ouderdomspensioen van de man, het ouderdomspensioen van de vrouw alsmede het nabestaandenpensioen van de vrouw in gelijke mate te worden verdeeld over het effectief beschikbare bedrag voor uitkeringen van de pensioenen en dient het verzoek van de vrouw tot afstorting van de pensioenrechten te worden afgewezen*

Afstortingsproblematiek (6)

Hof Arnhem-Leeuwarden 6-9-2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7163

- *Het hof is van oordeel dat het door de man in het verleden gevoerde beleid als DGA van de BV mede een rol kan spelen.*
- *De postrelationele solidariteit houdt mede in dat de man bij zijn beslissingen in het verleden ook rekening had moeten houden met de belangen van de vrouw.*
- *Gelet op de ontwikkelingen binnen de BV ná de balansdatum 31 december 2014 is het hof van oordeel dat een deskundigenonderzoek nodig is*

Afstortingsproblematiek (7)

Hoge Raad 14 april 2017, nr. 15/04552, ECLI:NL:HR:2017:693

- *Art 2 lid 1 WVPS geldt ook voor het pensioen in eigen beheer van de DGA.*
- *Het recht op pensioenverevening berust op het uitgangspunt dat echtgenoten in gelijke mate aanspraak kunnen maken op het pensioen dat gedurende de deelnemingsjaren tussen de huwelijkssluiting en het tijdstip van scheiding door een van hen is opgebouwd, en dus evenredig met de duur van het huwelijk.*
- *Het wettelijke uitgangspunt dat echtgenoten in gelijke mate aanspraak kunnen maken op het opgebouwde pensioen, is onverkort van toepassing indien de afstortingsplicht bestaat. De afstorting dient dan ook zodanig plaats te vinden dat de aanspraken van partijen op het pensioen in beginsel ook in dezelfde mate zijn verzekerd, althans dat dit laatste zoveel mogelijk het geval is.*

Afstortingsproblematiek (8)

Hoge Raad 14 april 2017, nr. 15/04552, ECLI:NL:HR:2017:693

- *Indien de vennootschap een pensioentoezegging doet, dient zij zorg te dragen dat zij deze te zijner tijd kan nakomen. Indien en voor zover de opbouw van het pensioen in eigen beheer plaatsvindt, dient zij daarom in beginsel over voldoende kapitaal daartoe te beschikken (in de vorm van een voorziening of van eigen vermogen). In verband met de bepaling van art. 3.29 Wet IB 2001 (die een rekenrente voorschrijft van ten minste 4%) kan de fiscale pensioenreserve in dit verband onvoldoende zijn (hetgeen mede aanleiding is geweest voor de totstandkoming van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen, Stb. 2017, 115). Bij het vorenstaande dient dan ook te worden uitgegaan van de zogeheten commerciële waarde van de toezegging, waarbij de heersende marktrente tot uitgangspunt wordt genomen.*

Afstortingsproblematiek (9)

Hoge Raad 14 april 2017, nr. 15/04552, ECLI:NL:HR:2017:693

- *Indien op het tijdstip van scheiding onvoldoende kapitaal aanwezig is om én het aandeel van de tot verevening gerechtigde echtgenoot af te storten, waaronder begrepen de meerkosten om na afstorting tot dezelfde pensioenuitkering te komen als waarop deze zonder afstorting aanspraak had kunnen maken, én voldoende kapitaal in de vennootschap achter te laten om (opnieuw naar commerciële waarde berekend) de met het aandeel van de tot verevening verplichte echtgenoot corresponderende pensioenaanspraak te dekken, zal het tekort in beginsel moeten worden gedeeld, evenredig met de verhouding waartoe de verevening overeenkomstig art. 3 lid 1 WVPS leidt. Alleen aldus wordt immers voldoende recht gedaan aan het hiervoor vermelde uitgangspunt dat de aanspraken van partijen (zoveel mogelijk) in dezelfde mate zijn verzekerd.*

Annotatie: zie PJ 2017/87

Afstortingsproblematiek (10)

Rechtbank Rotterdam 16 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5850

- Toepassing van HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693
- Externe uitvoering naar evenredigheid van de commerciële waarde van de rechten van de ex-partner van de DGA op diens pensioen in eigen beheer en de voor de DGA resterende rechten, vermeerderd met de kostenopslagen die de verzekeraar rekent
- Voor externe uitvoering van de pensioenrechten dient de BV de fiscale pensioenvoorziening en het fiscale eigen vermogen beschikbaar te stellen

Annotatie: deze uitspraak ligt in lijn van de wijze waarop het arrest van de Hoge Raad werd geïnterpreteerd in annotatie WT bij dat arrest (PJ 2017/87)

Afstortingsproblematiek (11)

Rechtbank Rotterdam 15 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2456

- Aansprakelijkheid DGA voor externe uitvoering van de pensioenrechten van zijn ex-partner ten laste van zijn BV bij ernstig persoonlijke verwijtbaarheid
- Op grond van onaanvaardbaarheidsnorm geen externe uitvoering ten laste van inkomen gegenereerd na beëindiging van het huwelijk

Annotatie: zie PJ 2017/87

Afstortingsproblematiek (12)

Gerechtshof Amsterdam 16 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1846

- Externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA impliceert geen conversie

Dat betekent dat:

- Extern uitgevoerde rechten blijven behoren tot het vermogen van de BV
- Bij vooroverlijden ex-partner vervallen deze rechten aan de BV

Afstortingsproblematiek (13)

Afstorten in de praktijk

DGA: meestal eindloon

Verzekeraars: bieden dit niet meer aan als product

Alternatief

- Kapitaalverzekering met pensioenclausule
- Uitkeringsovereenkomst wordt uitgevoerd als kapitaalovereenkomst!

Verzekeringnemer, verzekerde, begunstigde

Gevolgen op expiratiedatum

- Indien te weinig pensioen
- Indien te veel pensioen

Alimentatie en pensioentoets



Alimentatie en pensioentoets

Pensioenuitkeringstoets art. 2:216 BW

- Solvabiliteit
- Liquiditeit

Pensioen in eigen beheer herwaarderen op marktwaarde voor beoordeling dividendcapaciteit

Ratio: bescherming crediteuren

Geen ODV-toets (RJ-Uiting 2017-8; bron: www.rjnet.nl)

“Verboden” alimentatie

“Verboden” alimentatie is alimentatie door een DGA verschuldigd die uitsluitend kan worden voldaan door onttrekkingen aan de BV terwijl dividendopnamen verboden zijn

Formeel “verboden” alimentatie

Rechter legt verboden alimentatie direct op door uitdrukkelijk met de mogelijkheid van dividendopnamen rekening te houden terwijl dividendopnamen verboden zijn

Materieel “verboden” alimentatie

Rechter legt verboden alimentatie indirect op door het hanteren van ficties (uitgaan van een hoger DGA-salaris dan het werkelijke terwijl verhoging het DGA-salaris onzakelijk zou maken of door het hanteren van ficties ten aanzien van de lasten van de DGA)

Gebondenheid BV:

- BV de facto gebonden omdat betaling van de “verboden” alimentatie een wettelijke verplichting is (de verplichting van de DGA om de “verboden” dividendopnamen te doen heeft als keerzijde dat de BV verplicht is het dividend beschikbaar te stellen; vgl. de definitie van het begrip verbintenis; Hijma/Olthof, Compendium Nederlands vermogensrecht, 12e druk, nr. 299)
- Voorbeeld: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4690 waar een alimentatieovereenkomst onderdeel van een rechterlijke uitspraak werd gemaakt (BV de facto gebonden omdat de DGA de BV vertegenwoordigde)

“Verboden” alimentatie

Fiscale sanctie op verboden dividendopnamen

- Het opleggen van een aanslag dividendbelasting waarbij de rekening-courantschuld als netto dividend wordt beschouwd (15% te betalen door de BV op grond van art. 5 Wet Div.bel, 10% te betalen door de DGA privé op grond van art. 2.12 Wet IB)

OF

- Het opleggen van een aanslag loonbelasting aan de BV over de marktwaarde van het pensioen in eigen beheer in verband met het afkopen daarvan aan de DGA (art. 19b, lid 1 Wet LB)
- 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 AWR)

EN EVENTUEEL ALS DE FISCUS OORDEELT DAT DE FACTO NIMMER SPRAKE WAS PENSIOEN

- 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 VPB)

“Verboden” alimentatie

Consequenties volgens heersende leer

- “Verboden” alimentatie wordt in de praktijk in rekening-courant geboekt
- DGA dient de rekening-courantschuld af te lossen
- Het belastingvoordeel in de IB-sfeer als gevolg van aftrek in de IB-sfeer kwam toe aan de ex-partner
- De DGA heeft in de IB-sfeer voor “verboden” alimentatie de facto geen belastingaftrek omdat de rekening-courantschuld uit netto inkomen moet worden afgelost (uit toekomstig netto DGA-salaris of toekomstig netto dividend)
- De BV moet de alimentatie de facto opbrengen, maar heeft geen belastingaftrek
- Oplossing: belastingdienst zou aftrek in de BV moeten toestaan omdat deze feitelijk door de BV is verschuldigd

Rechtspraak

Rechtbank Noord-Holland 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6947

- Geen verplichting tot het doen van dividenduitkeringen voor betaling van alimentatie als gevolg van toepassing van de pensioenuitkeringstoets

Gerechtshof Den Haag 10 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2664

- Bij de berekening van de draagkracht voor betaling van alimentatie door een DGA dient met de (pensioen)toets van art. 2:216 BW voor dividendopnamen rekening te worden gehouden gezien de vergaande fiscale gevolgen die verboden dividendopnamen kunnen hebben voor de continuïteit van de BV en het pensioen in eigen beheer van de DGA

Casus



Uitfasering pensioen in eigen beheer



Wet uitfaseren PEB

Hoofdregel

- Vanaf 1 april 2017 geen pensioenopbouw in eigen beheer meer mogelijk
- Coulaceperiode tot 1 juli 2017
- Eigen BV is geen toegelaten verzekeraar meer

Overgangsrecht voor pensioenaanspraken per 31 maart 2017
(coulaceperiode: 30 juni 2017)

Overgangsrecht biedt 3 mogelijkheden

- Premievrij voortzetten
- Gefaciliteerd afkopen
- Omzetten in een oudedagsverplichting

Pensioenopbouw DGA vanaf 1 april 2017 (1 juli 2017): verzekeren

Premievrij voortzetten

Per 31 maart 2017 (30 juni 2017) opgebouwde pensioenaanspraken

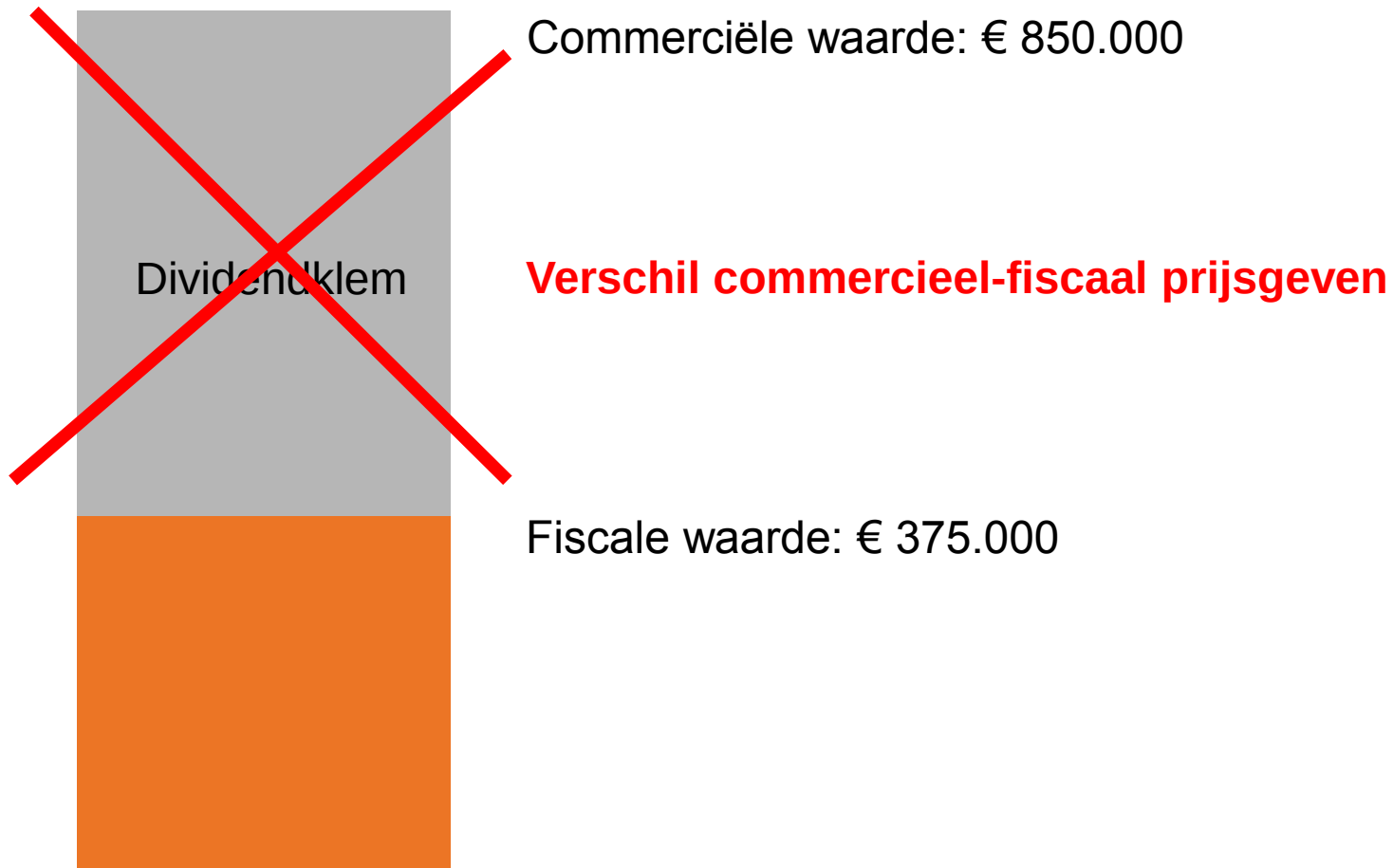
- Premievrij maken
- Indexeren
- Voorziening actuarieel oprenten
- Levenslang uitkeren
- Fiscale wet- en regelgeving per 31 december 2016 blijft van toepassing!
- Civiele wet- en regelgeving blijft van toepassing
- Verschil fiscaal vs commercieel blijft bestaan = dividendklem
- Echtscheiding: verevenen + afstorten

Spijtoptanten kunnen nog tot 1 januari 2020 switchen

Afkopen of omzetten



Stap 1 Afkopen of omzetten



Stap 2 Afkopen of omzetten



Vrijval: € 475.000

Fiscale waarde: € 375.000

- Afkopen
- Omzetten in ODV

Gefaciliteerd afkopen (1)

Pensioenaanspraken in 2017-2018-2019 belastingvrij afstempelen

Opgebouwde pensioenaanspraken geheel met korting afkopen

- 2017: 34,5%
- 2018: 25%
- 2019: 19,5%

Korting over fiscale voorziening per 31 december 2015!

- Ingegaan pensioen: korting over daadwerkelijke afkoopsom

Belast in box 1 zonder revisierente

Fiscale onderdekking: geen verdere korting/afstempelen

Gefaciliteerd afkopen (2)

Pensioenopbouw vanaf 1 januari 2016

- Afkopen zonder korting
- Geen revisierente

In 2016 of vóór 1 juli 2017 van verzekeraar naar BV teruggehaald pensioenkapitaal

- Afkopen zonder korting
- Geen revisierente
- NB Vanaf 1 juli 2017 terughalen niet meer mogelijk!

Opbouw in 2016 en 2017 > 250% opbouw in 2015

- Afkopen tegen WEV zonder korting
- Met revisierente

Omzetten in oudedagsverplichting (1)

Pensioenaanspraken in 2017-2018-2019 belastingvrij afstempelen

Opgebouwde pensioenaanspraken geheel omzetten in aanspraken
ingevolge een oudedagsverplichting

- Geen korting!

Omzetten in oudedagsverplichting (2)

Na omzetting eventueel alsnog gefaciliteerd in 2017-2018-2019 afkopen
Zolang niet afgekocht

- Jaarlijks oprenten met gemiddeld U-rendement, ook ná ingang
- Saldo tot uiterlijk 2 maanden ná bereiken AOW-leeftijd aanwenden voor lijfrenteverzekering of lijfrenterekening, of
- ODV in 20 jaar uitkeren door BV
 - Ook ná ingang eventueel aanwenden voor lijfrenteverzekering of lijfrenterekening
 - Na overlijden DGA: uitkeren aan erfgenamen
 - ODV-uitkering vervroegen tot 5 jaar vóór AOW-leeftijd DGA

Afkopen of omzetten in oudedagsverplichting

Hoge Raad 13-7-2018, ECLI:NL:HR:2018:1180

“Het strookt met de (ratio van de) Wvps om afgekochte pensioenrechten bij de verdeling van een huwelijksgemeenschap op een zo veel mogelijk gelijke wijze in aanmerking te nemen als niet afgekochte pensioenrechten”

Hoe verhoudt deze uitspraak zich tot de uitfasering van PEB?

- Afkoopsom
- ODV
- Prijsgegeven pensioenaanspraken / vrijvalwinst

Blijft dit beperkt tot een huwelijksgemeenschap?

- WVPS geldt zowel voor GVG als HVW: huwelijksgoederenregimeneutraal

Informatieformulier

Indienen binnen 1 maand ná

- Gefaciliteerd afkopen
- Omzetten in een ODV

Besluit van 18 oktober 2018, nr. 2018-23862

- Goedkeuring: indienen binnen 1 jaar
- Let op: wel binnen 1 maand aangifte doen en loonheffing afdragen

Bij omzetten in ODV melding regeling in geval van echtscheiding

Melding wijziging aandelenbelang sinds eerste toezegging

Opgave fiscale en commerciële waarden ten tijde van afkopen of omzetten in ODV + fiscale waarde per 1-1-2015 en 31-12-2015

Ondertekening DGA én (gewezen) partner

Wie is de partner?

Partner als bedoeld in art. 1 PW

Wie valt onder deze partnerdefinitie?

- Echtgenoot
- Geregistreerd partner
- Partner in de zin van de pensioenovereenkomst
 - Bijvoorbeeld de ongehuwd samenwonende partner,
+ duurzame huishouding voeren, of
+ met/zonder samenlevingsovereenkomst

Daarnaast: de gewezen partner

- MvT, blz. 37:
"Hetzelfde (hiermee is bedoeld: schriftelijke instemming partner) geldt indien de (gewezen) werknemer een gewezen partner heeft die recht heeft gehouden op een deel van het pensioen in eigen beheer in de vorm van een partnerpensioen of een afgeleid recht op een deel van het ouderdomspensioen van de (gewezen) werknemer"

Toestemming partner

Wanneer en waarvoor?

- Schriftelijke toestemming vermindering partnerpensioen (art. 3a, 6 WVPS)
 - Wettelijke verplichting geldt uitsluitend voor de echtgenoot/geregistreerd partner
- Schriftelijke instemming verplicht bij uitfasering (art. 38n, 4 LB)
 - Mede-ondertekenen informatieformulier
 - Geldt voor alle soorten partners

Toestemming gewezen partner

Wanneer en waarvoor?

- Verevening
 - Instemming gewezen partner vereist
 - Mede-ondertekenen informatieformulier
- Bijzonder partnerpensioen en conversie
 - Mede-ondertekenen informatieformulier is niet aan de orde
 - Gewezen partner beslist zelf, want eigen pensioenaanspraken
- Ten behoeve van de gewezen partner afgestort pensioenkapitaal
 - Wat is afgestort en op welke manier?
 - Risico's van de kapitaalverzekering met pensioenclausule

Compensatie partner (1)

Waarom zou de partner meewerken aan uitfasering?

Wat zijn de (uitkerings)rechten van de partner?

Wat geeft de partner potentieel prijs?

Wordt de partner gecompenseerd, en zo ja, op welke wijze en wanneer?

Compensatie partner (2)

Rechten van de partner

- Wat voor relatie?
 - Gehuwd / geregistreerd partnerschap
 - Ongehuwd samenwonend
- Voorwaardelijkheid aanspraken
 - (Normaal) partnerpensioen
 - Uitkeringsrechten uit hoofde van verevening ouderdomspensioen

Compensatie partner (3)

Rechten van de echtgenoot/geregistreerd partner

- In geval van overlijden
 - Partnerpensioen
- In geval van echtscheiding = wettelijk recht
 - Verevening tijdens huwelijk/partnerschap opgebouwd ouderdomspensioen (blijft pensioenaanspraak DGA)
 - Afsplitsing volledig (bijzonder) partnerpensioen (eigen aanspraak partner)

Compensatie partner (4)

Rechten van de ongehuwd samenwonende partner

- In geval van overlijden
 - Partnerpensioen
- In geval van echtscheiding = geen wettelijk recht
 - ➔ Checken in de pensioenovereenkomst
 - Verevening tijdens relatie opgebouwd ouderdomspensioen
 - ➔ Komt bij DGA zelden voor
 - Afsplitsing volledig (bijzonder) partnerpensioen
 - ➔ Komt regelmatig voor (modellen Belastingdienst)

Scenario-analyse

11 situaties die zich kunnen voordoen

Tijdens huwelijk

1. DGA overlijdt op korte termijn
2. DGA overlijdt op langere termijn
3. Partner overlijdt eerder dan DGA

Na echtscheiding

4. DGA overlijdt kort na scheiden op korte termijn
5. DGA overlijdt geruime tijd na scheiden op korte termijn
6. DGA overlijdt kort na scheiden op langere termijn
7. DGA overlijdt geruime tijd na scheiden op langere termijn
8. Partner overlijdt kort na scheiden op korte termijn
9. Partner overlijdt geruime tijd na scheiden op korte termijn
10. Partner overlijdt kort na scheiden op langere termijn
11. Partner overlijdt geruime tijd na scheiden op langere termijn

Voorbeeld

DGA

Partner

Opgebouwd OP / 67 jaar

Opgebouwd PP

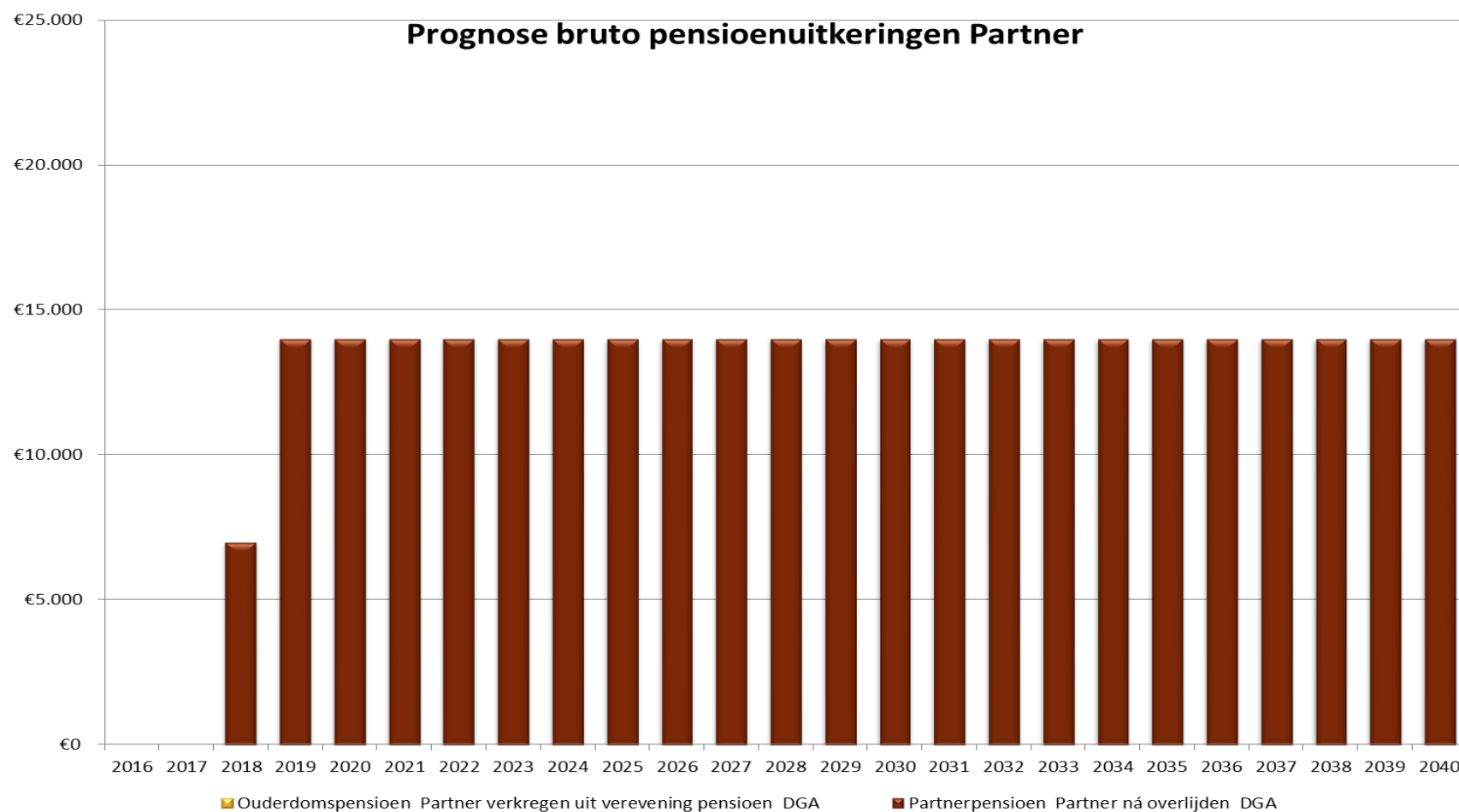
geboren 1 januari 1955

geboren 1 januari 1958

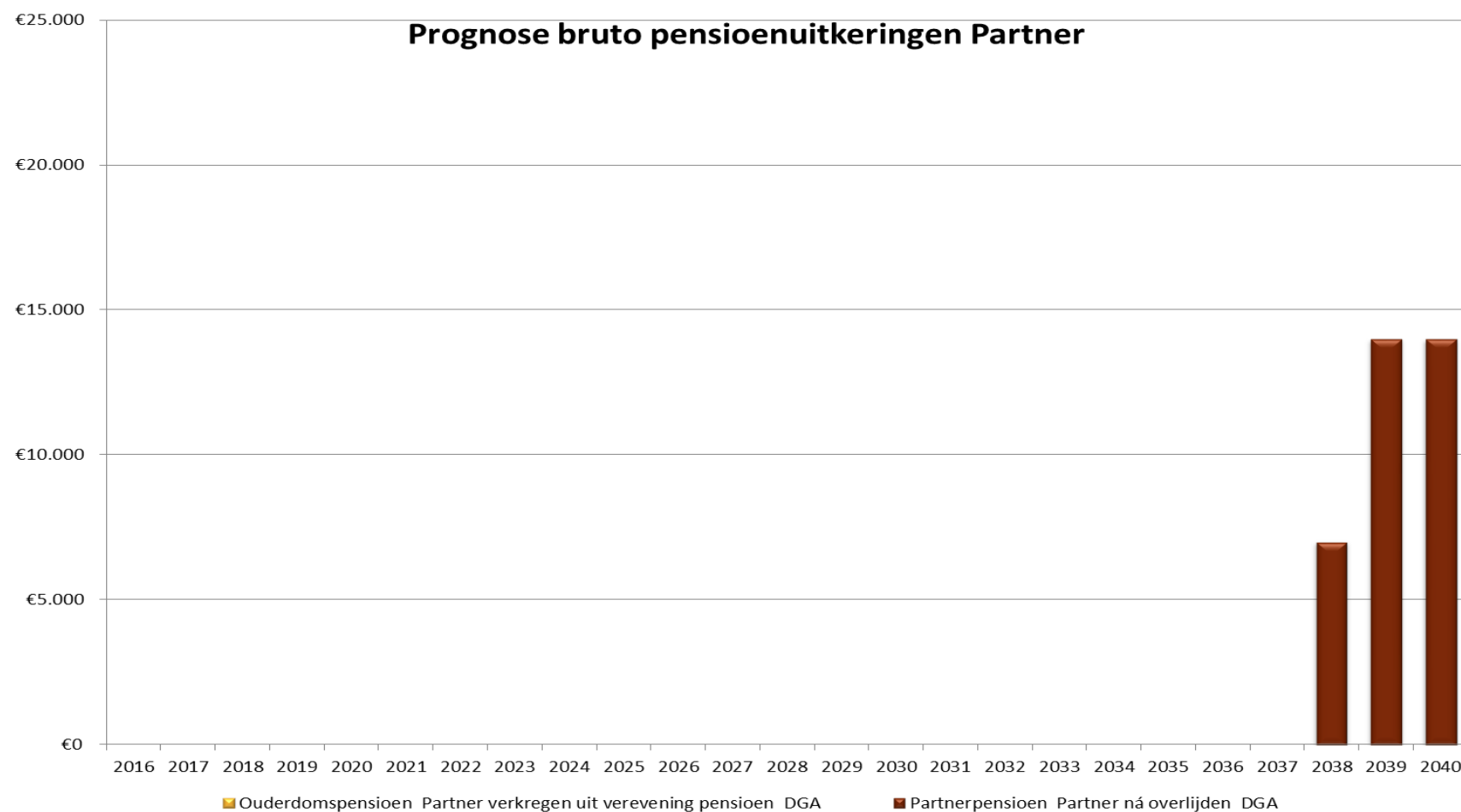
€ 20.000

€ 14.000

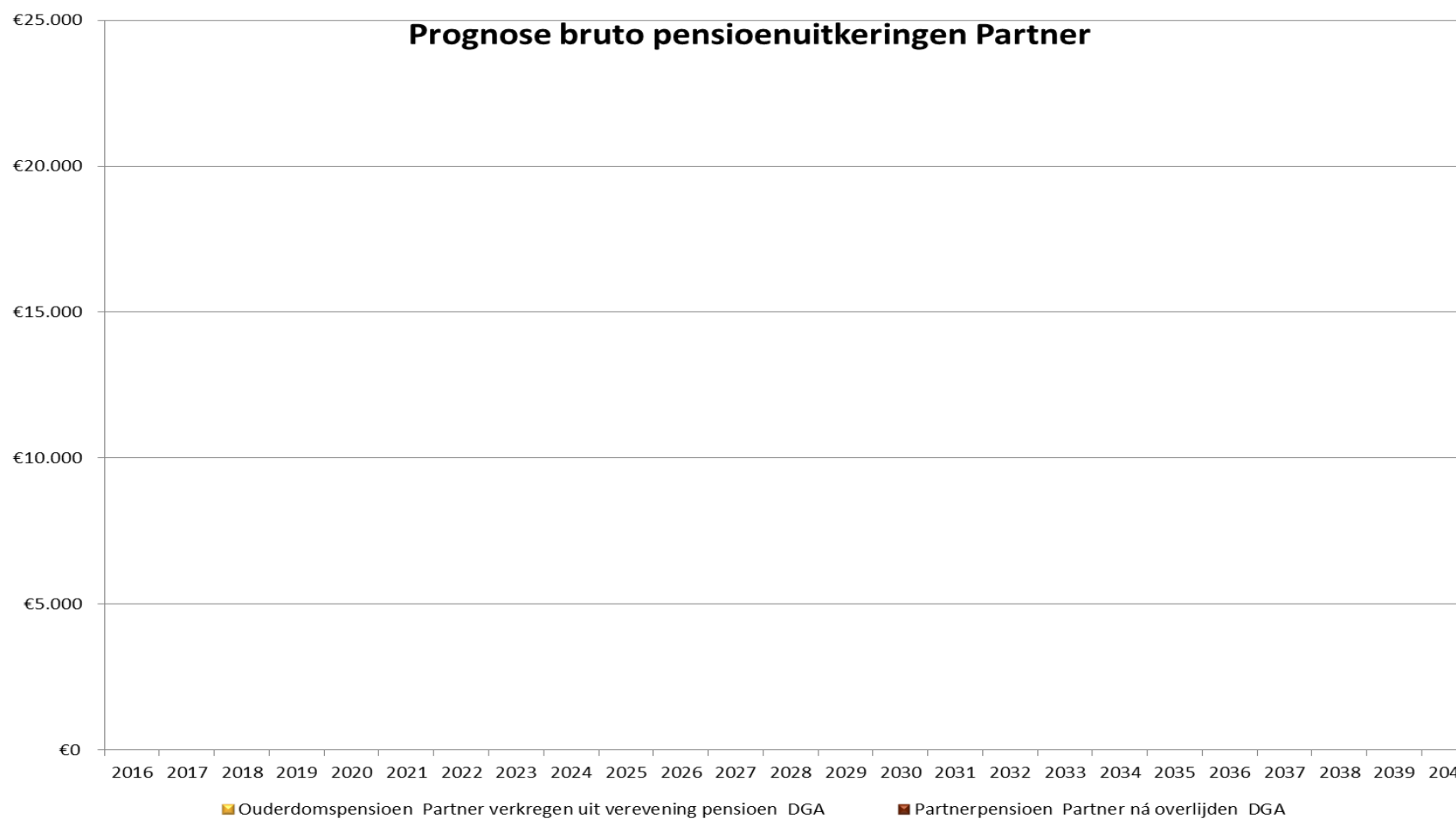
Scenario 1



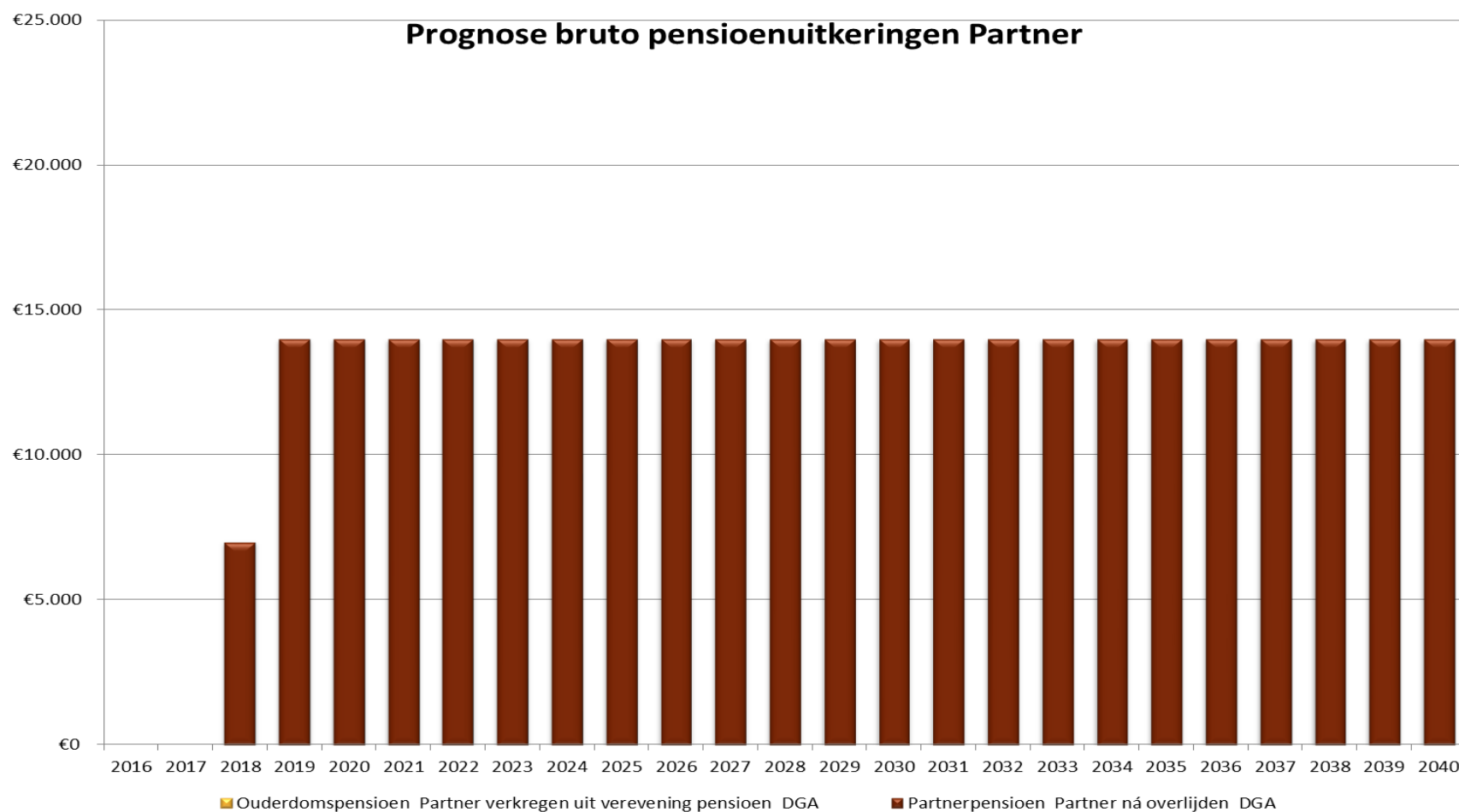
Scenario 2



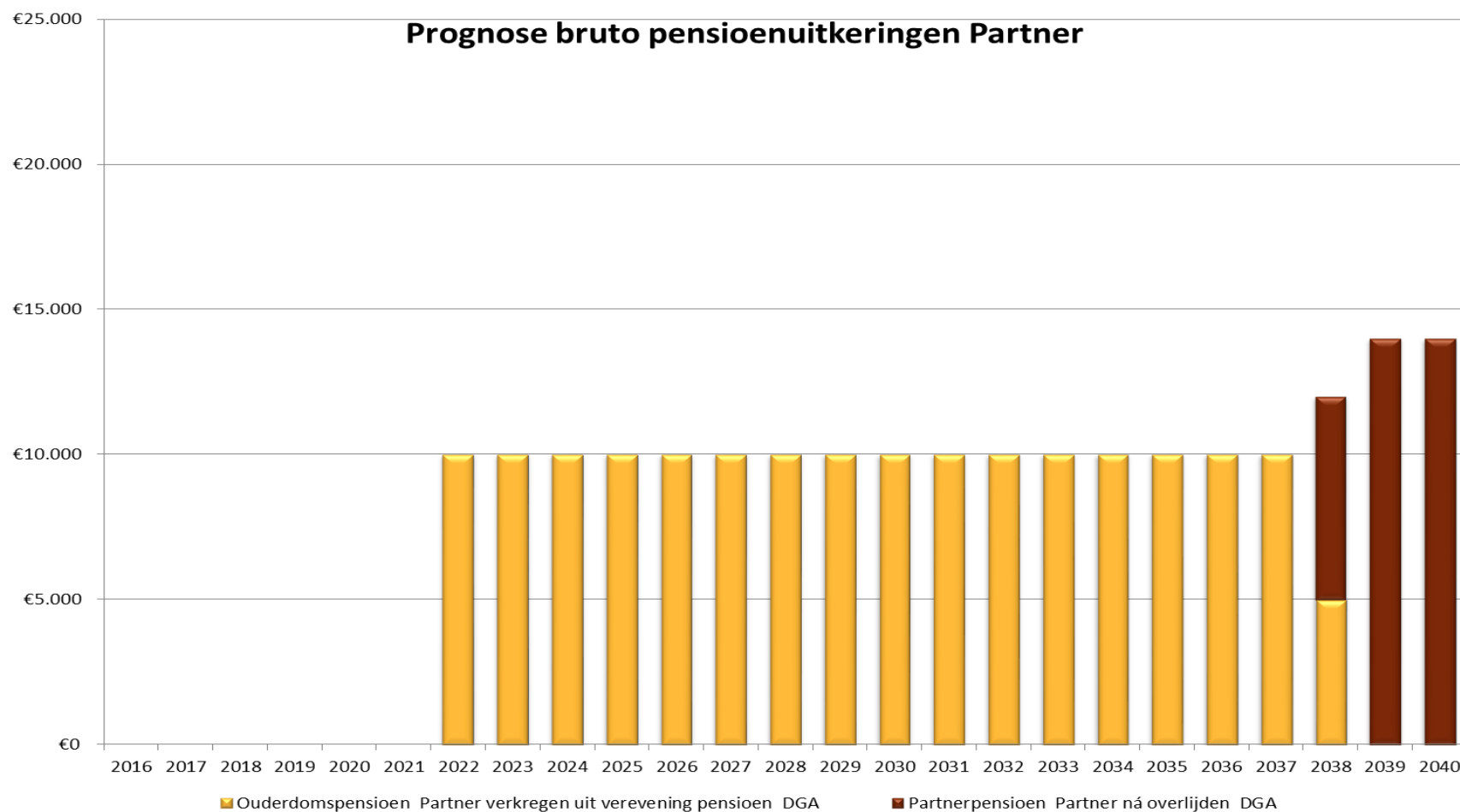
Scenario 3



Scenario 4



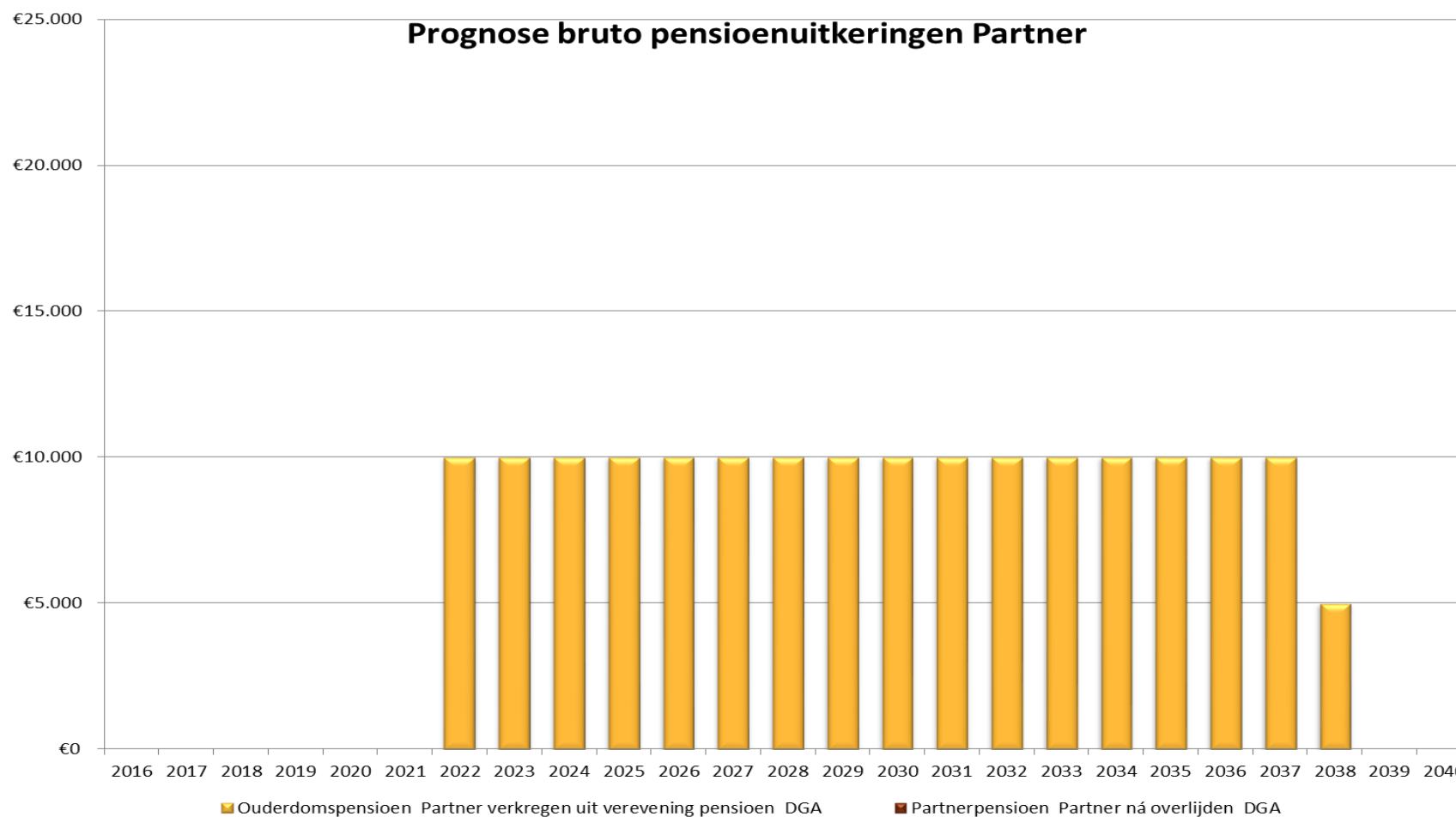
Scenario 5



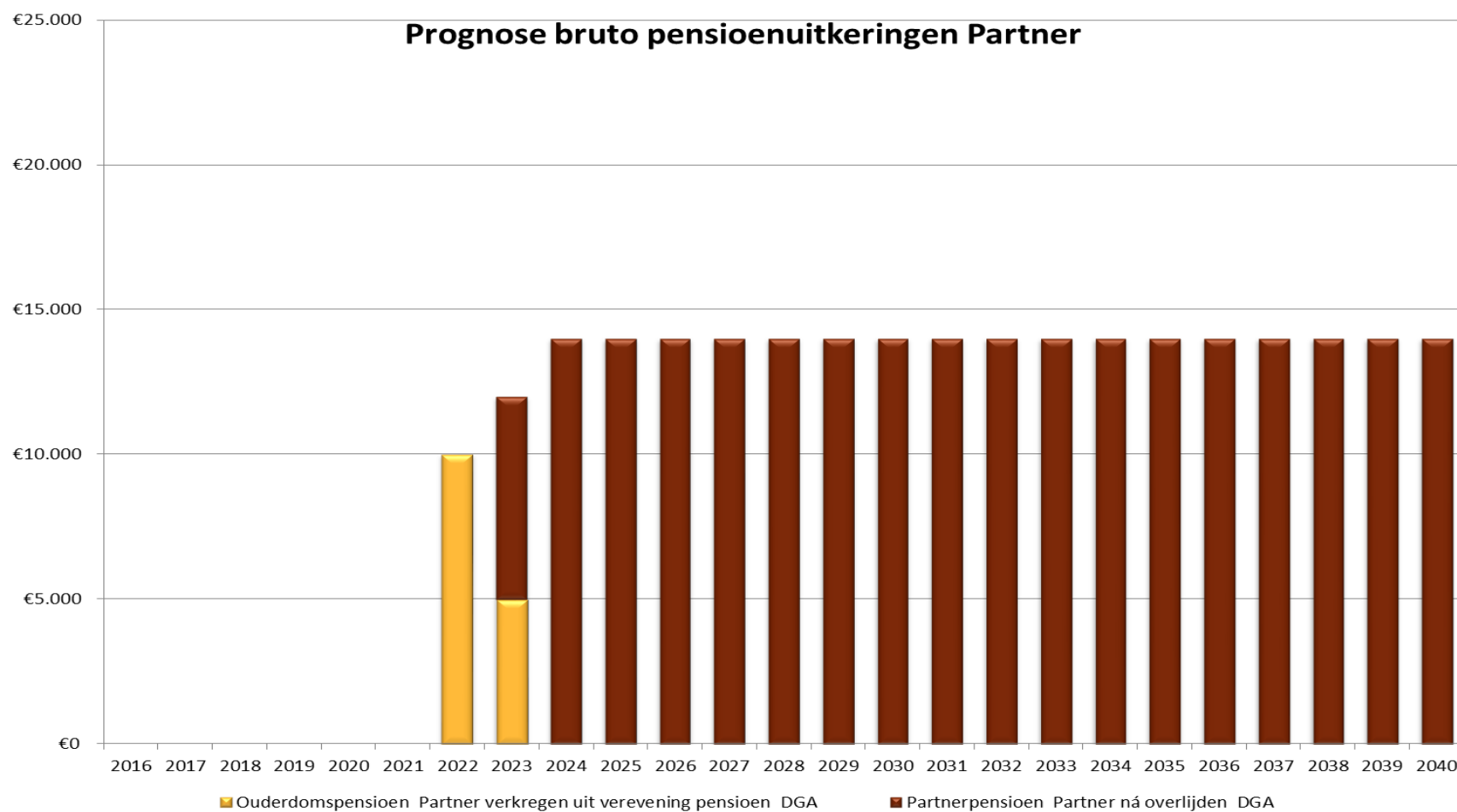
Scenario 6



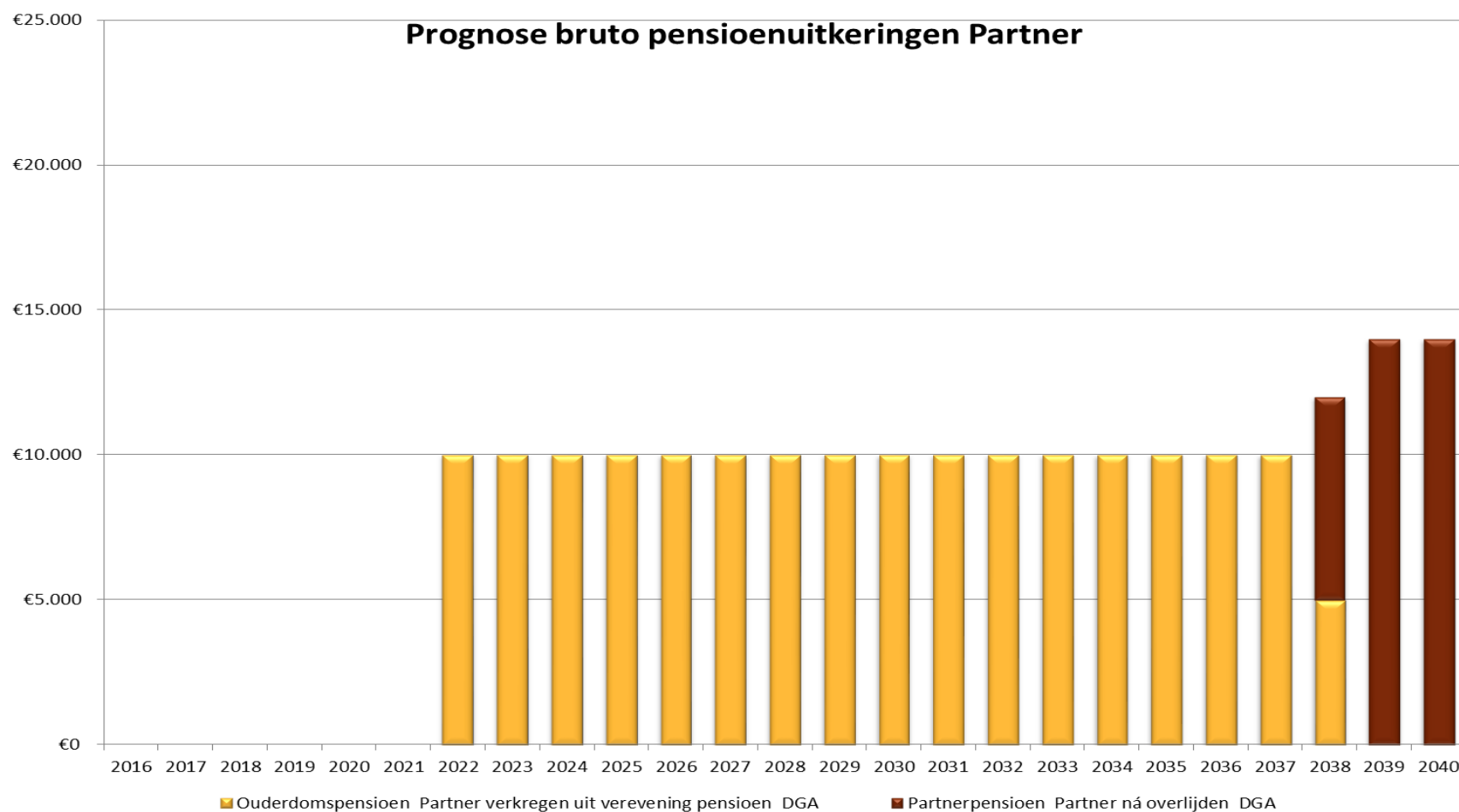
Scenario 7



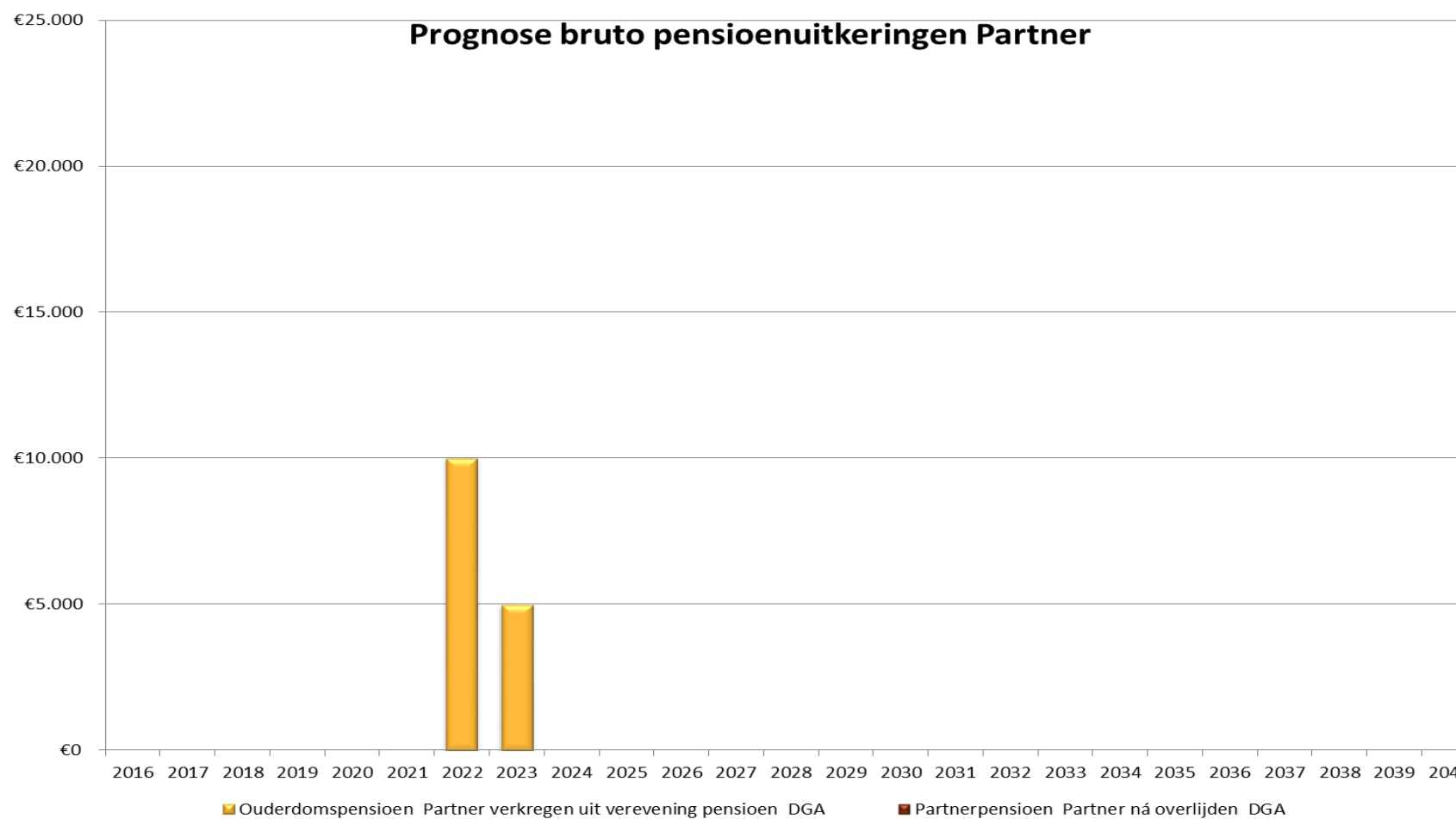
Scenario 8



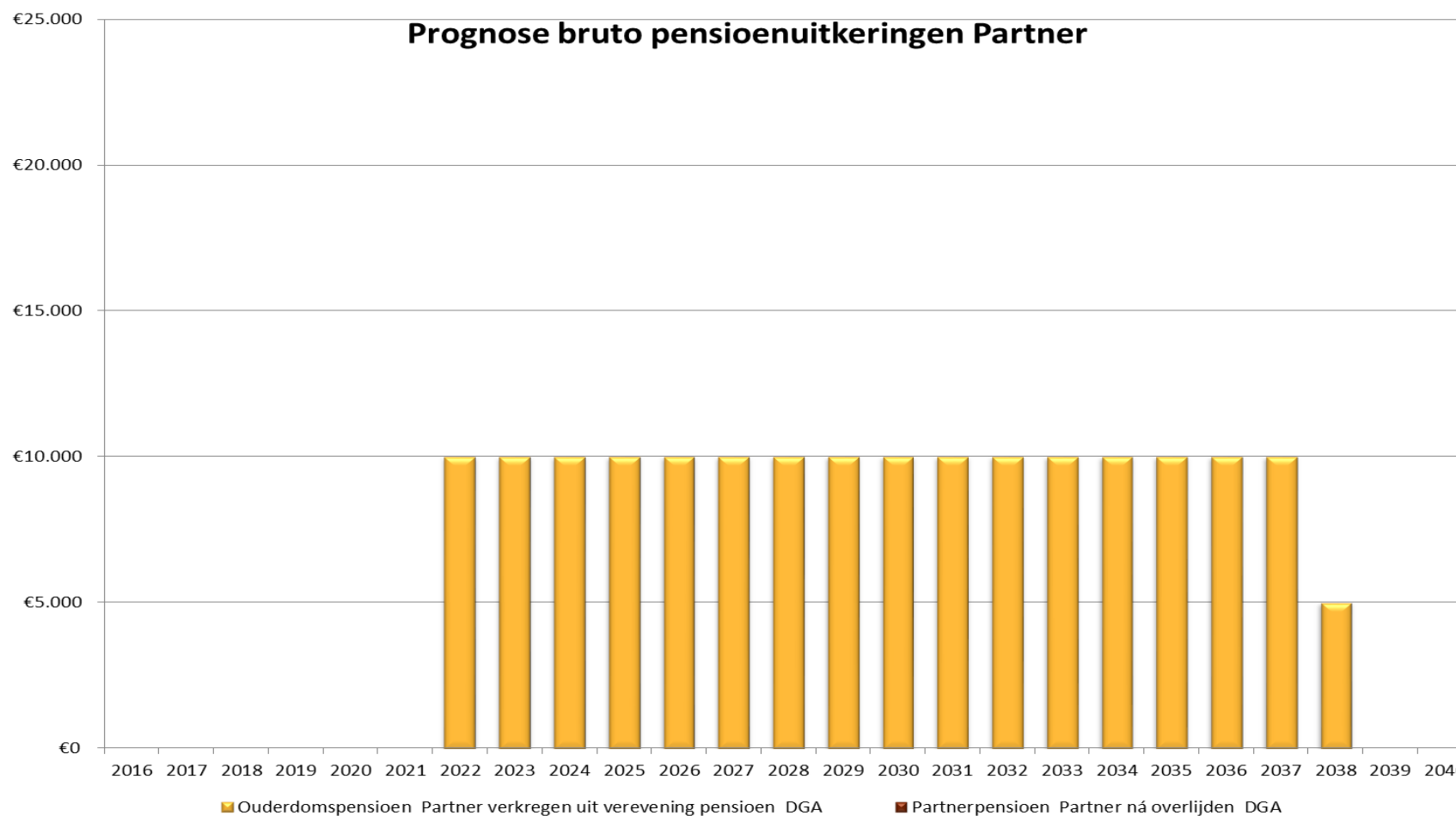
Scenario 9



Scenario 10



Scenario 11



Compensatie partner (5)

Op welke wijze en wanneer wordt de partner gecompenseerd?

Relevante factoren in verband met omvang compensatie

- Vermogenspositie BV
- Huwelijksgoederenregime
- Testament DGA

Wijze van compenseren

- In contanten
- Verrekening of verdeling ODV
- Aandelen met dividendreserve / stemrechtloos

Moment van compenseren

- Onvoorwaardelijk/direct
- Voorwaardelijk/uitgesteld

Hoe vastleggen?

- Maken of aanpassen van huwelijksvoorwaarden

Compensatie partner (6)

Vermogenspositie BV

- Mate van dekking pensioenverplichtingen
 - Hoge Raad HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693
 - Onvoldoende dekking → verdeling tekort naar evenredigheid
- Solvabiliteit vs. liquiditeit

Compensatie partner (7)

Huwelijksgoederenregime

- Gemeenschap van goederen
 - Waardestijging aandelen komt ook partner voor de helft toe, tenzij aandelen geërfd of geschonken gekregen met uitsluitingsclausule
- Huwelijkse voorwaarden
 - Koude uitsluiting
 - Verrekenbeding
 - Periodiek: al dan niet uitgevoerd
 - Finaal: echtscheiding, overlijden, beiden
 - Regeling omtrent pensioenverevening

Compensatie partner (8)

Testament DGA

- Wat is geregeld in geval van overlijden?
 - Wie is erfgenaam en voor welk gedeelte?
 - Wettelijke verdeling?
 - Legaat partner?
- Biedt geen garantie voor de partner

Compensatie partner (9)

Leidt het ontbreken van compensatie tot een schenking?

Criteria

- Verarming (partner)
- Verrijking (DGA)
- Bevoordelingsbedoeling (partner)

Compensatie partner (10)

Zienswijze staatssecretaris van Financiën

GVG

- Niet in het zicht van echtscheiding
 - Geen schenking
 - Ook niet bij ontbreken passende compensatie

GVG

- Wel in het zicht van echtscheiding
 - Schenking
 - Tenzij passende compensatie

Compensatie partner (11)

Zienswijze staatssecretaris van Financiën

HVW met wederkerig finaal verrekenbeding bij echtscheiding én overlijden

- Niet in het zicht van echtscheiding
 - Vergelijkbaar met GVG
 - Geen schenking
 - Ook niet bij ontbreken passende compensatie

HVW met wederkerig finaal verrekenbeding bij echtscheiding én overlijden

- Wel in het zicht van echtscheiding
 - Vergelijkbaar met GVG
 - Schenking
 - Tenzij passende compensatie

Compensatie partner (12)

Zienswijze staatssecretaris van Financiën

HVW zonder wederkerig finaal verrekenbeding bij echtscheiding én overlijden

- Niet in het zicht van echtscheiding
 - Schenking
 - Tenzij passende compensatie

HVW zonder wederkerig finaal verrekenbeding bij echtscheiding én overlijden

- Wel in het zicht van echtscheiding
 - Schenking
 - Tenzij passende compensatie

Compensatie partner (13)

*Standpunt Kennisgroep Verzekeringsproducten en Assurantiebelasting
(V&A d.d. 18-7-2018)*

Onderscheid

- Directe compensatie
- Voorwaardelijke compensatie

Wat wordt verstaan onder “compensatie”?

- In standpunt KVA wordt daar niets over vermeld
- Onderscheid compensatie in de vorm van
 - Netto vermogen
 - Bruto inkomen (verdeling ODV)
- GVG: toename waarde aandelen vanwege vrijval verplichting
- HVW: vordering uit hoofde van verrekenbeding

Compensatie partner (14)

Standpunt KVA

Uitfasering staande huwelijk en niet in het zicht van echtscheiding

- Directe of voorwaardelijke compensatie heeft geen gevolgen voor de IB
- Speelt zich af in de vermogenssfeer
- Compensatie partner
 - Wordt niet beschouwd als compensatie ter zake van de pensioenverevening
 - Niet belast bij partner
 - Niet aftrekbaar als persoonsgebonden aftrek bij DGA

Compensatie partner (15)

Standpunt KVA

Uitfasering in het zicht van echtscheiding

- Compensatie (gewezen) partner
 - Maakt onderdeel uit van echtscheidingsconvenant
 - Belast bij (gewezen) partner (art. 3.102, 3 IB)
 - Aftrekbaar als persoonsgebonden aftrek bij DGA (artikel 6.3, 1, d IB)

Compensatie partner (16)

Standpunt KVA

Uitfasering ná echtscheiding

- Overeengekomen in het verleden
 - Pensioenverevening
 - Verzelfstandiging bijzonder partnerpensioen
- Thans
 - Uitfasering
 - Compensatie van de gewezen partner
- Compensatie gewezen partner
 - Belast bij gewezen partner (art. 3.102, 1 IB)
 - Aftrekbaar als persoonsgebonden aftrek bij DGA (art. 6.3, 1, b IB)

Kan de DGA of de partner verplicht worden om mee te werken aan de uitfasering van het PEB?

Hof Arnhem-Leeuwarden 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7047

- Vrouw vordert executoriale verkoop van aandelen van een BV voor voldoening van alimentatie
- Door PEB uit te faseren ontstaat vrij vermogen
- Vordering toegewezen

Rb Oost-Brabant 20 september 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:5229

- Vrouw vordert conversie en omzetting in een (eigen) ODV
- Vordering afgewezen

Rb Amsterdam 31 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1755

- Vrouw (DGA) vordert medewerking man voor omzetting PEB in ODV
- Vordering toegewezen

Gerechtshof Den Haag 28 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:799

- Gewezen partner verplicht stopzetting pensioenopbouw in eigen beheer te dulden vanwege fiscale sancties op voortzetting pensioenopbouw

Rondvraag en afsluiting

