

Pensioen en (echt)scheiding

De DGA

13 juni 2022

Mr. Wim P.M. Thijssen, advocaat bij
Pensioenadvocaten.nl te Amstelveen



Onderwerpen

- Basisregels voor pensioen in eigen beheer (peb)
- Wanneer is eigen beheer mogelijk?
- Externe onderbrenging versus conversie
- Solvabiliteit versus liquiditeit
- Stand van de rechtspraak (solvabiliteit)
- De stand van de rechtspraak (liquiditeit)
- Rekenvoorbeeld
- Uitfasering pensioen in eigen beheer
- Alimentatie
- “Verboden” alimentatie
- Eigendomsbescherming

De basisregels voor pensioen in eigen beheer (peb)

De positie van de ex-partner van de DGA:

- Recht op pensioenverevening (recht op uitbetaling van 50% van het tijdens het huwelijk door de DGA opgebouwde ouderdomspensioen) (art. 2, lid 1 jo. art. 3, lid 1 WVPS)
- Pensioenverevening van toepassing bij einde huwelijk of geregistreerd partnerschap en svteb (art. 1, lid 1, aanhef en onder a WVPS)
- Voor pensioenverevening geldt de BV als uitvoeringsorgaan (art. 2, lid 2 WVPS) als het wettelijk mededelingsformulier is ingezonden (art. 2, lid 2 WVPS)
- Afwijkingen (afstand; andere periode; ander percentage; conversie) mogelijk
- Recht op bijzonder partnerpensioen na einde huwelijk of geregistreerd partnerschap (niet bij andere samenlevingsvormen; art. 3a WVPS)
- Afstand mogelijk (zonder constitutieve instemming van de BV; vgl. art. 57, lid 4 Pensioenwet)
- Uitvoeringsorgaan moet bewijs van de aanspraak verstekken (art. 2, lid 5 WVPS en art. 3a, lid 5 WVPS)
- In de praktijk komen vaak afwijkingen van de basisregels voor, met name in geval van ongehuwd samenwonen (zie de model pensioenovereenkomsten van de belastingdienst)

Wanneer is eigen beheer mogelijk?

PSW (tot 2007):

- Schriftelijke instemming nodig van de DGA met eigen beheer
- Voldoende balansvoorziening

Pensioenwet (vanaf 2007):

- DGA geldt niet als werknemer
- Voor "pensioen"opbouw terugvallen op derde pijler

Overgangsrecht Pensioenwet:

- Pensioen vóór 2007 niet in eigen beheer (PSW gold)/vóór 2007 keuze om onder PSW-regiem te blijven vallen/bij keuze voor PSW vanaf 2008 PW van toepassing
- Pensioen vóór 2007 niet in eigen beheer (PSW gold)/vóór 2007 keuze om niet onder PSW-regiem te blijven vallen/PW vanaf 2007 niet van toepassing; eigen beheer vanaf 2007 toegestaan (balansvoorziening volgt regiem Boek 2 BW)
- Pensioen vóór 2007 in eigen beheer/PW vanaf 2007 niet van toepassing; eigen beheer toegestaan (balansvoorziening volgt regiem Boek 2 BW)

De rol van de rechter

Kennis van de gevolgen van (echt)scheiding voor het peb van een DGA is voor de rechter van belang voor:

- De beoordeling van vorderingen strekkend tot het afdwingen van pensioenverevening
- De beoordeling van vorderingen strekkend tot het afdwingen van bijzonder partnerpensioen
- De beoordeling van vorderingen strekkend tot externe onderbrenging van de rechten van de (ex-)partner van de DGA (beoordeling van de solvabiliteit en de liquiditeitspositie van de BV)
- Het formuleren van de vragen voor een te benoemen deskundige
- Het begeleiden van partijen naar een regeling ter gelegenheid van de mondelinge behandeling

Externe onderbrenging versus conversie

Externe onderbrenging:

- De BV brengt de rechten van de ex-partner zodanig extern onder, dat deze zijn gegarandeerd door de externe uitvoerder bij insolventie of faillissement van de BV
- het extern ondergebrachte vermogen blijft een vermogensbestanddeel van de BV, dat op grond van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen echter niet meer naar de BV kan worden teruggehaald (de BV kan een separate verzekering sluiten voor al dan niet gedeeltelijke restitutie van het voor externe onderbrenging betaalde bedrag bij vóóroverlijden van de ex-partner van de DGA)
- Bij gedeeltelijke externe onderbrenging behoudt de ex-partner een restvordering op de BV

Externe onderbrenging versus conversie

Conversie:

- Staat op zichzelf los van externe onderbrenging
- Recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en bijzonder partnerpensioen door actuariële omrekening omgezet in een eigen ouderdomspensioen voor de ex-partner op basis van fictieve deelneming van de ex-partner aan de pensioenregeling van de DGA
- Hoewel dat volgens de wettekst (art. 5 WVPS) niet mogelijk lijkt, wordt conversie in de praktijk ook uitgevoerd ten aanzien van uitsluitend het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen

Externe onderbrenging geconverteerd recht:

- Bij externe onderbrenging van het geconverteerde recht vervalt de mogelijkheid dat het extern ondergebrachte vermogen terugkeert bij de BV in geval van vóóroverlijden van de (ex-)partner van de DGA
- Conversiebonus voor de DGA bij externe onderbrenging geconverteerd recht
- Bij gedeeltelijke externe onderbrenging van het geconverteerde recht behoudt de (ex-)partner een restvordering op de BV indien een mededelingsformulier is ingezonden, anders op de DGA

Solvabiliteit versus liquiditeit

De (on)mogelijkheid van externe onderbrenging van de rechten van de (ex-)partner van een DGA op diens peb dient te worden beoordeeld aan de hand van:

- De solvabiliteit van de BV (welk bedrag moet voor externe onderbrenging van de rechten van de (ex-)partner van de DGA beschikbaar worden gesteld gezien de dekkinggraad van het peb)
- De liquiditeitspositie van de BV (kan de BV het beschikbaar te stellen bedrag uit eigen middelen vrijmaken of financieren zonder dat de continuïteit van de BV in gevaar komt)

Stand van de rechtspraak (solvabiliteit)

HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289:

- De redelijkheid en billijkheid zijn bron van de verplichting voor de BV om de rechten van de (ex-)partner van de DGA op het pensioen van de DGA extern onder te brengen
- Ratio: de BV geldt niet als onafhankelijke uitvoerder van de PSW en de WVPS (sedert 2007: uitsluitend de WVPS) omdat de BV uitsluitend door de DGA wordt beheerst
- Deze externe onderbrenging kan van de BV worden gevorderd
- De DGA hoeft bij een procedure strekkend tot externe onderbrenging van de rechten van de (ex-)partner van de DGA op het pensioen van de DGA geen partij te zijn
- Dit geldt ook indien geen wettelijk mededelingsformulier is ingezonden volgens Gerechtshof Amsterdam 28 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0788

Stand van de rechtspraak (solvabiliteit)

HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658:

- De redelijkheid en billijkheid zijn bron van de verplichting voor de DGA om in hoedanigheid van (ex-)partner te bewerkstelligen dat zijn BV tot externe onderbrenging van de rechten van zijn (ex-)partner op zijn pensioen overgaat

Stand van de rechtspraak (solvabiliteit)

HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693:

- De DGA en zijn (ex-)partner dienen op grond van de redelijkheid en billijkheid in gelijke mate te delen in eventuele onderdekking van het peb binnen de BV
- De dekkingsgraad van het peb wordt vastgesteld aan de hand van:
 - de commerciële waarde van de rechten van de (ex-)partner van de DGA op diens pensioen (50% van het tijdens huwelijk opgebouwd ouderdomspensioen en het volledige tot datum einde huwelijk opgebouwde partnerpensioen) en het voor de DGA resterende recht op zijn pensioen (het vóór het aangaan van het geregistreerd partnerschap of huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen en 50% van het tijdens het geregistreerd partnerschap of huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen)
 - De som van de fiscale waarde van het peb en het ongebonden eigen vermogen van de BV

De commerciële waarde is het bedrag benodigd voor het extern onderbrengen van het peb

De stand van de rechtspraak (solvabiliteit)

HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:276:

- Voor de berekening van de rechten van de (ex-)partner van de DGA op diens pensioen en de pensioenrechten die de DGA behoudt dient te worden uitgegaan van de datum van het eindigen van het geregistreerd partnerschap of het huwelijk
- Voor de berekening van het bedrag dat de BV voor externe onderbrenging van de rechten van de (ex-)partner van de DGA op diens pensioen beschikbaar moet stellen moet worden uitgegaan van de datum waarop de externe onderbrenging feitelijk wordt gerealiseerd
- Ratio: als wat dit laatste betreft van een andere datum zou worden uitgegaan, worden deze rechten feitelijk niet volledig ondergebracht (rente is gedaald) of worden te hoge rechten extern ondergebracht (rente is gestegen)
- Correctie op grond van de redelijkheid en billijkheid denkbaar als de (ex-)partner heeft vertraagd in een situatie waarin de rente sedert het eindigen van het geregistreerd partnerschap of het huwelijk is gedaald

De stand van de rechtspraak (solvabiliteit)

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 december 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:4006:

- Bij het vaststellen van het voor externe onderbrenging van de rechten van de (ex-)partner van de DGA op diens pensioen door de BV beschikbaar te stellen bedrag dient rekening te worden gehouden met de kosten die de verzekeraar voor onderbrenging in rekening brengt
- Dit zijn bijvoorbeeld garantiekosten, administratiekosten en winstopslag (in de praktijk meestal niet transparant)

Opmerkingen:

- De ratio is dat de rechten van de (ex-)partner niet volledig extern kunnen worden ondergebracht indien dit extra bedrag niet beschikbaar wordt gesteld
- De (ex-)partner verkrijgt daardoor grotere zekerheid dan de DGA, de redelijkheid en billijkheid impliceren dat de (ex-)partner recht heeft op de grotere zekerheid (arresten van de Hoge Raad uit 2004 en 2007)

De stand van de rechtspraak (liquiditeit)

HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658:

- De BV dient de externe onderbrenging slechts te realiseren voor zover de BV daarvoor liquide middelen heeft, kan vrijmaken of van derden kan betrekken
- De continuïteit van de BV mag niet in gevaar komen

Opmerkingen:

- Dit is een feitelijk oordeel dat moet worden gebaseerd en moet worden gemotiveerd op basis van de omstandigheden die spelen in de te berechten situatie
- In de praktijk kan de vraag naar de draagkracht van de BV, als partijen daarover verschillende standpunten innemen, aan een deskundige worden voorgelegd
- Voor zover de rechten van de (ex-)partner op het pensioen van de DGA niet extern worden ondergebracht, behoudt de (ex-)partner een restvordering tot externe onderbrenging of een restvordering tot bijbetaling door de BV van het tekort (indien geen wettelijk mededelingsformulier is ingezonden aan de BV, behoudt de (ex-)partner de restvordering ten aanzien van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening jegens de DGA persoonlijk)

De stand van de rechtspraak (liquiditeit)

Gerechtshof Den Haag 27 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:179:

- Onder omstandigheden mag binnen de BV een continuïteitsreserve worden aangehouden
- Traag procederen door de (ex-)partner van de DGA kan impliceren dat een verslechterde positie van de BV aan de (ex-)partner wordt toegerekend
- De mate waarin de rechten van de (ex-)partner van de DGA op diens pensioen extern moeten worden ondergebracht kan worden gematigd:
 - indien de pensioenen van de (ex-)partner van de DGA niet of niet volledig worden verdeeld
 - Op basis van de toekomstverwachtingen omtrent de resultaten van de BV
 - Op basis van de verwachte verdien capaciteit van de DGA
 - Indien de DGA een lening bij de BV moet aangaan om met de (ex-)partner af te rekenen in verband met de aandelenwaardering (in verband met de verdeling van de aandelen)
- Opmerking: ook zou moeten worden gelet op de mate waarin de DGA dividend moet opnemen voor betaling van alimentatie

Rekenvoorbeeld

- Fiscale waarde peb: 1000
- Fiscale waarde rechten (ex-)partner: 700
- Fiscale waarde rechten DGA: 300
- Commerciële waarde rechten (ex-)partner: 2800 (waarin begrepen opslagen verzekeraar 400)
- Commerciële waarde rechten DGA: 1200 (waarin begrepen opslagen verzekeraar 100)
- Ongebonden eigen vermogen BV: 500
- Dekkingsgraad peb: $[\{700 + 300 + 500\} / \{2800 + (1200 - 100)\}] \times 100\% = 38\%$
- Beschikbaar te stellen voor externe uitvoering rechten (ex-)partner: $2800 \times 0,38 = 1064$

Uitfasering pensioen in eigen beheer

Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen, 8 maart 2017, Stb. 2017, 115 en 116 (onder andere wijziging datum inwerkingtreding uitfaseringsregeling) en Besluit van 16 maart 2017 tot wijziging van enige uitvoeringsbesluiten ter uitwerking van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen, Stb. 2017, 117

Drie mogelijkheden:

- Handhaven peb; vanaf 1 juli 2017 geen verdere opbouw mogelijk
- Afkoop peb tegen gunstig tarief in de loonbelasting mogelijk in 2017, 2018 en 2019; vanaf 1 juli 2017 geen verdere opbouw mogelijk
- Fiscaal geruisloos omzetten peb in oudedagsvoorziening; vanaf 1 juli 2017 geen verdere opbouw mogelijk

Uitfasering pensioen in eigen beheer

Handhaven peb:

- Geen verdere fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw meer mogelijk vanaf 1 juli 2017
- Opgebouwd peb blijft premievrij gehandhaafd
- Jaarlijks oprenten voorziening ten laste van eigen vermogen
- Dividendklem blijft bestaan
- Bij (echt)scheiding pensioenverevening en afsplitsen bijzonder partnerpensioen indien partnerpensioen op opbouwbasis onderdeel van de pensioenovereenkomst uitmaakt

Uitfasering pensioen in eigen beheer

Afkoop:

- BV bevrijdt van de pensioenverplichting
- Fiscale pensioenvoorziening valt vrij
- Loonbelasting diende in jaar van afkoop te worden afgedragen
- Netto afkoopsom kwam aan de DGA toe
- Schriftelijke instemming van de (gewezen) partner noodzakelijk (art. 38n, lid 4 WLB)
- Let op 1: dat is een fiscale eis, de sanctie is dat bij afkoop zonder de vereiste schriftelijke instemming van de (gewezen) partner over de marktwaarde van het peb loonbelasting volgens het progressieve tarief van de loonbelasting moet worden afgedragen door de BV en de DGA over die waarde 20% revisierente is verschuldigd
- Let op 2: de sanctie is niet dat sprake zou zijn van civielrechtelijke nietigheid of vernietigbaarheid van de afkoop

Uitfasering pensioen in eigen beheer

Omzetting peb in oudedagsvoorziening (ODV):

- Pensioenaanspraken volgens pensioenovereenkomst vervallen zonder fiscale sancties
- Fiscale pensioenvoorziening muteert in een fiscale oudedagsvoorziening
- Jaarlijkse oprenting
- Uitkering in 20 jaar vanaf AOW-datum DGA
- Dividendklem vervalt
- Schriftelijke instemming van de (gewezen) partner noodzakelijk (art. 38n, lid 4 WLB)
- Let op 1: dat is een fiscale eis, de sanctie is dat bij omzetting van peb in een ODV zonder de vereiste schriftelijke instemming van de (gewezen) partner over de marktwaarde van het peb loonbelasting volgens het progressieve tarief van de loonbelasting moet worden afgedragen door de BV en de DGA 20% revisierente is verschuldigd
- Let op 2: de sanctie is niet dat sprake zou zijn van civielrechtelijke nietigheid of vernietigbaarheid van de omzetting

Uitfasering pensioen in eigen beheer

Compensatie:

- De (gewezen) partner kan compensatie bedingen voor het geven van instemming met de afkoop van peb of de omzetting van peb in een ODV
- Reden is dat een (mogelijk toekomstig) recht op pensioenverevening en/of bijzonder partnerpensioen vervalft
- Niet betalen van compensatie kan onder omstandigheden tot heffing van schenkingsrecht leiden (bij afkoop indien de afkoop niet in een huwelijksgoederengemeenschap valt en/of geen verrekenbeding bestaat; bij omzetting van peb in een ODV omdat een ODV bij (echt)scheiding niet voor verdeling in aanmerking komt)
- Vaststellen hoogte redelijke compensatie vereist maatwerk, met name met het oog op het schenkingsaspect

Uitfasering pensioen in eigen beheer

Compensatie:

- Bepaling inhoudend dat in geval van (echt)scheiding zal worden bezien of compensatie zal worden betaald of compensatie zal worden bepaald indien dat passend is geeft geen afdwingbaar recht op compensatie (intentie tot eventueel onderhandelen geeft geen afdwingbaar recht)
- Compensatie slechts afdwingbaar indien deze voldoende bepaald of bepaalbaar wordt overeengekomen (art. 6:227 BW)
- Art. 38n, lid 4 WLB geen rechtsgrond voor een compensatievordering
- Verjaring van de vordering speelt slechts indien compensatie is overeengekomen
- Verjaringstermijn hangt af van de vorm waarin compensatie is overeengekomen (betaling ineens; periodieke betalingen)

Alimentatie

Gevolgen van uitfasering voor alimentatie:

- Dividendklem vervalt
- Indien alimentatie lager is dan “behoefte” vanwege beperkte draagkracht kan mogelijk verhoging van de alimentatie worden verzocht omdat door de uitfasering van het peb de draagkracht toeneemt (er ontstaat dividendcapaciteit)

“Verboden” alimentatie

“Verboden” alimentatie:

- Alimentatie die moet worden voldaan uit dividend omdat rekening wordt gehouden met dividendcapaciteit terwijl de BV vanwege de dividendklem geen dividend mag uitkeren
- Leidt tot oplopende rekening-courantschuld
- Leidt tot de facto afkoop peb

“Verboden” alimentatie

Fiscale sanctie op betaling “verboden” alimentatie:

- 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 van de Wet op de dividendbelasting 1965, 10% te betalen door de DGA privé op grond van art. 2.12 Wet op de inkomstenbelasting 2001)
- 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 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)

“Verboden” alimentatie

Samenhang alimentatie, peb en verdeling

- Peb niet uitgefaseerd:
 - Bij vaststelling alimentatie dividendcapaciteit BV beoordelen na herwaardering peb op marktwaarde
 - Bij aandelenwaardering eveneens herwaardering peb op marktwaarde
- Peb uitgefaseerd:
 - Geen dividendklem
 - Bij bestaan ODV rekening houden met fiscale waarde ODV

Eigendomsbescherming

Wanneer zou in lijn van HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963 sprake kunnen zijn van een niet geoorloofde eigendomsontneming in het kader van alimentatie:

- Bij “verboden” alimentatie omdat de dividendcapaciteit die daarbij wordt verondersteld leidt tot het in aanmerking nemen van fictief inkomen
- Bij het hanteren van ficties anderszins bij het vaststellen van alimentatie (het in aanmerking nemen van fictief inkomen omdat een hogere verdien capaciteit wordt verondersteld dan het gerealiseerde inkomen of door bestaande lasten buiten beschouwing te laten)
- Bij het in aanmerking nemen van leencapaciteit voor het vaststellen van alimentatie

Eigendomsbescherming

Wanneer zou in lijn van HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963 sprake kunnen zijn van een niet geoorloofde eigendomsontneming in het kader van externe onderbrenging van de rechten van de ex-partner op het gebied van een DGA:

- Indien wordt aangenomen dat activa van de BV kunnen worden geliquideerd
- Indien leencapaciteit van de BV in aanmerking wordt genomen

Einde presentatie

DANK VOOR UW AANDACHT