

## **DGA, PENSIOEN EN SCHEIDING**

Actualiteitencursus voor Pensioenbalie familierecht van  
Nederlands Pensioenbureau op 4 oktober 2017

**Mr. Wim P.M. Thijssen**

Pensioenadvocaten.nl en verbonden aan het  
VU Expertisecentrum Pensioenrecht

Deze presentatie is te raadplegen via [www.thijssen-pensioen-informatie.nl](http://www.thijssen-pensioen-informatie.nl)

Hageveld 22  
2102 LN Heemstede

tel: +31 (0)85 – 303 62 16

[www.pensioenadvocaten.nl](http://www.pensioenadvocaten.nl)  
[wt@pensioenadvocaten.nl](mailto:wt@pensioenadvocaten.nl)

---

## **Te behandelen onderwerpen**

- Pensioen en scheiding algemeen
  - Pensioen in eigen beheer
  - Externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van een DGA
  - Conversie
  - Wet uitfasering pensioen in eigen beheer
  - “Verboden” alimentatie
-



## **Pensioen en scheiding algemeen**

Onderscheid maken tussen:

- *Enerzijds* afsplitsen bijzonder partnerpensioen
  - *Anderzijds* pensioenverrekening (betreft ouderdompensioen en partnerpensioen) en pensioenverevening (betreft ouderdompensioen)
-

## **Pensioen en scheiding algemeen**

Te onderscheiden perioden:

- Periode tot 27 november 1981 (afsplitsen bijzonder partnerpensioen + pensioenverevening)
  - Periode tussen 27 november 1981 en 1 mei 1995 (afsplitsen bijzonder partnerpensioen + pensioenverrekening)
  - Periode vanaf 1 mei 1995 (afsplitsen bijzonder partnerpensioen + pensioenverevening)
-

## **Pensioen en scheiding algemeen**

Bijzonder partnerpensioen:

- Aanvullend recht
  - Afstand van bijzonder partnerpensioen is mogelijk
  - Constitutieve vereisten
  - Afstaan bijzonder partnerpensioen aan opvolgende partner
  - Tot datum einde huwelijk opgebouwde partnerpensioen (ook het vóórhuwelijkse partnerpensioen)
-

## **Pensioen en scheiding algemeen**

Pensioenverevening bij scheiding vóór 27 november 1981:

- Huwelijk 18 jaar
  - Kinderen
  - Recht op uitbetaling 1/4e deel tijdens huwelijk opgebouwde OP
  - Tenzij “aantoonbaar” rekening is gehouden met pensioentekort
  - Rechtstreeks recht op uitbetaling ten laste van pensioenuitvoerder
-

## **Pensioen en scheiding algemeen**

Pensioenverrekening:

- Afrekenen waardeverschil OP en PP per datum scheiding
  - Hoofdregel: betaling ineens per datum scheiding
  - Nevenregel: uitgestelde pensioenverrekening
  - Gehele vermogen verrekeningsplichtige staat in voor de betalingen bij uitgestelde pensioenverrekening
  - Bij uitgestelde verrekening indexering vanaf datum scheiding
-



## **Pensioen en scheiding algemeen**

Pensioenverevening:

- OP
- 50% tijdens huwelijk opgebouwde OP
- Zelfstandig recht op uitbetaling
- Afwijking periode en percentage
- Conversie
- Informatie
- Buitenlands OP verevend indien Nederlands huwelijksvermogensrecht van toepassing
- Bij buitenlandse pensioenen geen zelfstandige recht op uitbetaling

## **Pensioen in eigen beheer**

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 23 PW geldt niet voor DGA
-

## Pensioen in eigen beheer

Overgangsrecht:

- 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
- Pensioen vóór 2007 in eigen beheer/PW vanaf 2007 niet van toepassing → eigen beheer toegestaan

## Pensioen in eigen beheer

- PW niet van toepassing → geen verplichting tot afsplitsen bijzonder partnerpensioen bij einde huwelijk omdat art. 57 PW niet van toepassing is
- Reparatieregeling: art. 3a WVPS – identiek aan 57 PW behoudens vervreemdingsregeling
- Bescherming (gewezen) partner: art. 3a, lid 5 WVPS
- DGA-pensioen wel “pensioen” in de zin van de PW → WVPS onverkort van toepassing (Gerechtshof Den Haag 25 november 2009, ECLI:NL:GHDHA:2009:BK6081)
- BV is voor toepassing WVPS de pensioenuitvoerder

## Externe uitvoering

- HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289: vennootschap verplicht tot externe uitvoering pensioenrechten van de ex-partner van een DGA
- HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658: DGA in hoedanigheid ex-partner verplicht om in hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap te bewerkstelligen dat de vennootschap tot externe uitvoering overgaat
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4690, PJ 2017/3: BV gebonden aan overeenkomst DGA – ex-partner (zie annotatie WPMT bij PJ 2017/3)

## Externe uitvoering

- Recht op uitbetaling van ouderdomspensioen moet worden verzekerd
- Bijzonder partnerpensioen moet worden verzekerd
- Rekening houden met risico vóóroverlijden vereveningsgerechtigde c.q. gerechtigde tot bijzonder partnerpensioen
- Dat betekent: vennootschap heeft recht op premierestitutie voor verzekering bijzonder partnerpensioen bij vóóroverlijden ex-partner van de DGA
- Dat betekent: vennootschap heeft recht op restitutie “restant” van verzekering van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen bij vóóroverlijden ex-partner van de DGA
- Dat betekent: vennootschap heeft recht op premierestitutie van verzekering van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen bij vóóroverlijden van de DGA c.q. het restant indien DGA na ingang OP maar eerder dan zijn ex-partner overlijdt
- Verzekering in de praktijk niet mogelijk

## **Externe uitvoering**

- Uitsluitend uitzondering bij continuïteitsproblematiek
  - Vennootschap indien mogelijk verplicht de externe uitvoering te financieren
  - Bedrijfskrediet volgens gebruikelijke voorwaarden aanwenden voor financiering bedrijfsactiviteit
  - Met bank afstemmen of wettelijk verplichte externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA daaronder valt
-

## **Externe uitvoering**

- Conversie: recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en bijzonder partnerpensioen omgezet in eigen OP ex-partner volgens pensioenovereenkomst DGA
  - Externe uitvoering van conversie: restitutieproblematiek doet zich niet voor
-



## **Pensioen in eigen beheer**

- Persoonlijke aansprakelijkheid DGA voor uitvoering van de rechten van de ex-partner: Rechtbank Rotterdam 15 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2456
  - Criterium: ernstige persoonlijke verwijtbaarheid
  - Parrallel met bestuurdersaansprakelijkheid
  - Zie annotatie WPMT bij PJ 2017/87
-

## **Pensioen in eigen beheer**

- Dekkingstekort volgens HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693 verdelen
- Fiscale pensioenvoorziening en fiscaal eigen vermogen als geringfenced vermogen beschouwen
- Dit vermogen delen naar evenredigheid van de marktwaarde van de rechten van de DGA en de ex-partner
- Deze interpretatie weergegeven in annotatie WPMT in PJ 2017/87
- Aldus ook Rechtbank Rotterdam 16 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5850
- Ratio: continuïteit vennootschap en gelijkheidsbeginsel (ex-partner niet bevoordelen boven de DGA)

## **Wet uitfasering pensioen in eigen beheer**

- Partner: geen vermogensrechten ondanks “vooruitzicht” op bijzonder partnerpensioen en pensioenverevening
  - Partner geen instemmingsrecht bij regelingswijziging
  - Indien Pensioenwet niet geldt: voor aanpassen pensioenregeling over verleden geen instemming van de partner nodig omdat art. 20 Pensioenwet niet geldt
  - Ex-partner: recht op bijzonder partnerpensioen en pensioenverevening zijn vermogensrechten
  - voor wijziging instemming noodzakelijk
-

## Wet uitfasering pensioen in eigen beheer

- “Fiscaal” instemmingsrecht partner of ex-partner bij keuze voor afkoop of ODV
- Vanuit fiscaal oogpunt heeft de partner “rechten”
- Partner: compensatie is civielrechtelijk mogelijk schenking van de DGA aan de ex, fiscaaltechnisch mogelijk niet
- Ex-partner: ontbreken compensatie is civielrechtelijk en fiscaaltechnisch mogelijk schenking van de ex-partner aan de DGA
- Zie ook EHRM 13 december 2016, case 53080/13 inzake Béláné Nagy/Hongarije ter zake eigendomsrecht in verband met een legitieme verwachting

## Wet uitfasering pensioen in eigen beheer

Varia:

- Afkoopsom pensioen bron voor inhaal achterstallige alimentatie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2017:7047
- Geldt een ODV als “pensioen” in de zin van de WVPS?
- Indien alimentatie lager dan “behoefte” kan omzetting peb in ODV tot hogere alimentatie leiden in verband met vervallen dividendklem

## **“Verboden” alimentatie**

- Rapport alimentatienormen: dividendcapaciteit vennootschap behoort tot de draagkracht
- Beoordeling dividendcapaciteit:
  - Solvabiliteitstoets
  - liquiditeitstoets
- Art. 2:216 BW

## “Verboden” alimentatie

Solvabiliteitstoets:

- Dividendopnamen mogelijk uit “extra reserve” (niet gebonden gedeelte van het eigen vermogen)
- Uitgaan van fiscale balans bij “kleine” vennootschap (art. 2:396, lid 6 BW)
- Peb waarden op marktwaarde (voorzichtigheidsbeginsel van art. 2:362 BW)
- Fiscale waardering op rekenrente die niet lager mag zijn dan 4% (art. 3.29 Wet IB 2001)
- Marktrente << fiscale rente
- Door herwaardering verdampt de extra reserve
- Voor toepassing Rapport alimentatienormen het peb waarden op marktrente

## **“Verboden” alimentatie**

Liquiditeitstoets:

- Vennootschap dient opeisbare schulden te kunnen blijven betalen na dividendopname
  - Praktijk: het betreft de binnen een jaar opeisbare schulden
  - Sanctie: persoonlijke aansprakelijkheid bestuurder
-



## “Verboden” alimentatie

- Indien een component van de alimentatie niet anders dan uit dividend kan en moet worden betaald volgens de alimentatiebeschikking terwijl dividendopnamen verboden zijn, is sprake van “verboden” alimentatie:
- Formele verboden alimentatie: de alimentatiebeschikking houdt uitdrukkelijk rekening met het opnemen van dividend terwijl dat verboden is
- Materieel verboden alimentatie: de alimentatiebeschikking gaat uit van ficties waardoor de opgelegde alimentatie feitelijk (gedeeltelijk) uit dividend moet worden betaald terwijl geen dividend mag worden uitgekeerd
- Combinatie
- Voor de duidelijkheid: het gaat om het gedeelte van de opgelegde alimentatie voor brutering volgende de methode Buys voor zover deze niet uit het DGA-salaris of uit vermogen van de DGA kan worden voldaan

## “Verboden” alimentatie

Sancties op verboden dividendopnamen/civielrechtelijk:

- Niet voldaan aan solvabiliteitstoets: nietig (art. 2:216, lid 1 BW)
- Niet voldaan aan liquiditeitstoets: persoonlijke aansprakelijkheid bestuurder (art. 2:216, lid 3 BW)

Sancties op verboden dividendopnamen/fiscaalrechtelijk:

- Peb wordt als afgekocht/genoten beschouwd
- 52% loonbelasting over marktwaarde (vennootschap; art. 19, lid 1 Wet LB 1964)
- 20% revisierente over waarde in economisch verkeer peb (DGA; art. 30i, lid 1 AWR)
- 20% vennootschapsbelasting over vrijval peb (vennootschap; art. 7, lid 2 Wet Vpb 1969)

## **“Verboden” alimentatie**

- Indien “verboden” alimentatie in rekening-courant wordt geboekt om formele overtreding art. 2:216 BW te voorkomen, is in de visie van de belastingdienst sprake van een niet-zakelijke lening
  - Materieel dan toch sprake van verboden dividendopname c.q. verkapt dividend
  - Belastingdienst hanteert fiscaalrechtelijke solvabiliteitstoets: omrekening peb op waarde in het economisch verkeer
  - Waarde in het economisch verkeer ligt tussen de fiscale waarde en de marktwaarde in
-

## “Verboden” alimentatie

- Botsende normen:
- art. 1:157 BW verplicht tot betaling alimentatie waarvoor dividendopnamen noodzakelijk zijn
- De dividendopnamen zijn op grond van art. 2:216 BW verboden
- Vennootschap formeel geen normadressaat van de alimentatiebeschikking
- Vennootschap op grond van Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4690, PJ 2017/3: BV gebonden aan overeenkomst DGA – ex-partner (zie annotatie WPMT bij PJ 2017/3)
- Dan vennootschap ook gebonden aan wettelijke verplichting van de DGA om dividend op te nemen
- Vennootschap de facto/materieel mede normadressaat van de alimentatiebeschikking

## **“Verboden” alimentatie**

Alternatieve visie:

- Gedeelte alimentatie die uit verboden dividend moet worden betaald kwalificeert als zakelijke last (voldoening aan wettelijke verplichting) voor de vennootschap
- Ratio: de de facto gebondenheid van de vennootschap aan de alimentatiebeschikking
- Problematiek rond de solvabiliteitstoets en afkoop/genieten peb opgelost
- Liquiditeitsproblematiek niet opgelost

## **“Verboden” alimentatie**

Financiering “verboden” alimentatie uit bedrijfskrediet:

- Net als bij externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA kan de vennootschap de facto worden verplicht tot het aantrekken van externe financiering voor betaling van de “verboden” alimentatie
- Bedrijfskrediet van een vennootschap mag volgens de gebruikelijke voorwaarden uitsluitend voor de financieringsbehoefte van de ondernemingsactiviteit worden gebruikt
- Met de bank afstemmen of het betalen van “verboden” alimentatie door de bank als zodanig wordt beschouwd
- Bank zou alternatieve visie moeten volgen
- Vergelijk de problematiek rond de externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA

## “Verboden” alimentatie

Varia:

- Afkoopsom pensioen bron voor inhaal achterstallige alimentatie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2017:7047; onjuiste uitspraak omdat het peb na de aandelenoverdracht niet door de DGA kan worden afgekocht omdat die niet de pensioenrechthebbende is
- Kan de ex-partner de DGA dwingen tot omzetting peb in ODV of tot afkoop pensioen voor betaling alimentatie?

**P**ensioenadvocaten.nl

---

**DANK VOOR UW AANDACHT**

---