

PENSIOEN EN SCHEIDING VAN DE DGA

“Verboden” alimentatie

Actuele rechtspraak

RIETMEESTERS 16 NOVEMBER 2017

door

Mr. Wim P.M. Thijssen

Deze presentatie is geplaatst op www.thijssen-pensioen-informatie.nl

Hageveld 22
2102 LN Heemstede

tel: +31 (0)85 – 303 62 16

www.pensioenadvocaten.nl
wt@pensioenadvocaten.nl

“Verboden” alimentatie (1)

- Alimentatie door een DGA verschuldigd die uitsluitend kan worden voldaan door onttrekkingen aan de BV
 - Materieel “verboden” alimentatie
 - Formeel “verboden” alimentatie
-

“Verboden” alimentatie (2)

Vóór
scheiding



Na
scheiding;
alimentatie
plichtige



Na scheiding;
alimentatiegerechtigde



“Verboden” alimentatie (3)

- Pensioenuitkeringstoets art. 2:216 BW
 - Solvabiliteit
 - Liquiditeit
 - Pensioen in eigen Beheer herwaardenen op marktwaarde voor beoordeling dividendcapaciteit
 - Ratio: bescherming crediteuren
 - Geen ODV-toets (RJ-Uiting 2017-8; bron: www.rjnet.nl)
-

“Verboden” alimentatie (4)

- Rechter legt verboden alimentatie direct op/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)
- Rechter legt verboden alimentatie indirect op (door een alimentatieovereenkomst onderdeel van een rechterlijke uitspraak te maken)/BV de facto gebonden omdat de DGA de BV vertegenwoordigde (Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4690)

“Verboden” alimentatie (5)

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 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 (6)

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 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

“Verboden” alimentatie (7)

Consequenties volgens alternatieve benadering:

- “Verboden” alimentatie dient de facto wettelijk verplicht door de BV te worden betaald
- “Verboden” alimentatie komt daarom voor verwerking via de WVR in aanmerking
- Dit zou in situaties waarin “verboden” alimentatie in rekening-courant is geboekt alsnog moeten worden toegestaan (kwijschelding schuld aan DGA; afboeking in de BV ten laste van de winst; balans muteert “links” en “rechts”; mogelijk als pensioen in eigen beheer is afgekocht)
- Tussenoplossing: kwijschelding en afboeking voor zover de BV over niet gebonden liquiditeit beschikt; balans muteert uitsluitend links; financiële activa nemen toe met het bedrag waarmee de rekening-courantschuld afneemt; er blijven activa tegenover het pensioen in eigen beheer of de ODV staan; passende oplossing als het pensioen in eigen beheer is blijven bestaan of is omgezet in een ODV omdat dit gedekt blijft door activa; verschuiving van irreële naar reële activa

Actuele rechtspraak (1)

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

- Geen verplichting tot het doen van dividenduitkeringen als gevolg van toepassing van de pensioenuitkeringstoets;
 - Geen verplichting tot externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA ondanks het bestaan van een rekening-courantschuld van de DGA aan de BV die door de BV had kunnen worden ingevorderd om externe uitvoering mogelijk te maken
-

Actuele rechtspraak (2)

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 ernstige persoonlijke verwijtbaarheid
 - Op grond van onaanvaardbaarheidsnorm geen externe uitvoering ten laste van inkomen gegenereerd na beëindiging van het huwelijk
 - Annotatie: zie PJ 2017/87
-

Actuele rechtspraak (3)

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

- De ex-partner van een DGA deelt mee in het dekkingstekort in een BV die pensioen in eigen beheer uitvoert in het kader van externe uitvoering van de rechten van de ex-partner op het pensioen van de DGA (pensioenverevening en bijzonder partnerpensioen)
 - BV dient naast de fiscale pensioenvoorziening ook het fiscale eigen vermogen “in te zetten” ter dekking van de pensioenverplichtingen
 - Annotatie: zie PJ 2017/87
-

Actuele rechtspraak (4)

Rechtbank Midden-Nederland 29 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2539

- Draagkracht van de DGA voor betaling alimentatie beperkt tot het DGA-salaris gezien het negatieve eigen vermogen van de BV
- Pensioenpremie komt niet ten laste van de draagkracht omdat de pensioenregeling onvoldoende concreet is
- Annotatie: niet duidelijk is of het eigen vermogen negatief was door waardering van eventueel pensioen in eigen beheer op marktwaarde, zodat het belang van de uitspraak voor de pensioenpraktijk beperkt is (echter: indien het eigen vermogen van de BV door waardering van de pensioenvoorziening op marktwaarde negatief zou zijn, zou de uitspraak volgend niet met dividendopnames voor betaling van alimentatie rekening mogen worden gehouden)

Actuele rechtspraak (5)

CBB 27 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2017:291

- Accountant gaf ten onrechte samenstellingsverklaring af voor jaarrekening BV waarin pensioen in eigen beheer werd opgebouwd uitgaande van het stopzetten van de pensioenopbouw vanaf 2014 bij gebreke van instemming van de partner van de DGA
- Annotatie: deze uitspraak lijkt op het eerste gezicht onjuist omdat het in deze casus de toekomstige pensioenopbouw betrof; art. 20 en art. 57 Pensioenwet beschermen uitsluitend verworven pensioen maar raken niet de toekomstige pensioenopbouw; tijdens huwelijk heeft de partner bovendien geen eigen vorderingsrecht op het partnerpensioen (Asser/Lutjens 7-XI 2016/569)
- In casu was het instemmingsrecht van de partner voor wijziging van de pensioenovereenkomst echter opgenomen in de pensioenovereenkomst.

Actuele rechtspraak (6)

Rechtbank Overijssel 21 juli 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3179

- Executoir beslag gelegd op basis van veroordelend vonnis strekkend tot externe uitvoering van de rechten van de ex-partner van een DGA op het pensioen in eigen beheer van de DGA vexatoir omdat aannemelijk was dat in hoger beroep zou komen vast te staan dat de DGA hogere vorderingen op de ex-partner had dan andersom
- Annotatie: bijzondere uitspraak omdat de veroordeling tot externe uitvoering van de rechten van de ex-partner van een DGA op het pensioen in eigen beheer van de DGA niet tot betaling aan de ex-partner leidt, maar tot betaling aan een pensioenuitvoerder zodat verrekening niet aan de orde kan komen

Actuele rechtspraak (7)

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 mijn annotatie bij dat arrest (PJ 2017/87)

Actuele rechtspraak (8)

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2017:7047

- Executiegeschil; gedwongen verkoop van aandelen van een BV voor voldoening van alimentatie omdat deze aandelen waarde zouden hebben in verband met de mogelijkheid dat de pensioenverplichting van de BV op grond van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer zou kunnen worden afgekocht waardoor financiële middelen zouden vrijkomen
- Annotatie: na de aandelenoverdracht is de oorspronkelijke DGA met pensioen in eigen beheer geen aandeelhouder meer, zodat de vraag rijst of de mogelijkheden van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer nog wel gelden voor zijn ex-partner (dat lijkt niet het geval); in deze situatie zal de ex-partner als belanghebbende bij de afkoop van het pensioen in eigen beheer de fiscaaltechnisch vereiste toestemming overigens wel willen geven maar als aangegeven rijst de vraag of de ex-partner in hoedanigheid van nieuwe aandeelhouder in plaats van de DGA tot afkoop kan besluiten; geen misbruik van recht.

Actuele rechtspraak (9)

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

- Verplichting tot externe uitvoering pensioenrechten van de ex-partner van de DGA conform standaardarresten Hoge Raad temeer daar onzeker is of de BV de pensioenen zal kunnen uitkeren, daar het pensioenvermogen door de BV is geleend aan de DGA voor een hypothecaire financiering
- Het feit dat geen externe uitvoering of conversie is overeengekomen doet hier niet aan af
- Geen verjaring van de vordering tot externe uitvoering na 5 jaar omdat geen sprake is van een nakomingsvordering (van een verbintenis uit overeenkomst) maar van een wettelijke verplichting; geen rechtsverwerking omdat “stilzitten” daarvoor onvoldoende is; invoering van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer impliceert geen verplichting voor de BV van de DGA om medewerking te verlenen aan conversie omdat de WVPS geen recht geeft op conversie, maar conversie een mogelijkheid is die kan worden overeengekomen
- BV verplicht tot het verlengen van een eerder als uitvloeisel van een rechterlijke uitspraak verstrekte bankgarantie strekkend tot zekerheid van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA

Actuele rechtspraak (10)

Rechtbank Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7518

- Geen verplichting tot het bewerkstelligen van externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van een voormalige DGA door de BV daar een voormalige DGA geen zeggenschap meer heeft over de BV
- Annotatie: deze procedure speelde zich af tussen de ex-partners. De voormalige DGA kon de BV niet meer tot externe uitvoering van de pensioenrechten van zijn ex-partner dwingen. De vraag rijst of de ex-partner deze externe uitvoering alsnog van de BV kan afdwingen, op grond van het argument dat sprake is van een “onaanvaardbaar” gevolg van de echtscheiding indien deze pensioenrechten door de BV in eigen beheer worden gehouden.

VRAAGEN?
