

Externe onderbrenging pensioen in eigen beheer DGA bij chtscheiding; omzetting in ODV, afkoop en compensatie

Datum: 10 december 2024

Plaats: Amersfoort Eenhoorn

Spreker: mr. Wim P.M. Thijssen (Pensioenadvocaten.nl; VU Expertisecentrum
Pensioenrecht en geschillenbeslechter GIP)

Programma

Inleidend:

- Pensioenverevening en afsplitsing bijzonder partnerpensioen ten laste van pensioen in eigen beheer DGA
- Externe onderbrenging
- Uitfasering:
 - Afkoop
 - Omzetting in ODV
 - Regeling voor compensatie
- Verdieping externe onderbrenging (rechtspraak)
- Verdieping compensatie (rechtspraak)
- Invloed Wet toekomst pensioenen en voorstel van Wet pensioenverdeling bij scheiding

Pensioenverevening

De positie van de ex-partner van de DGA:

- Sinds 1 mei 1995 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 (art. 4 en art. 5 WVPS)

Bijzonder partnerpensioenen

- Recht op bijzonder partnerpensioen na einde huwelijk of geregistreerd partnerschap (niet bij andere samenlevingsvormen; art. 3a WVPS) (anders als PSW/Pensioenwet van toepassing)
- Afstand mogelijk (zonder constitutionele 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)

Externe onderbrenging (1)

- 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 verlaat het vermogen van de BV (op grond van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen kan dit vermogen 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

Externe onderbrenging (2)

- Bij gedeeltelijke externe onderbrenging behoudt de ex-partner een restvordering op de BV (zie EB 2020/40)
- Dat laatste maakt het treffen van een regeling tegen finale kwijting (denk aan afkoop onderhoudsverplichtingen) in de praktijk lastig zo niet onmogelijk

Externe onderbrenging (3)

Balans voor externe onderbrenging

Activa	Passiva fiscaal	Passiva commercieel
Liquide middelen 2500	EV 2000 PEB 500	EV 1000 PEB 1500

- Rechten ex-partner fiscaal 350; commercieel 1050
- Extern onder te brengen: 1050

Balans na externe onderbrenging

Activa	Passiva fiscaal	Passiva commercieel
Liquide middelen 1450	EV 1300 PEB 150	EV 1000 PEB 450

Externe onderbrenging (4)

Balans voor externe onderbrenging

Activa	Passiva fiscaal	Passiva commercieel
Liquide middelen 2500	EV 2000 PEB 500	EV 1000 PEB 1500

- Rechten ex-partner fiscaal 300; commercieel 900
- Extern onder te brengen: 900

Balans na externe onderbrenging

Activa	Passiva fiscaal	Passiva commercieel
Liquide middelen 1600	EV 1400 PEB 200	EV 1000 PEB 600

Externe onderbrenging (5)

Balans voor externe onderbrenging

Activa	Passiva fiscaal	Passiva commercieel
Liquide middelen 800	EV 300	EV -/- 700
	PEB 500	PEB 1500

- Rechten ex-partner fiscaal 300; commercieel 900
- Extern onder te brengen: 900; stel 500 mogelijk (resteert 300 werkkapitaal)

Balans na externe onderbrenging

Activa	Passiva fiscaal	Passiva commercieel
Liquide middelen 300	EV 100	EV -/-300
	PEB 200	PEB 600

Waarde aandelen nihil (?)/Geen dividendcapaciteit voor betaling alimentatie

Externe onderbrenging (5)

- Voor dividendcapaciteit voor betaling alimentatie: uitgaan van commerciële balans
- Aandelenwaardering voor verdeling:
 - Omvang gemeenschap gebaseerd op peildatum indiening verzoekschrift
 - Waardering gebaseerd op datum feitelijke verdeling
 - Moet met externe onderbrenging rekening worden gehouden?
 - Maakt dat eigenlijk wel uit (neen; commercieel eigen vermogen wijzigt niet door externe onderbrenging)

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 (behoudens in geval van persoonlijke aansprakelijkheid voor dekkingstekort)
- Dit geldt ook indien geen wettelijk mededelingsformulier is ingezonden volgens Gerechtshof Amsterdam 28 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0788

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

HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693 (1)

- 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:
 - (A) 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) vermeerderd met de kostenopslag WEV

HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693 (2)

- (B) de commerciële waarde van het voor de DGA resterende recht op zijn pensioen (het vóór het aangaan van het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen en 50% van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen) zonder kostenopslag WEV
- (C) De som van de fiscale waarde van het peb en het ongebonden eigen vermogen (de extra reserves) van de BV

Voor externe uitvoering beschikbaar te stellen:

$$[A/(A+B)] \times C$$

HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:276 (1)

- 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

HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:276 (2)

- 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 van de DGA heeft vertraagd in een situatie waarin de rente sedert het eindigen van het geregistreerd partnerschap of het huwelijk is gedaald

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 december 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:4006 (1)

- 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)

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 december 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:4006 (2)

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)

Uitfasering: afkoop (1)

Afkoop/tarieven:

- 2017 – loonbelasting over fiscale waarde – 34,5%
- 2018 – loonbelasting over fiscale waarde – 25%
- 2019 – loonbelasting over fiscale waarde – 19,5%

Uitfasering: afkoop (2)

Afkoop:

- BV bevrijdt van de pensioenverplichting
- Fiscale pensioenvoorziening vervalt
- Loonbelasting diende door BV in jaar van afkoop te worden afgedragen
- Netto afkoopsom kwam aan de DGA toe

Uitfasering: afkoop (3)

Effecten van afkoop:

- Recht of potentieel recht op pensioenverevening en bijzonder partnerpensioen voor (ex-)partner vervalt
- Waarde aandelen stijgt met verschil commerciële waarde -/- fiscale waarde (denk wel aan potentiële aanmerkelijk belangheffing)
- DGA ontvangt privé de netto afkoopsom van het peb (valt dat bedrag in een gemeenschap; kan relevant zijn bij verdeling?)
- De dividendcapaciteit van de BV stijgt met de stijging van het eigen vermogen; kan relevant zijn voor vaststelling alimentatie

Uitfasering: afkoop (4)

Balans voor afkoop

Activa	Passiva fiscaal	Passiva commercieel
Liquide middelen 2500	EV 2000 PEB 500	EV 1000 PEB 1500

- Rechten ex-partner fiscaal 350; commercieel 1050
- Afkoopwaarde = fiscale waarde; beperkt belast 2017/2018/2019

Balans na afkoop

Activa	Passiva fiscaal	Passiva commercieel
Liquide middelen 2000	EV 2000 PEB 0	EV 2000 PEB 0

Eigen vermogen commercieel/waarde aandelen/dividendcapaciteit stijgt met 1000

Uitfasering: omzetting peb in ODV (1)

Omzetting in oudedagsverplichting (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

Uitfasering: omzetting peb in ODV (2)

Effecten van omzetting:

- Recht of potentieel recht op pensioenverevening en bijzonder partnerpensioen voor (ex-)partner vervalt
- Waarde aandelen stijgt met verschil commerciële waarde -/- fiscale waarde (denk wel aan potentiële aanmerkelijk belangheffing)
- ODV is geen "pensioen" in de zin van de WVPS

Uitfasering: omzetting peb in ODV (3)

Balans voor omzetting in ODV

Activa	Passiva fiscaal	Passiva commercieel
Liquide middelen 2500	EV 2000 PEB 500	EV 1000 PEB 1500

- Rechten ex-partner fiscaal 350; commercieel 1050
- Afkoopwaarde = fiscale waarde; beperkt belast 2017/2018/2019

Balans na omzetting in ODV

Activa	Passiva fiscaal	Passiva commercieel
Liquide middelen 2000	EV 2000 ODV 500	EV 2000 ODV 500

Eigen vermogen commercieel/waarde aandelen/dividendcapaciteit stijgt met 1000

Uitfasering en compensatie (4)

Eventuele compensatie bij **afkoop en omzetting ODV**:

- Waardestijging aandelen als deze niet in gemeenschap vallen
- Vervallen (potentiële) rechten op pensioenverevening en bijzonder partnerpensioen

Eventuele compensatie bij **afkoop**: verdeling van de netto afkoopsom

Eventuele compensatie bij **omzetting in ODV**: splitsing ODV of verrekening waarde

Niet compenseren bij huwelijkse voorwaarden geldt als belaste schenking (ex-)partner aan DGA

Uitfasering en compensatie (5)

Instemmingsvereiste (ex-)partner art. 38n, lid 4 WLB:

- Schriftelijke instemming (ex-)partner nodig voor afkoop peb of omzetting peb in ODV
- **Let op 1:** dat is een fiscale eis, de sanctie is dat bij afkoop of 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, af te dragen door de BV
- **Let op 2:** de sanctie is niet dat sprake zou zijn van civielrechtelijke nietigheid of vernietigbaarheid van de omzetting

Uitfasering en compensatie (6) Rechtbank Midden-Nederland 1 mei 2024 (niet gepubliceerd):

- Partner tekende voor afkoop peb
- Partner was niet geïnformeerd over concrete gevolgen voor haar
- DGA heeft vergewisplicht
- Wilsgebrek (art. 3:33 BW) als instemming is gegeven zonder voldoende informatie
- DGA handelde onrechtmatig
- Schadevergoedingsplicht
- Partner was inmiddels ex-partner; alsnog veroordeling tot externe onderbrenging recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en bijzonder partnerpensioen

Uitfasering en compensatie (7)
Rechtbank Den Haag 14 augustus 2024,
ECLI:NL:RBDHA:2024:12885:

- Partner tekende voor omzetting in ODV
- Peb beperkt tot partnerpensioen
- Netto waarde partnerpensioen was berekend door accountant DGA; berekening niet weersproken
- Geen afspraak over compensatie gemaakt
- Huwelijkse voorwaarden, geen periodiek of finaal verrekenbeding
- Echtscheiding na omzetting
- Vordering tot alsnog compensatie toegewezen door DGA te voldoen aan de ex-partner

Wet toekomst pensioenen en Wet pensioenverdeling bij scheiding 2028(?)

WTP:

- Uiterlijk vanaf 2027 (wordt 2028) uitsluitend nog premieovereenkomsten met leeftijdsonafhankelijke premie toegestaan
- Geen gevolgen voor nog bestaand peb of bestaande ODV's

Wet pensioenverdeling bij scheiding 2022:

- Conversie default; verwerkt door pensioenuitvoerder
- Wetsvoorstel mist aansluiting bij WTP
- Sterk gericht op uitkeringsovereenkomst/vastgestelde pensioenen

centrum
permanente
educatie



Schrevenweg 3
8024 HB Zwolle
038 – 4608960

www.centrum-pe.nl
info@centrum-pe.nl

