

Pensioen en (echt)scheiding

De DGA

16 september 2024

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



Onderwerpen

- **Basisregels voor pensioen in eigen beheer (peb)**
 - Wanneer is eigen beheer mogelijk?
 - Welke rechten heeft de ex-partner van de DGA
 - Externe onderbrenging versus conversie
- **Solvabiliteit versus liquiditeit**
 - Stand van de rechtspraak (solvabiliteit)
 - De stand van de rechtspraak (liquiditeit)
 - Rekenvoorbeeld
- **Uitfasering pensioen in eigen beheer**
- **(“Verboden”) alimentatie** (EB 2018/5 en 14)
- **Eigendomsbescherming** (EB 2022/22)

Basisregels voor pensioen in eigen beheer (peb)

Wanneer is eigen beheer mogelijk?

PSW (tot 2007):

- Schriftelijke instemming nodig van de DGA met eigen beheer
- Voldoende balansvoorziening
- Toepasselijke regelgeving: art. 2, lid 3, aanhef en onder c PSW, art. 10 Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW als niet voor eigen beheer is gekozen, Regeling voorwaarden pensioentoezeggingen aan direct- en indirect-grotaandeelhouders (balansvoorziening; behoud aanspraken bij uitdiensttreding of bereiken pensioendatum en bijzonder partnerpensioen)

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)

Overgangsrecht leidt tot de volgende groepen:

Keuze bij aanvang pensioenopbouw door DGA	Keuze in verband met overgangsrecht PW	Toepasselijke wetgeving	Wel of geen eigen beheer?	Wel of geen uitfasering?	Bijzonder partnerpensioen	Pensioenverevening
Vóór 2007 keuze voor PSW-regiem Pensioen moet zijn ondergebracht bij verzekeraar	Vóór 2007 keuze om onder PSW-regiem te blijven	Vanaf 2008 PW van toepassing	Geen eigen beheer mogelijk Pensioen moet zijn ondergebracht (bij verzekeraar of vanaf 2011 bij PPI)	Uitfasering speelt niet	Tot 2008 op grond van art. 10 Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet Vanaf 2008 op grond van art. 57 PW	Vanaf 1 mei 1995 op grond van de WVPS
Vóór 2007 keuze voor PSW-regiem	Vóór 2007 keuze om niet onder PSW-regiem te blijven vallen	Vanaf 2007 PSW en PW niet van toepassing	Eigen beheer vanaf 2007 mogelijk	Vanaf 1 juli 2017 geen verdere opbouw mogelijk Uitfasering voor opbouw tussen 1 januari 2007 en 1 juli 2017 mogelijk	Tot 2008 op grond van art. 10 Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet Vanaf 2007 op grond van art. 3a WVPS	Vanaf 1 mei 1995 op grond van de WVPS
Vóór 2007 eigen beheer	Tot 2007 Regeling voorwaarden pensioentoezeggingen aan direct- en indirect-grotaandeelhouders van toepassing (balansvoorziening!)	Vanaf 2007 PSW en PW niet van toepassing (balans volgt Boek 2 BW)	Eigen beheer vanaf 2007 mogelijk	Vanaf 1 juli 2017 geen verdere opbouw mogelijk Uitfasering voor volledige opbouw per 1 juli 2017 mogelijk	Tot 2007 op grond van art. 2, lid 3 Regeling voorwaarden pensioentoezeggingen aan direct- en indirect-grotaandeelhouders en art. 8a PSW Vanaf 2007 op grond van art. 3a WVPS	Vanaf 1 mei 1995 op grond van de WVPS

De basisregels voor pensioen in eigen beheer (peb)

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)
- 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 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)

Externe onderbrenging; uitwerking

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)
- Balansvoorziening pensioenverplichtingen op passiefzijde balans neemt af met waarde rechten ex-partner voor zover extern ondergebracht (BV heeft als gevolg van de externe onderbrenging geen verplichtingen meer)
- Verzekering komt niet terug op actiefzijde balans omdat terugvloeiing is uitgesloten
- 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 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 vrijvalt bij de verzekeraar/PPI 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

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 (vraag: is het eigen beheer wel legitiem; aanvullen rechtsgronden)
- De beoordeling van vorderingen strekkend tot het afdwingen van bijzonder partnerpensioen (vraag: is het eigen beheer wel legitiem; aanvullen rechtsgronden)
- De beoordeling van vorderingen strekkend tot externe onderbrenging van de rechten van de (ex-)partner van de DGA (beoordeling van de solvabiliteitspositie en de liquiditeitspositie van de BV; persoonlijke aansprakelijkheid DGA)
- Beoordelen aansprakelijkheid andere BV in de groep waartoe de BV die peb uitvoert behoort
- Het formuleren van de vragen voor een te benoemen deskundige
- Het begeleiden van partijen naar een regeling ter gelegenheid van de mondelinge behandeling

Solvabiliteit versus liquiditeit

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 dekkingsgraad 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)

Wettelijke regelingen

Voor opbouw in eigen beheer tot 2007:

- Voldoende balansvoorziening (art. 2, aanhef en onder 1 Regeling voorwaarden pensioentoezeggingen aan direct- en indirect-groootaandeelhouders)

Voor opbouw in eigen beheer vanaf 2007 tot 1 juli 2017 bij keuze voor eigen beheer:

- Voldoende balansvoorziening op grond van art. 2:374, lid 4, aanhef en onder b BW

“Kleine” DGA bevoegd te volstaan met fiscale balans (art. 2:395a, lid 7 BW)

Balansmutatie voor verdeling, alimentatie en externe uitvoering pensioenrechten ex-partner

Bij scheiding in elk geval pensioenvoorziening op balans muteren:

- Activa wijzigen niet
- Pensioenvoorziening fiscaal rekenrente maximaal 4% (art. 3.29 Wet op de inkomstenbelasting 2001) (fiscale waarde) (deze beperking leidt niet tot een verboden eigendomsontneming: HR 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:324)
- Pensioenvoorziening volgens de Richtlijnen voor de jaarverslaglegging (RJ-waarde)
- Pensioenvoorziening commercieel (bedrag dat de BV nodig heeft om de pensioenverplichtingen te kunnen nakomen; commerciële waarde of marktwaarde)
- Bedrag benodigd voor externe onderbrenging rechten ex-partner: commerciële waarde + kostenopslag WEV (Waarde Economisch Verkeer)
- Eigen vermogen (extra reserves) nemen af met bedrag waarmee pensioenvoorziening wordt gemuteerd

Gevolgen balansmutatie

- Pensioenverplichtingen nemen toe
- Eigen vermogen/extra reserves nemen af
- Extra reserves = ongebonden eigen vermogen (in tegenstelling tot de wettelijke reserves die als onderdeel van het eigen vermogen moeten worden aangehouden) = vrij besteedbaar eigen vermogen van de BV
- Bepalend voor de waarde van de aandelen (relevant in het kader van de verdeling)
- Bepalend voor de dividendcapaciteit (relevant in verband met bepalen draagkracht voor alimentatie)
- Pensioen, verdeling en alimentatie zijn communicerende vaten

Solvabiliteit

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 (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

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

Voor externe uitvoering beschikbaar te stellen: $[A/(A+B)] \times C$

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 van de DGA 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 garantielasten, 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)

Solvabiliteitstoets strijdig met BW?

- Solvabiliteitstoets impliceert de facto ringfencing
- Strijd met 3:276 BW (debiteur staat met heel zijn vermogen in voor al zijn schulden)?
- Als al strijd, dan te zien als toepassing onaanvaardbaarheidsleerstuk ten aanzien van art. 3:276 BW
- Continuïteit BV maakt dat art. 3:376 BW niet onverkort moet worden toegepast in het kader van externe onderbrenging rechten ex-partner DGA op diens pensioen

De stand van de rechtspraak (solvabiliteit)

Indexering:

- Pensioenovereenkomst bepalend/contractvrijheid
- Als ingegaan pensioen wordt geïndexeerd, ex-partner recht op indexering vanaf datum scheiding
- Geldt voor recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening op grond van art. 3, lid 2 WVPS
- Geldt voor bijzonder partnerpensioen op grond van art. 58 PW...zij het dat de PW niet van toepassing is op peb en in art. 3a WVPS geen koppeling wordt gelegd naar art. 58 PW (pensioenovereenkomst bepalend)
- Waardering indexering op basis van loon- of prijsindex ("open" indexering) discussiepunt omdat daarvoor fiscaal niet mag worden voorzien (wordt geacht te kunnen worden gedekt op basis overrente boven 4%)
- Wel meenemen bij balansmutatie

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: $2800 \times 0,38 = 1064$

Liquiditeit

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

Liquiditeit in de praktijk

De rechter krijgt de volgende vragen voorgelegd bij (beroep op) gebrek aan liquiditeit:

- Kan de BV lenen (note: bedrijfskrediet kent standaard voorwaarde dat het uitsluitend voor bedrijfsvoering mag worden benut)
- Is de DGA persoonlijk aansprakelijk voor dekkingstekort of liquiditeitskrapte (onbehoorlijk bestuur = “ernstig verwijtbaar persoonlijk handelen”), zie Rechtbank Rotterdam 15 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2456
- Geldt bijstortplicht voor werkmaatschappij of houdstermaatschappij, rol “403-verklaring”
- Dient een BV die peb uitvoert activa te liquideren (pand verkopen en terug huren; auto’s of andere bedrijfsmiddelen verkopen en terug leasen; sale and lease back)
- Dient een BV die peb uitvoert een deelneming te liquideren
- Mag de DGA de werkzaamheden voor de BV staken (Gerechtshof Den Haag 11 juli 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1314)

Uitfasering pensioen in eigen beheer

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 per ultimo juni 2017; vanaf 1 juli 2017 geen verdere opbouw mogelijk

Dividendklem

Achtergrond van de wetgeving:

- Dividendklem art. 2:216 BW
- Solvabiliteitstoets = opnemen dividend beperkt tot ongebonden eigen vermogen (extra reserve)
- Maar...peb commercieel waarderen in plaats van fiscaal
- Liquiditeitstoets = na opnemen dividend moet BV kortlopende schulden (opeisbare vorderingen gedurende het komende jaar) kunnen blijven voldoen
- Staat wenste consumptieve bestedingen door DGA's te stimuleren
- Peb stond aan dividendopnames in de weg

Handhaven 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 uit resultaat of 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

Afkoop

Tarieven:

2017 – loonbelasting over fiscale waarde – 34,5% fiscale waarde

2018 – loonbelasting over fiscale waarde – 25% fiscale waarde

2019 – loonbelasting over fiscale waarde – 19,5% fiscale waarde

Afkoop

Afkoop:

- BV bevrijdt van de pensioenverplichting
- Fiscale pensioenvoorziening vervalt
- 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 commerciële waarde van het peb (de waardering volgens Boek 2 BW) loonbelasting volgens het progressieve tarief van de loonbelasting moet worden afgedragen door de BV (art. 19b, lid 1 Wet op de loonbelasting 1964) en de DGA over die waarde 20% revisierente is verschuldigd (art. 30i, lid 1 Algemene wet inzake rijksbelastingen) in te houden door de BV
 - **Let op 2:** de sanctie is niet dat sprake zou zijn van civielrechtelijke nietigheid of vernietigbaarheid van de afkoop

Afkoop

Effecten van afkoop:

- (Potentieel) recht op pensioenverevening vervalt
- (Potentieel) recht op bijzonder partnerpensioen vervalt
- Aandelen van de BV meer waard omdat pensioenverplichting wegvalt (extra reserves stijgen met bedrag pensioenvoorziening – fiscaal/commercieel)
- DGA ontvangt de netto afkoopwaarde privé; privé vermogen neemt toe

Afkoop staande huwelijk

Zonder compensatie:

- Potentieel recht op pensioenverevening en bijzonder partnerpensioen vervallen (geen sprake van fiscale schenking omdat slechts potentiële rechten bestaan)
- Recht op partnerpensioen bij overlijden DGA staande huwelijk vervalt (mogelijk fiscale schenking hoewel slechts een recht ontstaat als de DGA overlijdt en diens partner dan nog in leven is)
- Voorwaardelijke compensatie (met het oog op mogelijke scheiding in de toekomst) voldoende om fiscale schenking te vermijden. Denkbare mogelijkheden:
 - Voorwaardelijke Boon/Van Loon-verrekening + waarde vervallen bijzonder partnerpensioen; of
 - Voorwaardelijke afrekening op basis van waarde pensioenverevening + bijzonder partnerpensioen; of
 - Delen bedrag dat DGA privé ontving voor zover niet staande huwelijk voor gemeenschappelijke uitgaven verteerd + delen waardevermeerdering aandelen BV

Afkoop in het kader van scheiding

Redenen voor en vormen van compensatie:

- Prealabel: BV heeft na afkoop een hogere dividendcapaciteit – effect op draagkracht voor betaling alimentatie
- Waardestijging aandelen BV betrekken bij verdeling als aandelen in een (beperkte) gemeenschap vallen (dan geen hogere draagkracht voor betaling alimentatie aannemen)
- Door DGA privé ontvangen netto afkoopwaarde verdelen als de afkoopwaarde in een (beperkte) gemeenschap valt
- Als aandelen en afkoopwaarde niet worden verdeeld, vervallen pensioenverevening en bijzonder partnerpensioen compenseren door:
 - Afrekening ineens volgens Boon/Van Loon + waarde bijzonder partnerpensioen; of
 - Waarde recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening + bijzonder partnerpensioen; of
 - Delen afkoopwaarde + waardestijging aandelen

Afkoop na scheiding

- Als recht op pensioenverevening en bijzonder partnerpensioen bestond, vervallen deze rechten
- Zonder compensatie fiscale schenking door ex-partner aan DGA
- Compensatie:
 - afrekening ineens volgens Boon/Van Loon + waarde bijzonder partnerpensioen; of
 - Waarde recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening + bijzonder partnerpensioen; of
 - Delen netto afkoopsom + waardeinstijging aandelen

Oudedagsvoorziening (ODV)

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 (niet gepubliceerde rechtspraak: wilsgebrek als instemming is gegeven zonder voldoende informatie)

Oudedagsvoorziening (ODV)

Gevolgen omzetting peb in ODV:

- Waarde aandelen BV stijgt met bedrag gelijk aan verschil tussen commerciële waarde pensioenverplichting en fiscale pensioenverplichting = waarde ODV; gevolg: stijging extra reserve
- Recht op pensioenverevening en bijzonder partnerpensioen vervalt
- ODV is geen "pensioen" in de zin van de WVPS
- Geen compensatie betekent schenking ter grootte van:
 - Waarde pensioenverevening + bijzonder partnerpensioen
MINUS
 - 50% waardestijging aandelen BV als deze in een (beperkte) gemeenschap vallen

Rol van de rechter in het kader van compensatie

Compensatie:

- Bepaling staande huwelijk 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)
- Compensatie is geen recht van rechtswege, zodat verjaring wèl speelt
- Rechter heeft wel een rol bij de uitleg van op zichzelf voldoende bepaalde of bepaalde compensatieafspraken

(“Verboden”) alimentatie

Alimentatie en peb

Draagkracht voor betaling alimentatie bepaald door:

- DGA-salaris
- Dividendcapaciteit

Bij BV met peb en fiscale jaarrekening: balansvoorziening voor pensioen muteren naar WEV (RJ-waarde; geen externe onderbrenging) of commerciële waarde rechten ex-partner vermeerderd met kostenopslagen verzekeraar (bij externe onderbrenging) voor bepalen dividendcapaciteit

Alimentatie en peb

Rol van de rechter:

- Lijdelijk ten aanzien van de feiten (art. 24 Rv.)
- Maar dient rechtsgronden ambtshalve ("uit zichzelf") aan te vullen (art. 25 Rv.)
- Wat als DGA slechts fiscale jaarrekeningen inbrengt maar wel stelt dat met dividendklem rekening moet worden gehouden voor bepaling dividendcapaciteit:
 - Rechter mag de jaarrekening niet ambtshalve muteren (of wel, omdat mutatie geldt als aanvulling rechtsgronden)?
 - Overweging ten overvloede?
 - Beroepsfout advocaat DGA?

Alimentatie en peb

Denkbare fiscale sancties 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 commerciële waarde 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 commerciële waarde 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)

Alimentatie en peb

Wet van 21 december 2022 tot wijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Invorderingswet 1990 ter bestrijding van belastinguitstel en -afstel als gevolg van excessief lenen bij een eigen vennootschap (Wet excessief lenen bij eigen vennootschap) (iwt 1 januari 2023):

- Rekening-courantschuld (meer algemeen: onbelast lenen van de BV) beperkt tot € 700.000
- Meerdere vanaf 2023 per jaareinde belast met 26,9 procent inkomstenbelasting alsof het een dividenduitkering is

Alimentatie en peb

Hoe zal de belastingdienst in de praktijk handelen:

- Aanslag dividendbelasting en aanslag inkomstenbelasting opleggen als en voor zover rekening-courantschuld meer dan € 700.000 bedraagt
- Afkoop pensioen zal worden verondersteld als voorzienbaar is dat de DGA de rekening-courantschuld niet meer zal kunnen aflossen (winst onvoldoende; duration tot pensioendatum te gering) (in die zin: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 januari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:352; vgl. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:615 inzake DGA – belastingdienst; geen afzien pensioen en indexering omdat r-c positie mede uit pensioenuitkeringen kan worden afgelost)
- Belastingdienst kan een vaststellingsovereenkomst afdwingen dat slechts dividend mag worden opgenomen voor aflossing rekening-courantschuld

Alimentatie en ODV

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)

Samenhang alimentatie, peb en verdeling

- Peb niet uitgefaseerd:
 - Bij vaststelling alimentatie dividendcapaciteit BV beoordelen na herwaardering peb op commerciële waarde
 - Bij aandelenwaardering eveneens herwaardering peb op marktwaarde
- Peb omgezet in ODV:
 - Dividendklem beperkt tot fiscale waarde ODV
 - Bij aandelenwaardering rekening houden met fiscale waarde ODV
 - Voor bepaling dividendcapaciteit bij vaststelling draagkracht voor betaling alimentatie rekening houden met fiscale waarde ODV

Rol van de rechter

Gerechtshof Den Haag 11 januari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:11

- Draagkracht
- Mogelijkheid tot uitkeren van dividend aangenomen omdat de DGA in het verleden dividend opnam en de rekening-courantschuld liet oplopen. Het werd niet noodzakelijk geoordeeld dat de BV over ongebonden eigen vermogen (een extra reserve) zou blijven beschikken omdat de BV geen onderneming dreef en behalve de DGA geen personeel had. Ook voor het opvullen van een pensioengat hoefde de BV niet te reserveren

Eigendomsbescherming

Eigendomsbescherming

Ongestoord genot eigendom beschermd:

- Art. 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (art. 1 EP)
- Art. 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (art. 17 Handvest)
- Eigendomsontneming door de Staat mogelijk in algemeen belang (regulering van eigendom)
- In situaties en onder voorwaarden bij wet voorzien
- Legitimitoets en proportionaliteitstoets
- Geen “individual burden”
- Handvest: vergoedingsrecht bij inbreuk op eigendom

Eigendomsbescherming

HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963:

- Box 3 heffing in strijd met EVRM voor zover de heffing verder gaat dan het over het vermogen gerealiseerde rendement
- Nederlandse systeem gaat uit van fictief rendement 4%
- Als gerealiseerde rendement lager is, leidt de heffing tot aantasting van het oorspronkelijke vermogen

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 verdiencapaciteit 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
- Ficties in Alimentatienormen mogelijk in strijd met 1^e Protocol bij EVRM en art. 17 Handvest

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
- Zie EB 2022/22