

38 Pensioen in eigen beheer – een nieuw probleem voor de dga

Een directeur-grotaandeelhouder (hierna: dga) kan, naast de keuze om zijn/haar pensioen extern te verzekeren, besluiten om zijn/haar pensioen in eigen beheer op te bouwen, mits de dga voldoet aan de voorwaarden bepaald in art. 19a lid 2 Wet op de loonbelasting 1964. Zo dient de dga ten minste een 10% aandelenbelang van het geplaatste aandelenkapitaal te hebben in de vennootschap van de werkgever inclusief het daarbij behorende stemrecht. De combinatie 'pensioen in eigen beheer' en echtscheiding geeft zeer frequent grote en zelfs desastreuze complicaties in de praktijk. Dat hoeft niet het geval te zijn als partijen het recht op pensioenverevening op grond van de Wet Verevening pensioenrechten bij scheiding (hierna: WVPS) bij huwelijkse voorwaarden of bij echtscheidingsconvenant hebben uitgesloten.

Uit het arrest van de Hoge Raad van 9 februari 2007¹ volgt dat naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, de (ex-)huwelijks- of geregistreerd partner (hierna te noemen: partner) van de dga kan verlangen, dat de dga het in eigen beheer opgebouwde pensioen ten behoeve van zijn/haar partner afstort onder een door haar/hem aangewezen pensioenverzekeringsmaatschappij. Afstorting kan niet worden verlangd indien als gevolg van deze afstorting de continuïteit van de bv in gevaar komt. Als gevolg van de huidige economische crisis is voor menig dga afstorting van pensioen financieel niet meer mogelijk, aangezien door de afstorting de levensvatbaarheid van de bv direct in gevaar komt. Een nieuw probleem hierbij is de huidige lage marktrente. De reservering van pensioen in eigen beheer is gebaseerd op een fiscaal stelsel met een minimale rekenrente van 4%. Een gemiddelde levensverzekeringsmaatschappij hanteert op dit moment een rekenrente (marktrente) van rond de 1,75% tot 2%. Het verschil in rekenrente heeft tot gevolg dat in de meeste bv's de pensioenvoorziening een onvoldoende dekkingsgraad heeft, hetgeen fiscaalrechtelijk en financieel verstekkende gevolgen kan hebben. Mijn praktijk leert dat de advocatuur en de rechterlijke macht in het kader van het familierecht zich onvoldoende bewust zijn van de grote financiële problemen die zich voordoen bij pensioen in eigen beheer en echtscheiding. In paragraaf 1 behandel ik aan de hand van een praktijkvoorbeeld de huidige gang van zaken en inzichten. In paragraaf 2 sta ik stil bij de precieze gevolgen van de afstorting. Paragraaf 3 behandelt de laatste jurisprudentie hierover en

paragraaf 4 geeft de (positieve) effecten van de invoering van de wetgeving betreffende de Flex-BV per 1 oktober 2012 weer. Paragraaf 5 en 6 zijn mede opgenomen ter onderbouwing van mijn conclusie en aanbevelingen, waarmee ik eindig.

1. Inzicht

Om een goed beeld te krijgen van de problematiek die hier speelt, gebruik ik een praktijkvoorbeeld en beschrijf ik de huidige gang van zaken bij een echtscheiding van een dga die zijn pensioen in eigen beheer heeft opgebouwd.

1.1. *Praktijkvoorbeeld*

Man (55 jaar) en vrouw (50 jaar) zijn in wettelijke gemeenschap van goederen met elkaar getrouwd. De man houdt de aandelen in de bv. De man heeft de leiding binnen het bedrijf. In het begin van hun huwelijk heeft de vrouw in de bv meegewerkt. Na de geboorte van de kinderen heeft de vrouw zich toegelegd op de zorgtaken binnen het huwelijk, hetgeen de volledige instemming had van de man. In de bv wordt reeds dertig jaar een installatiebedrijf gedreven. Het bedrijf telt 25 man personeel, waaronder 15 installateurs met bedrijfsauto. De balans per ultimo 2012 ziet er als volgt uit:

¹ ECLI:NL:HR:2007:AZ2658.

Balans per 31 december 2012			
Debet		Credit	
bedrijfspan	300.000	aandelenkapitaal	50.000
bedrijfswagens	200.000	algemene reserve	250.000
inventaris	50.000		300.000
	550.000		
voorraden	150.000	(fiscale) pensioenvoorziening	700.000
debiteuren	250.000	langlopende schulden	300.000
	400.000	kortlopende schulden	150.000
bank- en spaarrekeningen	500.000		
	1.450.000		1.450.000

Toelichting

- De pensioenvoorziening is op fiscale grondslagen bepaald, betreft pensioen in eigen beheer, eindloonregeling + indexatierechten conform pensioenbrief van fiscus opgesteld en toegezegd. Het omvat ten minste een ouderdomspensioen en een partnerpensioen en indexatie. In de opbouwfase zijn er diverse wetswijzigingen geweest, waardoor de pensioenopbouw in diverse periodes kan worden onderverdeeld.² Er is niets extern verzekerd.
- De man geniet als dga een salaris van € 100.000 bruto per jaar.
- Er zijn geen stille reserves (meerwaarden) aanwezig in de activa.
- De bv heeft in financiële zin tot het jaar 2012 altijd prima gedraaid. Over het jaar 2012 wordt voor het eerst sinds dertig jaar geen winst gemaakt. De bv heeft enig weerstandsvermogen om de huidige crisis op te vangen. Uit de balans volgt dat er een algemene reserve is van € 250.000. Voorts volgt uit de balans dat de bv over voldoende liquide middelen beschikt. In de balans is een pensioenvoorziening opgenomen van maar liefst € 700.000. Niet duidelijk is hoe de toekomst er naar verwachting uit zal zien. Op het eerste gezicht zien de cijfers er voor een civieljurist goed uit. Een fiscaaljurist en een pensioenjurist zullen mede bezien de fiscale grondslagen van de opgebouwde pensioenrechten hun bedenkingen hebben bij de getoonde cijfers. Is de pensioenvoorziening van € 700.000 wel voldoende voor de aanspraken die de man en de vrouw jegens de bv hebben?

1.2. (Te kleine) pensioenvoorziening

De praktijk leert dat op dit moment in bijna alle gevallen de pensioenverplichting van de dga in de commerciële jaarrekening is bepaald op basis van fiscale grondslagen (lees: de fiscale waarde). Dit is toegestaan op grond van een uiting van de Raad voor de Jaarverslaggeving bij richtlijn 271.³

De fiscale grondslagen zijn door de jaren heen door de wetgever meer en meer uitgehold ten opzichte van de commerciële waarde (de waarde in het economische verkeer, hierna: WEV). Met andere woorden, de fiscale wetgeving stond niet toe om een pensioenvoorziening te treffen op basis van commerciële grondslagen. Indien de wetgever dit wel zou hebben toegestaan, had dit de schatkist veel geld gekost, aangezien de pensioenvoorziening de winst van menig bv in fiscale zin zou hebben verminderd.

In tabel 1 geef ik aan wat de verschillen zijn tussen de fiscale en commerciële waardering van de pensioenverplichting. De verschillen leiden cijfermatig gezien tot een aanzienlijk verschil in waardering.

Tabel 1

WEV: leeftijdscorrectie -5/-6
Fiscaal: geen leeftijdscorrectie
WEV: direct ingaand overlijdensrisico
Fiscaal: geen direct ingaand overlijdensrisico
WEV: indexatieverplichting mee waarderen
Fiscaal: geen rekening houden met indexatie
WEV: rekenrente = marktrente
Fiscaal: rekenrente ten minste 4%
WEV: wel kosten- en winstopslagen van verzekeraar
Fiscaal: geen kosten- en winstopslagen van verzekeraar

2 Pré-Witteveenperiode tot en met 31 mei 2004, Witteveenperiode 1 juni 2004 tot en met 31 december 2005 en VPL (Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling) periode 1 januari 2006 tot en met 31 december 2013.

3 Uiting van 8 april 2005 van de Raad voor de Jaarverslaggeving voor kleine rechtspersonen om, onder voorwaarden, de fiscale pensioenverplichting weer te geven in de commerciële jaarrekening. Dit naar aanleiding van de invoering van RJ 271.

Indien in het voorbeeld wordt uitgegaan van een commerciële waardering van de pensioenverplichting met een rekenrente van 2,5%, dan bedraagt de commerciële voorziening in de balans van de bv € 1,3 miljoen. Uit de balans volgt dat er slechts een voorziening is van € 700.000 (de fiscale waarde). Het gevolg hiervan is dat de fiscale pensioenvoorziening dus fors lager is dan het bedrag dat in het economische verkeer (de commerciële waarde) daadwerkelijk benodigd is om de pensioenverplichting ook gestand te doen in de uitkeringsfase. Sterker nog, er is commercieel gezien duidelijk sprake van een tekort (zie par. 2).

Als de bezittingen (activa) van de bv derhalve precies gelijk zouden blijven aan de hoogte van de fiscale pensioenverplichting (passiva) en er gemakshalve geen andere schulden zijn, dan komt een dga in nagenoeg alle gevallen tekort in de uitkeringsfase als hij zijn statistische leeftijd zou behalen. Een situatie die menig dga zich niet realiseert!

In zeer veel gevallen is er op dit moment zelfs sprake van 'onderdekking' ten opzichte van de fiscale pensioenverplichting. Dat wil zeggen, dat het totaal aan bezittingen van de activazijde van de bv lager is dan de fiscale pensioenverplichting. Het betreft een zodanig urgente situatie, dat de wetgever gemeend heeft om met ingang van 2013 hiervoor een speciale faciliteit in de wet op te nemen.⁴

1.3. Scheiden doet lijden

Bij het einde van een relatie heeft een ex-partner, tenzij partijen dit bij huwelijkse voorwaarden of in een echtscheidingsconvenant hebben uitgesloten, krachtens art. 1:155 BW jo. art. 2 lid 2 WVPS recht op verevening van ouderdomspensioenrechten (plus eventueel recht op indexaties) opgebouwd ten tijde van het huwelijk. Daarnaast verkrijgt de ex-partner – indien er sprake is van een partnerpensioentoezegging op basis van opbouw – tevens⁵ een aanspraak op

bijzonder partnerpensioen krachtens art. 57 Pensioenwet. Aangezien een dga sinds de invoering van de Pensioenwet in 2007 niet onder de Pensioenwet valt, is dit ten behoeve van de aanspraak op partnerpensioen voor een ex-partner van een dga sindsdien bepaald in art. 3a WVPS.

De ontwikkeling in de jurisprudentie⁶ in de laatste jaren heeft ertoe geleid dat een ex-partner veelal (algehele) afstorting naar een verzekeraar eist van de haar toekomende aanspraken in het kader van de pensioenverevening. Dit betreft derhalve de commerciële waarde van die aanspraken! U begrijpt, hier komt dezelfde problematiek om de hoek kijken als zojuist besproken, maar wel met enorme acute financiële consequenties.

Er is namelijk 'slechts' op basis van fiscale grondslagen gereserveerd voor pensioen, maar in beginsel dient ten behoeve van de ex-partner de commerciële waarde van de haar toekomende aanspraken afgestort te worden. In het hiervoor gegeven praktijkvoorbeeld bedraagt de commerciële waarde van de af te storten pensioenrechten van de ex-partner afgerond € 700.000.⁷ Dat is evenveel als de gehele fiscale pensioenverplichting op de balans per ultimo 2012!

Daar komt bij dat menig dga zijn (gereserveerde) pensioengelden heeft aangewend binnen het bedrijf, bijvoorbeeld ter investering in een bedrijfspand of overige activa. Dga's die een geblokkeerde bankrekening aanhouden en daar hun gereserveerde pensioengelden op stallen dan wel alle premies in een aparte pensioen-bv⁸ fysiek volledig hebben afgestort en veiliggesteld, zijn sporadisch te vinden. Er is ook geen aanwendingsvereiste vanuit de wetgever daartoe.⁹ In het praktijkvoorbeeld blijkt ook een tekort, circa € 200.000, aan directe liquide middelen voor afstorting. Als blijkt dat er onvoldoende liquide middelen voorhanden zijn, gaat de Hoge Raad in zijn uitspraak van 9 februari 2007 zo ver, dat onderzocht moeten worden of de afstorting bij een bank gefinancierd kan worden door de bv.

4 In het Belastingplan 2013 is opgenomen dat aan art. 19b Wet LB 1964 lid 9 wordt toegevoegd. Hierin is bepaald dat de minister de bevoegdheid krijgt om onder door hem te stellen voorwaarden in geval van 'onderdekking' het afstempelen van in eigen beheer opgebouwde pensioenen op pensioeningangsdatum *niet* aan te merken als het prijsgeven van pensioenaanspraken. Op 18 maart 2013, nr. BLKB 2013/27M, *Stcrt.* 2013, 8018, heeft de staatssecretaris van Financiën dit besluit uitgebracht, waarin de voorwaarden zijn opgenomen voor het verminderen van pensioenen in eigen beheer zonder dat sprake is van een prijsgeven. Belangrijk juridisch issue is de voorwaarde dat afstempeling alleen kan als alle betrokken partijen (dus ook de ex-partner) schriftelijk akkoord zijn.

5 Als er sprake is van toezegging op basis van risico, vervalt in beginsel het partnerpensioen bij scheiding. Wel kan dan mogelijk pensioenverweer worden ingebracht, art. 1:153 BW. Volgens de wet kan een echtscheiding worden tegengehouden of uitgesteld als door de verzochte echtscheiding een bestaand vooruitzicht op nabestaandenpensioen bij overlijden van de echtgenoot die het verzoek tot echtscheiding heeft gedaan, zou wegvallen of in

ernstige mate zou verminderen. Er moet dan daarvoor eerst een voorziening worden getroffen die, gelet op de omstandigheden van het geval, ten opzichte van beide echtgenoten billijk is te achten. De rechter kan daartoe een termijn stellen. Een beroep op dit zogenoemde pensioenverweer is niet van toepassing:

- indien redelijkerwijs te verwachten is dat de andere echtgenoot zelf voor dat geval voldoende voorzieningen kan treffen;
 - indien de duurzame ontwrichting van het huwelijk in overwegende mate is te wijten aan de andere echtgenoot.
- 6 HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658 inzake afstorting ouderdomspensioen en Hof Den Bosch 3 februari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI6307 heeft deze visie ook doorgetrokken voor nabestaandenpensioen.
- 7 Verdeling in waarde (afgerond): OP: € 450.000, NP: € 250.000.
- 8 Ook wel extern eigen beheer genoemd.
- 9 Wellicht zou dit wel een optie zijn voor de wetgever om pensioen in eigen beheer als faciliteit te behouden.

Maar los van dit alles, is het de vraag of het wel gerechtvaardigd is dat door een ex-partner geëist zal worden tot ten minste afstorting van de gehele bankrekening, in het praktijkvoorbeeld van € 500.000? Een dergelijke grote afstorting betekent, zeker gezien de economische crisis, per direct gevaar van faillissement. Maar er zijn meer argumenten die ervoor pleiten dat een dergelijke stellingname onterecht is. Daar kom ik op terug in paragraaf 2.

1.4. *Afstorten, tenzij ...*

De Hoge Raad biedt in zijn uitspraak van 9 februari 2007 nog wel een opening ter zake van het min of meer afstortingsvereiste, namelijk dat (de hoogte van) de afstorting nimmer mag leiden tot het in gevaar brengen van de continuïteit van de onderneming waarvan de bewijslast bij de dga ligt.

De praktijk leert dat advocaten, maar ook rechters opgezaald zijn met een vaak onbevredigende en zeer arbitraire toets die is bepaald door de Hoge Raad, terwijl ze niet of onvoldoende zijn opgeleid om over een dergelijk vraagstuk – op economische gronden – goed te kunnen beslissen, uitzonderingen daargelaten uiteraard.

Daar komt bij dat in bepaalde schrijnende situaties ook de toets van de Hoge Raad geen uitkomst biedt. Denk bijvoorbeeld aan de situaties waarbij de onderneming reeds is verkocht en er enkel liquiditeiten aanwezig zijn in de pensioen-bv ter grootte van de hoogte van de fiscale pensioenverplichting. In dat geval zal de ex-partner afstorting van de commerciële waarde eisen en zal men niet meer toekomen aan voornoemde toets. Maar of een dergelijke benadering billijk en redelijk is, betwijfel ik ten eerste.¹⁰

De uitkomst van dit alles is dat de onzekerheid over dit onderwerp groot is en derhalve de scheidende partijen aanzienlijke verschillen in standpunten hierover innemen, met als gevolg langdurige, emotionele en kostenverhogende procedures. De rechterlijke uitspraak is ook in hoge mate afhankelijk van de betrokken rechter en advocaten. In het slechtste scenario leidt dit direct tot een faillissement!

1.5. *Samenvatting*

Het praktijkvoorbeeld is bedoeld om de pijnpunten scherp aan te geven. Er zijn derhalve vijf oorzaken aan te wijzen die (kunnen) leiden tot dit financiële probleem bij echtscheiding. Het betreft hier een sameloop van wetgeving, jurisprudentie en marktwerking, die mijns inziens nimmer vooraf voorzien is, maar

uiteindelijk wel dit tot gevolg heeft. De oorzaken zijn:

1. het kunnen opbouwen van pensioen in eigen beheer voor een dga met een minimale rekenrente van 4%¹¹ ten behoeve van de waardering van de fiscale pensioenverplichting versus de geruime tijd historisch (zeer) lage marktrente (rond 2%) ter bepaling van de commerciële waarde van de pensioenverplichting; en
2. de om budgettaire redenen steeds verdere versobering van de reservering van de fiscale pensioenverplichting (lees: fiscale waarde) in eigen beheer; en
3. de toegestane mogelijkheid – welke in de praktijk nagenoeg geheel door elk accountantskantoor voor de cliënten wordt toegepast – op grond van een uiting van 8 april 2005 van de Raad voor de Jaarverslaggeving voor kleine rechtspersonen om, onder voorwaarden, de fiscale pensioenverplichting weer te geven als balanspost in de commerciële jaarrekening. Dit naar aanleiding van de invoering van RJ 271; en
4. de uitspraak van de Hoge Raad van 9 februari 2007 en de wijze waarop deze uitspraak gangbaar in de praktijk ten uitvoer wordt gelegd, namelijk ‘afstorten, tenzij ...’; en
5. de arbitraire toets die de Hoge Raad in zijn uitspraak van 9 februari 2007 heeft aangelegd, zijnde de (zware) bewijslast voor de dga om aan te tonen dat (gedeeltelijke) afstorting zal leiden tot het in gevaar brengen van de continuïteit van de onderneming.

Zoals gezegd, leidt de optelsom van dit alles tot een (vaak) acuut financieel probleem voor een dga die in scheiding raakt en zijn pensioen in eigen beheer heeft opgebouwd en tot (gedeeltelijke) afstorting wordt verplicht.

Het voorbeeld is er één van alledag en er dient mijns inziens een (structurele) oplossing voor te komen, anders dan de opening die de Hoge Raad laat in zijn uitspraak van 9 februari 2007.¹² De oplossing van de Hoge Raad, die vaak onbevredigend (arbitrair) is en soms ook niet of slechts deels van toepassing is, neemt immers niet weg dat het financieel enorm scheelt of de

¹⁰ In Rb. Middelburg 22 december 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BP1976; afstorting naar evenredigheid van het aanwezige vermogen, zie par. 3.2.

¹¹ Art. 3.29 Wet IB 2001.

¹² Deze uitspraak moet nog verder worden genuanceerd. Er wordt met deze uitspraak in de hand wel de stelling ingenomen dat afstorting altijd kan worden gevraagd en moet worden toegewezen indien de financiële mogelijkheden daartoe aanwezig zijn. Die stelling kan echter niet op voorhand worden gebaseerd op deze uitspraak, omdat het hof in die zaak kennelijk had geoordeeld dat partijen het eens waren over het feit dat in beginsel afstorting diende plaats te vinden. De feitelijke aanwezig geoordeelde afspraak was in cassatie onaantastbaar. A contrario zou eruit kunnen worden afgeleid dat de vraag of moet worden overgegaan tot afstorting onderdeel kan zijn van het debat tussen partijen, waarmee het dus in ieder geval geen vaste regel is. En is de uitspraak ook van toepassing in een situatie dat er meerdere aandeelhouders zijn?

(gedeeltelijke) afstorting per heden op basis van een lage marktrente van circa 2% moet plaatsvinden of op moment dat de marktrente voor langlopende verplichtingen weer rond de meer (historisch) gangbare 4% ligt. In het laatste geval moet voor hetzelfde fors meer (meer dan twee keer zoveel) worden betaald dan in het eerste geval.

2. Afstortingsproblematiek

2.1. De afstortingsverplichting

De afstortingsverplichting is geen wettelijke verplichting. Het is, zoals gezegd, gebaseerd op de uitspraak van de Hoge Raad van 9 februari 2007. Interessant is de conclusie van de advocaat-generaal bij deze uitspraak. Hij stelt dat de verplichting "voortvloeit uit de eisen van redelijkheid en billijkheid en de ratio van de PSW, te weten het zoveel mogelijk veiligstellen van pensioenaanspraken". De Hoge Raad heeft daarop als volgt bepaald ter zake van het opleggen van de afstortingsverplichting van de dga als de betreffende bv:¹³

"(...) dat de tot verevening verplichte echtgenoot die als directeur en enig aandeelhouder de rechtspersoon beheerst waarin de te verevenen pensioenaanspraak is ondergebracht zorg dient te dragen voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar van in eigen beheer opgebouwd pensioen nu van de vereveningsgerechtigde echtgenoot in beginsel niet kan worden geveerd dat deze bij voortduring afhankelijk blijft van het beleid dat de andere echtgenoot ten aanzien van de betrokken rechtspersoon (en de onderneming waaraan deze verbonden is) voert en het risico moet blijven dragen dat het in eigen beheer opgebouwde pensioen te zijner tijd niet kan worden betaald".

De afstortingsproblematiek roept bij mij de volgende vragen op, uitgaande van de situatie dat partijen de keuze hebben gemaakt voor de 'standaardpensioen-verevening'¹⁴ ingevolge de WVPS:

- Wat zijn nu eigenlijk *precies* de (financiële) gevolgen van afstorting?
- Is hier nu sprake van 'redelijkheid en billijkheid'?
- Wat hebben partijen nu eigenlijk willen afspreken?
- Betekent dit alles dan maar pech voor de dga?

Allemaal vragen die ik advocaten en rechters (te) weinig hoor stellen, maar die mijns inziens wel zeer wezenlijk zijn. Met andere woorden, is de huidige gebruikelijke benaderingswijze in de praktijk nu

eigenlijk wel de juiste benadering? Alvorens ik deze vragen puntsgewijs ga beantwoorden, sta ik eerst stil bij wat de wetgever meent ter zake van het opbouwen van pensioen:¹⁵

"(...) de opbouw van ouderdomspensioenrechten het resultaat is van een inspanning van beide partijen, die er op gericht is te bereiken dat zij beiden kunnen genieten van een redelijke oudedagsvoorziening (...)."

De benadering van de wetgever is dus dat beide partijen kunnen genieten. Ik lees daaruit dat beiden *evenveel* mogen genieten. Waarom zou een wetgever een van beiden willen bevoordelen? Dat kan nimmer de bedoeling zijn van een wetgever. Dit nog los van allerlei discussies omtrent ongeoorloofde discriminaties tussen man en vrouw.

Het uitgangspunt van de wetgever is dus dat gehuwden in een dga-situatie met pensioen in eigen beheer net als bij 'gewone'¹⁶ gehuwden ieder evenveel ouderdomspensioenrechten¹⁷ zullen genieten, ook al is er sprake van een scheidingsmoment. Dat laatste doet namelijk niets aan dit uitgangspunt af. Sterker nog, gezien het feit dat een scheidingsdatum sporadisch precies gelijk valt met een pensioeningangsdatum, zal een zeer nauwkeurige toetsing nodig zijn om ervoor zorg te dragen dat de één niet meer krijgt dan de ander. Maar de huidige praktijk wijst uit dat dit uitgangspunt voor een dga met pensioen in eigen beheer die wordt geconfronteerd met een afstortingsverplichting op dit moment in zeer veel, zo niet alle gevallen, mank gaat. Zie hierna.

2.2. Wat zijn nu eigenlijk *precies* de (financiële) gevolgen van afstorting?

Om dit duidelijk te maken, grijp ik terug naar het praktijkvoorbeeld in paragraaf 1. In de commerciële balans verwerk ik nu de commerciële waarde van de pensioenverplichting. In dat praktijkvoorbeeld bleek dat de commerciële waarde € 1,3 miljoen is, terwijl de fiscale waarde € 700.000 bedroeg. Een extra pensioenlast derhalve van € 600.000 ten laste van de algemene winstreserve. Ik abstraheer gemakshalve van eventuele belastinglatenties.

13 HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9458. Betreft bevestiging van uitspraak HR 9 februari 2007, maar verplichting tot afstorting geldt ook voor de bv.

14 Conform art. 3 WVPS.

15 *Kamerstukken II* 1992-1993, 21 893, nr. 8, p. 14.

16 Gehuwden, niet zijnde een directeur-groootaandeelhouder en geen pensioen in eigen beheer.

17 Standaardverevening o.g.v. art. 3 WVPS.

Balans per 31 december 2012

Debet		Credit	
bedrijfspan	300.000	aandelenkapitaal	50.000
bedrijfswagens	200.000	algemene reserve	<u>-350.000</u>
inventaris	<u>50.000</u>		-300.000
	550.000		
voorraden	150.000	(commerciële) pensioenvoorziening	1.300.000
debiteuren	<u>250.000</u>	langlopende schulden	300.000
	400.000		
bank- en spaarrekeningen	500.000	kortlopende schulden	150.000
	<u>1.450.000</u>		<u>1.450.000</u>

Uit dit voorbeeld blijkt dat het Eigen Vermogen € 300.000 negatief is! De bv heeft vervolgens een extra financiering van € 200.000 kunnen verkrijgen ten behoeve van de algehele afstorting ad € 700.000, zijnde

de commerciële waarde van de aan de ex-partner toekomende aanspraken. De balans komt er dan, na afstorting, als volgt uit te zien.

Balans per 31 december 2012 (na afstorting)

Debet		Credit	
bedrijfspan	300.000	aandelenkapitaal	50.000
bedrijfswagens	200.000	algemene reserve	<u>-350.000</u>
inventaris	<u>50.000</u>		-300.000
	550.000		
voorraden	150.000	(commerciële) pensioenvoorziening	600.000
debiteuren	<u>250.000</u>	langlopende schulden	300.000
	400.000	extra financiering i.v.m. afstorting	200.000
bank- en spaarrekeningen	-	kortlopende schulden	150.000
	<u>950.000</u>		<u>950.000</u>

Uit deze cijfervoorbeelden blijkt duidelijk dat de problematiek van echtscheiding bij pensioen in eigen beheer ook duidelijk gevolgen heeft voor de aandelenwaardering in het kader van de verdeling. Maar daarnaast is de afstortingsverplichting ook direct van invloed op de financiële draagkracht van de man in het kader van eventuele alimentatieverplichtingen.

Wat gebeurt er in de praktijk?

De volgende twee situaties doen zich voor:

A. Partijen regelen de echtscheiding 'in der minne'. In het echtscheidingsconvenant zijn alle afspraken, waaronder de verdeling, vastgelegd. Echter, de eis tot afstorting volgt enige tijd later. In de verdeling is ter zake van de waarde van de aandelen in de bv dan uitgegaan van:

- de meest voorkomende situatie, namelijk een commerciële jaarrekening met de pensioenverplichting tegen de fiscale waarde als balanspost. In mijn voorbeeld dus een waarde van € 300.000;

ofwel

- de minst voorkomende situatie, namelijk een commerciële jaarrekening met de pensioenverplichting tegen de commerciële waarde als balanspost, waardoor er mogelijk 'onderdekking' ontstaat en derhalve de waarde van de aandelen voor de verdeling in een situatie van 'onderdekking' op nihil wordt gezet. In mijn voorbeeld betekent dit dus dat de negatieve waarde van € 300.000 door partijen op nihil wordt gesteld.

B. Een juridische procedure ter zake van pensioen. In de meeste gevallen is dit de laatste van de maximaal vijf (op verschillende onderdelen) juridische procedures die scheidende echtelieden kunnen voeren. In zeer veel gevallen is dus de verdeling tussen partijen eerder vastgesteld zoals hiervoor door mij geschetst. Uit het gegeven voorbeeld blijkt duidelijk dat de dga - op moment van afstorting - de helft,¹⁸ zijnde

18 De commerciële pensioenverplichting ad € 600.000 -/- Negatief

€ 300.000, van de pensioenverplichting beschikbaar heeft ten behoeve van zijn resterende pensioenaanspraak. Terwijl de ex-partner € 700.000 (afgestort) beschikbaar heeft voor haar pensioenaanspraken. De partner van de dga geniet dus meer dan het dubbele aan pensioen ten opzichte van de dga, terwijl als beide echtelieden gehuwd waren gebleven beiden evenveel aan ouderdomspensioen zouden genieten. De ex-partner wordt hier dus aanzienlijk bevoordeeld en de dga benadeeld.¹⁹

Natuurlijk zal het zo zijn dat de waarde van de aandelen in de bv ten tijde van de verdeling anders is dan op het moment van afstorting, maar dat doet niets af aan het feit – abstraherend van de resultaten die de bv in de tussentijd heeft gemaakt dan wel de (naar verwachting) verschillende marktrente ten behoeve van de waardering van de commerciële waarde van de pensioenverplichting op de beide momenten – dat in casu de ex-partner van de dga meer pensioen in geld verkrijgt ten nadele van de dga ter zake van dezelfde pensioenverevening.

Wat gaat hier nu (financieel) mis?

Duidelijk is dat het op nihil stellen van de waarde van de aandelen bij 'onderdekking' in casu het eerste nadeel van € 150.000 oplevert voor de dga. Hij neemt tenslotte bij de verdeling het gehele negatieve vermogen ad € 300.000 over zonder 50% compensatie van zijn ex-partner. Maar ervan uitgaande dat de ex-partner van de dga bij de eerdere verdeling ook nog eens € 150.000 gevorderd – zoals gezegd de meest voorkomende situatie – heeft gekregen van de dga, gesteld dat het positieve vermogen omvat € 300.000 (commerciële jaarrekening met fiscale pensioenverplichting), dan betekent dit een tweede nadeel van € 150.000 voor de dga!

Waarom vindt de huidige (gebruikelijke) praktijk dan toch zo vaak plaats?

Enerzijds sluit ik zeker niet uit dat dit te maken heeft met de complexiteit van de materie, maar anderzijds liggen er mijns inziens ten minste twee andere voor de hand liggende redenen aan ten grondslag. Als bij de verdeling ter zake van de waarde van de aandelen in de bv wordt uitgegaan van de commerciële waarde op basis van de huidige (zeer lage) marktrente van de pensioenverplichting, dan is er 1) veel minder te verdelen (lees: per direct minder uit te betalen) voor de ex-partner van de dga én 2) het 'zichtbaar maken'

Eigen Vermogen van € 300.000.

¹⁹ en eerste doordat haar pensioenaanspraak (volledig) tegen de werkelijke waarde extern is verzekerd (tegen een historisch lage marktrente) en ten tweede ook echt levenslang. Bij een verzekeraar geldt de wet van de grote getallen. Dus langer leven dan de statistische leeftijd betekent bij een verzekeraar dat uitkeringen toch blijven doorgaan, terwijl bij de bv het risico aanwezig is dat zij geen middelen meer heeft om door te gaan met betalen.

van de commerciële waarde van de pensioenverplichting van de ex-partner leidt tot vrees voor discussie met kans op eis van ex-partner aan dga om tot afstorting over te gaan!

Beide partijen 'lijken' hier dus parallelle belangen te hebben om bij de verdeling uit te gaan van de commerciële jaarrekening, maar met de fiscale waarde van de pensioenverplichting. Maar niets is minder waar! De dga komt 'bedrogen uit' als enige tijd later de ex-partner afstorting eist en deze eis wordt gehonoreerd. Een sluwe adviseur kan hier zelfs anticiperend in adviseren. Een dergelijke houding werkt hoogstwaarschijnlijk wel conflicterend.

Feit blijft dat de wetgever gemeend heeft bij de WVPS om de tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioenaanspraken door middel van de standaardverevening²⁰ eerlijk te verdelen, derhalve ieder de helft, maar de praktijk leert dat dit voor een dga met pensioen in eigen beheer (bijna) nimmer opgaat!

2.3. *Is hier nu sprake van 'redelijkheid en billijkheid'?*

Het gegeven praktijkvoorbeeld geeft duidelijk weer dat juist de uitgangspunten 'redelijkheid en billijkheid' en '... beiden (lees: evenredig) kunnen genieten ...' van zowel de A-G, de Hoge Raad als de wetgever zelf, zwaar geweld worden aangedaan. Precies het tegenovergestelde wordt bereikt! Maar er zijn meer argumenten aan te dragen die tegen de huidige gebruikelijke wijze van afstorting pleiten.

2.3.1. *Toekomstige pensioenopbouw*

Uit de redentie van de Hoge Raad bij de afstortingsverplichting en uit latere lagere jurisprudentie blijkt dat er niet (zichtbaar) is/wordt nagedacht over de (niet of beperkte) realisatie van de toekomstige pensioenopbouw van de dga binnen de bv in dergelijke situaties. Het praktijkvoorbeeld laat zien dat er een groot gat wordt geslagen in de pensioenvoorziening van de dga. Zodanig groot zelfs, dat het voor de dga (55 jaar) in mijn praktijkvoorbeeld nog een hele opgave dan wel onmogelijk zal zijn om in die laatste tien jaar voor zijn pensioeningangsdatum het financiële tekort van € 300.000 geheel of gedeeltelijk terug te verdienen. Het feit dat de dga dit financiële gat tracht te dichten, betekent nagenoeg geheel zeker dat hij geen of beperkte financiële reservering kan bewerkstelligen voor toekomstige pensioenopbouw.

De gevolgen van de afstortingsproblematiek leidt dus tot de volgende vervolgvraag: Wat gaat voor? Pensioenopbouw uit verleden of toekomst, of zou dit naar evenredigheid moeten? Het lijkt er sterk op dat de

²⁰ Zie art. 3 WVPS.

Hoge Raad dit nimmer voor ogen heeft gehad en zonder zich daarvan bewust te zijn geweest, gekozen heeft voor een soort FIFO-stelsel²¹ en daarbij in casu de ex-partner overduidelijk heeft bevoordeeld ten nadele van de dga.

2.3.2. Zekerheid versus onzekerheid

Maar ook het feit dat de ex-partner door afstorting 100% zekerheid verkrijgt en de dga afhankelijk blijft van het wel en wee van de bv (lees: onzekerheid) is naar mijn mening (in beginsel) een ongerechtvaardigd onderscheid dat de afstortingsverplichting in zich heeft. Zeker nu, met de grote mate aan onzekerheid als gevolg van de crisis. Temeer daar de afstortingsverplichting de onzekerheid van het voortbestaan van de bv alleen maar vergroot.

De man heeft toch net zoveel recht op het vertrekpunt van de wetgever dat echtelieden evenveel mogen genieten van het pensioen dat is opgebouwd tijdens het huwelijk? Waarom draagt de ex-partner dan geen enkel risico en de dga alle risico's?

Beide echtelieden droegen gedurende hun huwelijk gezamenlijk het risico van vermogens- en pensioenopbouw, maar door de afstortingsverplichting komt dit risico met terugwerkende kracht volledig bij de dga te liggen.

Als er dan toch moet worden afgestort, pleit het ervoor om de posities van de dga en de ex-partner kort voorafgaand aan het moment van afstorting als vertrekpunt te nemen ten behoeve van de bepaling van een 'korting' op de hoogte van het af te storten bedrag. De gedachte hierachter komt overeen met de beleggingsgedachte. Als men op de valutamarkt meer zekerheid eist, kan men een valutaoptie kopen om die zekerheid te verkrijgen. Naarmate de valuta in de markt meer respectievelijk minder volatiel²² is, is de optiepremie hoger respectievelijk lager.

Het is zeer pleitbaar om dit mechanisme ook te hanteren ter zake van afstortingssituaties. Stel dat de ex-partner afstorting eist, maar de financiële positie van de bv penibel is. In dat geval krijgt de ex-partner een hogere korting op de commerciële waarde. Is daarentegen de financiële positie van de bv gezond, dan is de korting lager.

Een dergelijke benadering doet recht aan de situatie en neutraliseert de posities van beiden op het punt van zekerheid versus onzekerheid. Een nadeel ervan is dat moet worden bepaald hoe de hoogte van deze korting wordt bepaald. Maar dit laat onverlet dat ik van mening ben dat er beter over kan worden gesproken dan dat het wordt genegeerd.

21 FIFO: First In First Out.

22 Volatiliteit: de mate van beweeglijkheid van de koers van een aandeel of een ander financieel product zoals een aandelenindex of valuta.

2.4. Wat hebben partijen nu eigenlijk willen afspreken/afgesproken?

Ik betwijfel zeer ernstig of echtelieden deze (financiële) afspraken zouden maken als zij van tevoren de zichtbare gevolgen, zoals uit mijn praktijkvoorbeeld blijken, hadden geweten. Juist vanuit het oogpunt van redelijkheid en billijkheid jegens elkaar! Het nadeel is echter dat niemand kan inschatten hoe de toekomst eruit ziet. Wel ga ik ervan uit dat partijen, alsook de wetgever, het beginsel van '... beiden (evenredig) genieten aan pensioen ...' als basis (hebben) willen leggen onder dergelijke gemaakte of te maken afspraken.

Als dat de basis is waarop immer kan worden teruggevallen, is het dan ook niet redelijk om te veronderstellen dat juist de dga en zijn partner duidelijk een keuze hebben gemaakt voor opbouw van pensioen in eigen beheer en voor de daarmee verbonden risico's en consequenties zoals lagere reserveringsmogelijkheden ingevolge de fiscale regels? En dat ze derhalve deze regels dus gezamenlijk hebben aanvaard?

Als partijen namelijk andere afspraken hadden willen maken, bijvoorbeeld afstorten van (hogere) pensioenpremies bij een verzekeraar, dan ligt het voor de hand dat ze dat wel hadden gedaan. Daar komt nog bij dat als de pensioenregeling qua opbouw zich zou beperken tot het bedrag van de fiscale pensioenlast en dat bedrag jaarlijks zou zijn afgestort bij een verzekeraar, de extern opgebouwde pensioenaanspraken (fors) lager zouden zijn, evenals dus ook de te verevenen pensioenaanspraken.

De dga heeft geen toestemming nodig van zijn partner om de pensioenbrief met de eigen bv te ondertekenen, maar dat laat onverlet dat ik veronderstel dat echtelieden toch ook overleg voeren over hun gezamenlijk pensioenopbouw. Met andere woorden, is het dan ook niet redelijk en billijk dat partijen deze gemaakte afspraken (in beginsel) ook handhaven bij een echtscheiding en dat de partner van de dga zich derhalve niet (achteraf) opstelt als ware er met terugwerkende kracht vanaf de start een verzekerde regeling met dito hogere kosten? Een dergelijke houding doet ook geen recht aan het beginsel van 'fair play' en de 'postsolidariteit' die ex-echtgenoten jegens elkaar in acht dienen te nemen.

Overigens is het de laatste jaren zeker gebruikelijk dat ook de partner van de dga de pensioenbrief mee ondertekende, vanwege de diverse wetswijzigingen. Zeker in deze gevallen speelt het voorgaande nog meer.

3. Jurisprudentie

3.1. Jurisprudentie: bewijslast afstortingsverplichting

Na de uitspraak van de Hoge Raad van 9 februari 2007 is er wel nog recentere jurisprudentie gekomen, maar vooral van rechtbanken. Ook is de jurisprudentie verschillend, maar (tot nu toe) in nagenoeg alle gevallen in het nadeel van de dga. Rechtbank Rotterdam 23 februari 2011,²³ Hof Arnhem 13 september 2011²⁴ en, het meest recent, Hof Den Haag 4 juni 2013²⁵ honoreerden, bij wijze van uitzondering, de bewijslast van de dga dat afstorting de continuïteit in gevaar zou brengen. Rechtbank Utrecht 16 juni 2010²⁶ en Rechtbank Den Haag 19 oktober 2011²⁷ en nog vele andere uitspraken maakten korte metten met de (standpunten van de) dga. Sterker nog, in de laatste uitspraak geeft de dga nog aan dat hij na afstorting van de verevende aanspraken in een nadeligere pensioenpositie is geraakt en er mogelijk onvoldoende middelen overblijven om zijn eigen aandeel in de pensioenaanspraken te kunnen financieren. Daarop oordeelde de rechtbank dat dat inherent is aan een pensioen in eigen beheer. Het is aan de bv om ervoor zorg te dragen dat de financiering van het pensioenkapitaal zodanig is, dat de volledige pensioenaanspraken te zijner tijd kunnen worden uitgekeerd. Blijkbaar ziet de rechtbank over het hoofd dat dit nu juist bij pensioen in eigen beheer nimmer zeker is, maar legt ze wel de rekening daarvan 100% bij de dga. Dat de dga daardoor (veel) minder krijgt dan zijn (ex-)partner, is dan blijkbaar voor de rechtbank niet relevant. Hoezo is dit redelijk en billijk? Feitelijk wordt de dga min of meer 'bestraft' voor zijn inefficiënte ondernemerskwaliteiten.

Interessant in de voornoemde meest recente uitspraak van Hof Den Haag van 4 juni 2013 is dat het hof als eerste de door mij hiervoor geschetste pijnpunten en de onredelijkheid daarvan voor de dga onderkent. In overweging 20 zegt het hof daarover:

"(...) hof van oordeel dat onder de gegeven omstandigheden, waaronder de gewijzigde marktrente, het op basis daarvan benodigde hogere kapitaal van de pensioen van de vrouw niet alleen voor rekening en risico van de man kan komen. Het hof acht het niet redelijk en billijk dat de afstorting van de pensioenaanspraak van de vrouw mede tot gevolg heeft dat de pensioenaanspraak van de man volledig in rook op gaat.

²³ ECLI:NL:RBROT:2011:BP6657.

²⁴ ECLI:NL:GHARN:2011:BU4927.

²⁵ ECLI:NL:GHDHA:2013:CA2416.

²⁶ ECLI:NL:RBUTR:2010:BM9266.

²⁷ ECLI:NL:RBDHA:2011:BU3673.

De postsolidariteit die ex echtgenoten jegens elkaar in acht dienen te nemen, verzet zich daartegen."

3.2. Jurisprudentie: Rechtbank Middelburg 22 december 2010²⁸

Rechtbank Middelburg heeft mijns inziens als enige rechtbank tot op heden een eerste aanzet gegeven voor een juistere benadering met betrekking tot de afstortingsverplichting. De benadering van de rechtbank doet meer recht aan de redelijkheid en billijkheid tussen partijen. De rechtbank oordeelde als volgt:

"Eiseres heeft in beginsel aanspraak op haar volledige pensioen. Indien de vennootschappen onvoldoende middelen hebben dit pensioen uit te keren, zoals onbetwist is gesteld, zal het pensioen naar evenredigheid van de aanspraken verdeeld moeten worden. Er is geen reden bij een gebrek aan middelen, alleen [gedaagde 1] daarvan de nadelen te laten ondervinden. Als partijen nog getrouwd waren, zouden zij het samen ook met minder hebben moeten doen. Bijzondere omstandigheden waaronder in dit geval anders geoordeeld zou moeten worden, zijn gesteld noch gebleken. (r.o. 3.4.)"

De uitspraak biedt jammer genoeg geen inzicht in de financiële positie van de vennootschap, anders dan de bewoording '... een gebrek aan middelen, ...'. Ook is niet duidelijk of de beoordeling door de rechtbank ziet op de commerciële waarde van de gehele pensioenverplichting of slechts op de fiscale waarde.

Ik heb de indruk dat er in die casus sprake was van 'onderdekking' ten opzichte van de fiscale waarde van de pensioenverplichting. Met andere woorden, de bezittingen op de activazijde waren lager dan de fiscale pensioenverplichting. Of anders gezegd, er was sprake van een negatief Eigen Vermogen.

De uitspraak van Rechtbank Middelburg verdient veel lof, maar biedt mijns inziens nog geen soelaas voor alle gevallen en houdt nog niet met alle factoren rekening (zie par. 2.3.2). Dit los van het feit dat de uitspraak nog van lagere rechtsorde is en andere rechtbanken hierover anders dan wel niet hebben geoordeeld. Zo is, naar ik verwacht, nog niet duidelijk hoe Rechtbank Middelburg had geoordeeld als er wel voldoende middelen waren voor afstorting van de pensioenaanspraken van de partner van de dga, maar vervolgens de dga met een 'lege bv' achterblijft.

3.3. Jurisprudentie: dga privé aansprakelijk

Uit de bewuste uitspraak van de Hoge Raad van 9 februari 2007 valt af te leiden dat de Hoge Raad de partner van de dga onder meer in bescherming heeft

²⁸ ECLI:NL:RBMID:2010:BP1976.

willen nemen tegen de grillen van een dga, zeker in de situatie waarbij een dga doelbewust zijn ex-partner wil benadelen. Die beschermingsgedachte is door recentere jurisprudentie afgevlakt. Kort gezegd, heeft een ex-partner op grond van twee uitspraken van Hof Den Bosch van 15 januari 2008 en van 16 maart 2010²⁹ de mogelijkheid om zijn/haar pensioenaanspraken te verhalen op de dga in privé als de bv geen of onvoldoende middelen heeft door 'toedoen' van de dga. Bijvoorbeeld doordat een dga in het zicht van de echtscheiding gelden onttrekt aan de bv door het doen van dividenduitkeringen. Overigens zijn hier ook forse beperkingen ingekomen (zie par. 3.4 en 3.5). Dit 'toedoen van de dga' is uiteraard niet van toepassing als er door de ondernemingsactiviteiten dan wel marktomstandigheden te weinig middelen konden worden gereserveerd.

3.4. *Jurisprudentie: afkoop*

Afkoop van het in eigen beheer opgebouwde pensioen leidt tot toepassing van art. 19b van de Wet op de loonbelasting 1964 (progressieve heffing) en tot berekening van 20% revisierente over de (te belasten) commerciële waarde van de pensioenverplichting. Bij elkaar ontstaat al snel een belastingdruk van 72%. Deze ontwikkeling in jurisprudentie zorgt mijns inziens ook voor preventieve werking ten aanzien van de 'grillen van een dga' om zijn ex-partner te benadelen. Uit de jurisprudentie³⁰ wordt ook steeds duidelijker wanneer er sprake is van afkoop. De laatste uitspraak van 21 december 2012³¹ van de Hoge Raad biedt het meeste inzicht tot nu toe.

In die casus had belanghebbende een aanspraak op pensioen jegens A bv. Tevens had hij drie lijfrenteaanspraken op A bv, waarvan één saldolijfrente-aanspraak. Belanghebbende ontvangt in 2003 een gedeeltelijke afkoopsom van € 218.430 ter zake van de saldolijfrente.

In 2009 heeft A bv niet langer de financiële middelen om aan haar verplichtingen jegens belanghebbende te voldoen en in 2010 wordt de bv geliquideerd.

In geschil is of belanghebbende door de gedeeltelijke afkoop van de saldolijfrente in het jaar 2003 niet alleen is overgegaan tot gedeeltelijke afkoop van de saldolijfrente, maar ook zijn overige aanspraken gedeeltelijk heeft afgekocht dan wel prijsgegeven.

Hof Den Bosch overwoog dat door de uitkering van de afkoopsom van ruim € 218.000 het beschikbare vermogen van A bv zodanig werd aangetast, dat niet te verwachten was dat A bv nog aan haar resterende

verplichtingen zou kunnen voldoen, zodat de uitkeringen uit de overige aanspraken door die uitkering substantieel werden aangetast, zo niet illusoir werden. De Hoge Raad overweegt:

- dat "dit oordeel van het Hof voldoende is gemotiveerd en niet onbegrijpelijk is";
- dat in het oordeel van het Hof "... kennelijk tevens het oordeel ligt besloten dat bij de bepaling van de afkoopsom van de saldolijfrente belanghebbende substantieel meer heeft ontvangen dan de werkelijke waarde daarvan. Daaraan heeft het Hof blijkbaar de gevolgtrekking verbonden dat in de afkoopsom mede een vergoeding was begrepen voor de substantiële waardedaling van belanghebbendes overige aanspraken jegens A BV die optrad als gevolg van de betaling van de afkoopsom". "... Uitgaande van het aldus begrepen oordeel getuigt 's Hofs oordeel dat in wezen ook sprake was van een gedeeltelijke afkoop van de overige aanspraken niet van een onjuiste rechtsopvatting."

Uit dit arrest van de Hoge Raad valt mijns inziens af te leiden, dat afkoop van een lijfrente en/of pensioen aan de orde kan zijn indien de dga door zijn handelen (door zijn 'toedoen') de vermogenspositie van de vennootschap zodanig uitholt, dat reeds op het moment van de uitholling niet valt te verwachten dat de pensioen- en/of lijfrenteaanspraken volledig verwezenlijkt zullen kunnen worden. Als men goed kijkt, is ook duidelijk de koppeling met de uitspraken van het Hof Den Bosch (zie par. 3.3) te maken. Naast de hier weergegeven jurisprudentie heeft het CAP³² ook aangegeven, dat de belastinginspecties extra controles vanaf de aangifte vennootschapsbelasting 2010 gaan uitvoeren in die situaties waarbij er sprake is van dividenduitkeringen in combinatie met pensioen in eigen beheer.

De visie van het CAP is namelijk dat een dga bij het bepalen van de hoogte van de dividenduitkering en de vrij uitkeerbare winstreserves rekening moet houden met de commerciële waarde van de pensioenverplichting.³³

De praktijk leert dat dit (in het verleden) nogal eens over het hoofd wordt (werd) gezien en er bij een (maximale) dividenduitkering wordt uitgegaan van de balans met de fiscale waarde van de pensioenverplichting en er dus 'te veel' dividend wordt uitgekeerd. Afhankelijk van de casuïstische situatie kan er volgens het CAP dan sprake zijn van afkoop.

De visie van het CAP valt te begrijpen als men voornoemde jurisprudentie in ogenschouw neemt en er rekening mee houdt dat de fiscale waarde van de pensioenverplichting altijd te klein is om de feitelijke

29 Hof Den Bosch 15 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC3319 en Hof Den Bosch 16 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL7921.

30 Hof Den Bosch 18 februari 2011, nr. 09/00692, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ3646.

31 ECLI:NL:HR:2012:BY6925.

32 CAP: Centraal Aanspreekpunt Pensioen.

33 V&A 12-008 CAP, 21 september 2012.

pensioenuitkeringen gestand te doen. Met andere woorden, de kans dat er door de (maximale) dividenduitkering een tekort aan middelen binnen de bv ontstaat, is (zeer) reëel.

4. Flex-BV

Met invoering van het nieuwe bv-recht vanaf 1 oktober 2012 voorzie ik positieve effecten ten behoeve van de afstortingsproblematiek, die vooral weer preventief jegens de dga en zijn ex-partner zullen werken. Ik beperk mij hier tot de nieuwe uitkeringstoets³⁴ in combinatie met eventuele bestuurders- en/of aandeelhoudersaansprakelijkheid.

De nieuwe regelgeving legt een grotere verantwoordelijkheid (en kans op aansprakelijkheid) bij de bestuurders van de vennootschap neer. Het bestuur dient sinds 1 oktober 2012 te beoordelen of bijvoorbeeld een inkoop, kapitaalvermindering of dividenduitkering mogelijk is. Indien het bestuur voorziet dat door de daarmee gemoeide uitkering de vennootschap niet meer haar opeisbare schulden (in beginsel 1 jaar na datum uitkering) zal kunnen blijven voldoen, mag de uitkering niet plaatsvinden. Dit betreft de zogenoemde uitkeringstoets.

Indien het bestuur ten onrechte een uitkering goedkeurt, dan zijn alle bestuurders in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort. Maar ook de aandeelhouder kan aansprakelijk worden gesteld voor terugbetaling van het bedrag dat hij heeft ontvangen, als hij wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.

De uitkeringstoets wordt bepaald met als uitgangspunt de waarde in het economische verkeer. Dat wil zeggen dat alle activa en passiva op de balans tegen de betreffende werkelijke waarde (lees: commerciële waarde) moeten worden gewaardeerd. Kortom, dus ook de pensioenverplichting in eigen beheer moet voor de uitkeringstoets op de commerciële waarde worden gesteld.

Ook hier zie je duidelijk de koppeling terugkomen met de eerdere visie van het CAP in paragraaf 3.4 en ligt de nieuwe wetgeving ook in lijn met de jurisprudentie in paragraaf 3.3 ter zake van de aansprakelijkheid van de dga in privé.

5. Conclusie en aanbevelingen

Uit het voorgaande valt af te leiden hoe complex de materie 'pensioen in eigen beheer' in relatie tot de afstortingsproblematiek is, maar toch is er een aantal duidelijke conclusies uit te destilleren:

1. De fiscale waarde van de pensioenverplichting is op dit moment aanzienlijk lager dan de werkelijke (commerciële) waarde van de pensioenverplichting.
2. De afstortingsproblematiek moet altijd vanuit de totale inkomens- en vermogenspositie van de scheidende echtelieden worden benaderd. Het zijn namelijk communicerende vaten. De afstorting raakt de waarde in het economische verkeer van de aandelen van de vennootschap, alsmede de draagkracht van de dga ten behoeve van eventuele partnernalimentatie en vice versa.
3. Ten behoeve van de echtscheiding (bij verdeling en alimentatie) moet de balans in beginsel worden gezien vanuit de waarde in het economische verkeer ('fair value') met daarop de commerciële waarde van de gehele pensioenverplichting jegens zowel de dga als de ex-partner.
4. Bij een situatie van 'onderdekking' van de commerciële pensioenverplichting op de balans op basis van 'fair value' op moment van afstorting, veroorzaakt de huidige en gangbare benaderingswijze van de afstortingsverplichting op basis van de uitspraak van de Hoge Raad van 9 februari 2007 een zware breuk in het uitgangspunt van de wetgever van "... beiden (evenredig) genieten ..." en zijn de consequenties ervan in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Door de lage markttrente, fiscale spelregels en de huidige economische malaise is hier in nagenoeg alle gevallen sprake van.
5. Met de huidige afstortingsseis stelt de ex-partner van de dga zich achteraf en met terugwerkende kracht op als ware er van meet af aan een verzekerde regeling, hetgeen nimmer het geval is geweest gedurende het huwelijk bij pensioen in eigen beheer.
6. De jurisprudentieontwikkeling zowel civiel- als fiscaaljuridisch heeft de 'beschermingsgedachte' van de ex-partner van de dga in de uitspraak van de Hoge Raad van 9 februari 2007 aanzienlijk doen vervangen.
7. De Flex-BV-wetgeving vanaf 1 oktober 2012 legt de dga, in lijn met voornoemde jurisprudentie, nog meer aan banden.

Dit alles brengt mij tot de volgende twee aanbevelingen tot wijziging van de huidige gang van zaken ter zake van de afstortingsproblematiek ten behoeve van de rechterlijke macht die hierover moet beslissen, alsmede ten behoeve van de ex-echtelingen en hun adviseurs.

Aanbeveling 1: Niet afstorten, tenzij ...

De 'beschermingsgedachte' van de Hoge Raad is door jurisprudentie en wetgeving achterhaald, aangezien de

³⁴ Art. 2:216 lid 3 BW.

dga ter zake van (negatieve) handelingen aanzienlijk aan banden is gelegd. Daarnaast is niet afstorten in lijn met de gemaakte (pensioen)afspraken tussen de ex-echtelieden, namelijk pensioen in eigen beheer en geen verzekerde regeling.

Niet afstorten heeft goede en kwade kansen. Kans op volledig pensioen, maar ook risico van geen of lager pensioen. Maar de belangen van beide partijen lopen wel parallel. Ook de dga wenst een zo goed mogelijk pensioen.

De bewijslast voor afstorting komt bij de ex-partner van de dga te liggen. De rechter zal moeten toetsen aan de hand van de omstandigheden van het geval of het redelijk en billijk is dat het verzoek om afstorting moet worden gehonoreerd.

Aanbeveling 2: Ex-partner eist wel afstorting

Hier betreft het de situatie dat de ex-partner van de dga het verzoek tot afstorting heeft gedaan en de rechter aan dit verzoek tegemoet is gekomen. In dat geval werkt dit als volgt verder uit:

A. Dga kan aantonen dat er gevaar voor de continuïteit is (tegenbewijslast)

Allereerst heeft de dga de mogelijkheid om aan te tonen (de tegenbewijslast) dat afstorting de continuïteit van de onderneming in gevaar brengt. Ik sluit hierbij aan bij de huidige tegenbewijslast die de Hoge Raad in zijn uitspraak van 9 februari 2007 heeft geboden.

Blijkt dat er geen gevaar is voor de continuïteit of slaagt de dga niet in de bewijslast daarvan, dan komt men toe aan het volgende stappenplan.

B. Wel afstorting ('rechtssfeerwaarde van de pensioenverplichting')

Er kan dan sprake zijn van de volgende twee situaties:

1. Geen 'onderdekking' o.b.v. balans 'fair value'

Er is geen sprake van een 'onderdekking' op basis van een tussentijdse balans, waarbij alle activa en passiva (waaronder de gehele pensioenverplichting) zijn gewaardeerd op werkelijke waarde (WEV) op moment van afstorting. Met andere woorden, er is dus sprake van positief Eigen Vermogen!

In dat geval kan men stellen dat de dga in beginsel – ervan uitgaande dat bij de verdeling ter zake van de waarde van de aandelen in de vennootschap ook rekening is gehouden met de commerciële waarde van de pensioenverplichting – niet benadeeld wordt met betrekking tot zijn pensioenaanspraken ten opzichte van zijn ex-partner op moment van afstorting.

Wel kan de fysieke afstorting in geld dit wel uiteindelijk tot gevolg hebben, want de mogelijke krapte in liquiditeit kan/zal zeker effecten hebben voor het toekomstige reilen en zeilen van de onderneming

binnen de bv, zeker in een crisisperiode zoals nu. Vandaar ook dat ik het gerechtvaardigd en redelijk en billijk vind dat er een korting (zie par. 2.3.2) plaatsvindt op het af te storten bedrag (lees: de commerciële waarde van de pensioenverplichting jegens de ex-partner). Zoals ik in dit artikel duidelijk heb aangegeven, verkrijgt de ex-partner door afstorting 100% zekerheid, terwijl de aanspraken van de dga risicovol achterblijven in de bv. In dat kader is het dan ook redelijk en billijk dat de ex-partner ten gunste van de dga een optiepremie hiervoor voldoet.

Dit vertaalt zich dan teruggerekend vanuit de commerciële waarden (gecorrigeerd met een korting op de commerciële waarde van de pensioenverplichting jegens de ex-partner ten gunste van de commerciële waarde van de pensioenverplichting jegens de dga) naar uiteindelijke percentages in te verevenen pensioenaanspraken tussen de dga en zijn ex-partner in het kader van de WVPS.

2. Wel 'onderdekking' o.b.v. balans 'fair value'

Er is sprake van een 'onderdekking' op basis van een tussentijdse balans waarbij alle activa en passiva (waaronder de gehele pensioenverplichting) zijn gewaardeerd op werkelijke waarde (WEV) op moment van afstorting. Met andere woorden, er is dus sprake van negatief Eigen Vermogen!

In een situatie van 'onderdekking' kan men stellen dat de dga op basis van de huidige benaderingswijze van de afstortingsverplichting in de praktijk per direct wordt benadeeld – dit nog los van de bepaling van de waarde van de aandelen in de vennootschap bij de (eerdere) verdeling – met betrekking tot zijn pensioenaanspraken ten voordele van zijn ex-partner op moment van afstorting. Dit is mijns inziens in strijd is met de uitgangspunten 'redelijkheid en billijkheid', 'fair play' en de 'postsolidariteit' tussen voormalige echtgenoten.

De eis van afstorting door de ex-partner van de dga bij een situatie van 'onderdekking' heeft mijns inziens derhalve consequenties. Wat mij betreft, valt er dan een definitieve bijl tussen partijen en tevens tussen de ex-partner van de dga en de bv. Overigens sluit dat aan bij de praktijk dat partijen van elkaar financieel 'verlost' wensen te zijn.

Op het moment dat de ex-partner afstorting eist, wordt er definitief en verhoudingsgewijs 'verevend' dat wat er feitelijk aanwezig is. Er wordt daarmee tevens aangesloten bij de economische werkelijkheid. Men zou ook kunnen stellen dat er op dat moment een vorm van afstempeling plaatsvindt, zoals dat heden ten dage gebeurt met pensioenaanspraken van deelnemers bij enkele pensioenfondsen met 'onderdekking'. De afstorting gaat dan gepaard met de volgende stappen en gevolgen:

a. Ten behoeve van de bepaling van de mate van

'onderdekking' wordt, zoals gezegd, een tussentijdse balans opgemaakt op basis van 'fair value' (lees: waarde in het economische verkeer). Deze tussentijds balans wordt bepaald naar de datum van de eis tot afstorting.

- b. Partijen bepalen wat eenieder aan ouderdomspensioenaanspraken en (voor zover toegezegd op basis van opbouw) bijzonder partnerpensioen heeft. Daaruit blijkt een verhouding aan aanspraken ten opzichte van elkaar op het totaal aan opgebouwde aanspraken.
- c. Die verhouding laat men los op het tekort aan 'onderdekking'. Daaruit volgt hoeveel de ex-partner in mindering (eerste korting) krijgt op zijn/haar aandeel in de commerciële waarde van de hem/haar toekomstige pensioenverplichting.
- d. Als gevolg van de afstorting verkrijgt de ex-partner 100% zekerheid ter zake van die af te storten pensioenaanspraken, terwijl de aanspraken van de dga risicovol achterblijven in de bv. In dat kader is het dan ook redelijk en billijk dat de ex-partner ten gunste van de dga een optiepremie hiervoor voldoet. Deze optiepremie verwerkt zich in een tweede korting en komt in mindering op het aandeel van de ex-partner in de commerciële waarde van de hem/haar toekomstige pensioenverplichting. Logisch dan ook dat deze tweede korting ten gunste komt van het aandeel van de dga.
- e. Nu deze rekenexercitie is gedaan, is het mogelijk om vanuit het uiteindelijk af te storten bedrag terug te rekenen (op commerciële grondslagen) hoeveel pensioenaanspraken dit betekent voor de dga zelf en voor zijn ex-partner en daarmee het vast te stellen vereveningspercentage in het kader van de WVPS.

Het kan zijn dat vanwege de financiële situatie van de bv de afstorting via termijnbetalingen plaatsvindt. In dat geval is het mogelijk dat de hoogte van het af te storten restantbedrag positief of negatief kan/zal veranderen als gevolg van mutaties (lees: vooral rekenrente) in de commerciële grondslagen bij de verzekeraar, want het fiscale uitgangspunt is dat er slechts één keer – fiscaal geruisloos – wordt verevend³⁵ en dat is op de datum die de ex-partner of partijen kiezen voor het moment van afstorting. Een dergelijke situatie heeft dus goede (minder afstorten) en kwade kansen (meer afstorten) voor de bv. In dat kader acht ik het derhalve correct dat partijen hiertoe geen correcties meer ter zake van de verevening doorvoeren. Het kan namelijk twee kanten uitvallen en het stimuleert ook de dga en de bv om zo snel als mogelijk de bedragen in zijn geheel afgestort te krijgen, aange-

zien daardoor de afwijkingen dan ook wellicht kleiner zijn.

Maar in het geval dat partijen enkel maar willen aansluiten bij de (exacte) hoogte van het af te storten bedrag en de hoogte van de pensioenaanspraken is gewijzigd door mutaties in de commerciële grondslagen doordat er in termijnen is afgestort, is het van belang dat de eerdere vereveningspercentages alsnog fiscaal geruisloos kunnen worden aangepast aan de werkelijke (uiteindelijke) situatie. Mijns inziens kan dit worden opgelost door in het echtscheidingsconvenant of in het rechterlijke vonnis daartoe een juist geformuleerde opschortende voorwaarde op te nemen. Wel vind ik persoonlijk dat een kleine afwijking³⁶ van het af te storten bedrag niet direct tot aanpassing zou moeten leiden. Een andere (toekomstige) simpelere oplossing hiervoor zou natuurlijk zijn dat de wetgever het mogelijk maakt om een eerdere verevening fiscaal geruisloos aan te passen.

Een potentieel nadeel dat kleef aan een dergelijke herziening van de verevening is dat het wellicht weer munitie geeft om ook over andere punten discussie te krijgen, hoe goed men dat ook vooraf juridisch heeft afgedicht.

De hiervoor genoemde aanbevelingen gaan in beginsel uit van de situatie dat er nog *niet* is verevend, maar *ze* kunnen ook worden toegepast in het geval dat er wel reeds verevend is en in eerste instantie alle pensioenaanspraken in eigen beheer zouden worden gehouden en later alsnog de ex-partner afstorting eist. Het zou mijns inziens vanuit de redelijkheid en billijkheid te ver gaan om de ex-partner te verplichten bij de verevening finaal akkoord te gaan dat er nimmer meer afstorting kan worden geëist als in eerste instantie de pensioenaanspraken in eigen beheer blijven. Anderzijds is het van belang om fiscaal (achteraf) geen problemen te krijgen. Fiscaal is het namelijk, tot op heden, slechts éénmaal toegestaan op grond van art. 19b lid 3 Wet op de loonbelasting 1964 'geruisloos' te verevenen.

Ook hiervoor kan wat mij betreft dezelfde oplossing, zijnde de opschortende voorwaarde, worden gebruikt. Afhankelijk van de situatie (wel of geen 'onderdekking' of wellicht op andere gronden bepaald tussen partijen) op moment van afstorting kan dan het (hiervoor) desbetreffende te volgen pad worden bewandeld. Uiteraard moet die opschortende voorwaarde wel vooraf in het echtscheidingsconvenant of in het rechterlijke vonnis zijn opgenomen, maar dat spreekt voor zich. Maar een simpelere oplossing is dat de wetgever het mogelijk maakt om een eerdere verevening fiscaal geruisloos aan te passen.

³⁵ Partieel of meerdere keren verevenen is fiscaal niet toegestaan o.g.v. Wet op de loonbelasting 1964.

³⁶ Het verdient de voorkeur dat men niet telkens weer om de tafel moet bij een kleine afwijking. Vandaar dat het de voorkeur geniet dat partijen een afwijking van het af te storten bedrag accepteren en vooraf overeenkomen welke afwijking (% of een bedrag).

Blijft over de situaties waarbij verevening al heeft plaatsgevonden en het vorenstaande (opschortende voorwaarde) niet meer kan worden toegepast en de ex-partner, na de pensioenaanspraken eerst in eigen beheer te hebben achtergelaten, alsnog afstorting eist. Voor die (oude) situaties kan het zo zijn, dat daar (voorlopig) niets aan te doen is, refererend aan mijn aanbevelingen, behalve dan de huidige 'tegenbewijslast' bij de uitspraak van de Hoge Raad van 9 februari 2007 en het toepassen van de uitspraak van Rechtbank Middelburg van 22 december 2010.³⁷ Maar let op! Die laatste uitspraak werkt mogelijk averechts op de fiscale wetgeving op grond van art. 19b Wet op de loonbelasting 1964, want de fiscus zou kunnen stellen dat er sprake is van 'afzien'.³⁸ Jammer genoeg is de casus in de uitspraak van de Rechtbank Middelburg financieel niet inzichtelijk gemaakt om hierover een goed oordeel te kunnen geven. Kortom, ook voor deze gevallen zou een oplossing kunnen zijn een (toekomstige) aanpassing van art. 19b van de Wet op de loonbelasting 1964 die het mogelijk maakt om een eerdere verevening fiscaal geruisloos aan te passen.

6. Tot slot

Mijn intenties om dit artikel te schrijven zijn niet

alleen om inzicht te bieden dat de huidige benaderingswijze in de praktijk van de afstortingsverplichting mijns inziens onjuist is, tot zeer onredelijke uitkomsten leidt voor de dga bij 'onderdekking' op basis van 'fair value', acute grote financiële problemen geeft met alle gevolgen van dien en door wetgeving en jurisprudentie is achterhaald. Mijn intentie is ook om juist de scheidende echtelieden en hun adviseurs te laten inzien dat extreme verschillen in uitgangspunten niet nodig zijn. De normale economische werkelijkheid, de redelijkheid en billijkheid, de postsolidariteit en de gemaakte afspraken zorgen er reeds voor dat partijen veel dichter bij elkaar zitten dan men zich realiseert. Dat biedt hun dan ook een goede mogelijkheid als onderdeel van het debat om hierover voor beide partijen redelijke afspraken (rechtssfeerwaarde) te maken. Daarbij rekening houdend met alle financiële (waarmee is bij de waardebeoordeling van de aandelen in de vennootschap ten behoeve van de verdeling en de hoogte van de alimentatie rekening gehouden) en emotionele factoren en de fiscale speelruimte. Daarbij is een aanpassing van de fiscale wetgeving van art. 19b Wet op de loonbelasting 1964 om eerdere vereveningen fiscaal geruisloos te kunnen wijzigen zeer welkom. Hopende dat mijn aanbevelingen en gedachten hierover daartoe een voorzet kunnen zijn.

Drs. S.C.M. Schilder FM

Eigenaar van SANTAX fiscaal economen te Volendam

³⁷ ECLI:NL:RBMID:2010:BP 1976.

³⁸ Dit zou de fiscus kunnen stellen als niet duidelijk is of de aanspraken wel of niet voor verwezenlijking vatbaar zijn. Dit is sterk casuïstisch.