

Echtscheiding en verplicht afstorten vanuit eigen beheer

De directeur-grotoaandeelhouder (hierna: dga) heeft sinds jaar en dag de mogelijkheid om het pensioen binnen de onderneming van de eigen bv op te bouwen: het pensioen in eigen beheer. Lange tijd was de heersende gedachte dat in geval van echtscheiding de ex-partner geen recht had op afstorting van diens vereveningsaanspraken en aanspraken op bijzonder nabestaandenpensioen. Recent heeft de Hoge Raad beslist dat deze gedachte niet juist is en dat er in beginsel zelfs een verplichting tot afstorting bestaat.

drs. J.M.J. Holtermans CPC
partner bij Hendriks en Bakker
fiscaal en pensioenadviseurs

DE PENSOENAFSTORTINGSARRESTEN

In een tweetal arresten¹ heeft de Hoge Raad beslist dat de redelijkheid en billijkheid met zich kunnen meebrengen dat ten gevolge van een echtscheiding de pensioenaanspraken waarop de ex-partner van de dga recht heeft, moeten worden gefinancierd. Leek in het arrest uit 2004 deze beslissing nog vooral te zijn gebaseerd op het feit dat sprake was van een situatie waarin het pensioenvermogen niet adequaat werd beheerd, in het arrest uit 2007 beslist de Hoge Raad in niet mis te verstane woorden dat afstorting in beginsel de hoofdregel is.

Voor de goede orde geef ik allereerst een korte schets van beide situaties en de belangrijkste overwegingen van de Hoge Raad.

HR 12 maart 2004, nr. Co2/319HR

In het arrest uit 2004 is de situatie als volgt.

De man heeft bij zijn eigen bv pensioen in eigen beheer opgebouwd. Ingevolge de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (hierna: Wet VPS) heeft de vrouw recht op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde pensioen, en heeft de vrouw op grond van art. 8a Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna: PSW) recht op bijzonder nabestaandenpensioen. De bv besteedt al een aantal jaren structureel te weinig zorg aan de dekking van de benodigde pensioen-

reservering. De vrouw heeft daarom gegronde vrees dat haar aanspraken te zijner tijd niet uitgekeerd kunnen worden en vordert afstorting van haar aanspraken.²

De Hoge Raad wijst de vorderingen van de vrouw toe, omdat de bv van de vereveningsplichtige dga niet als een onafhankelijk uitvoerder van de PSW en de Wet VPS is te beschouwen. Daarnaast speelt in de beslissing van de Hoge Raad een belangrijke rol, dat de bv sinds een aantal jaren haar (dekkings)vermogen slecht beheert en dat dit daardoor zienderogen afneemt. Hierdoor ontstaat een situatie die op gespannen voet staat met het hoofddoel van de PSW: het waarborgen van de aan een werknemer (in casu de dga) gedane pensioentoezegging. Het feit dat de dga destijds de keuze heeft gemaakt om zijn pensioenvoorziening in eigen beheer te houden, impliceert weliswaar het buiten toepassing laten van een aantal beschermende bepalingen en rechten die uit de PSW voortvloeien. De vereveningsgerechtigde vrouw hoeft echter niet te accepteren dat daardoor de aan haar toekomende pensioenen niet (volledig) tot uitbetaling kunnen komen.



Jurgen Holtermans

¹ HR 12 maart 2004, nr. Co2/319HR, LJN: AO1289 en HR 9 februari 2007, nr. Ro6/021HR, LJN: AZ2658.
² De vrouw heeft uit hoofde van haar dienstbetrekking met de bv van de man ook zelf pensioen bij die bv opgebouwd, zulks in strijd met de PSW, omdat zij zelf geen aandelen in die bv houdt. Deze pensioenaanspraken moeten zonder meer worden afgestort, oordeelt de Hoge Raad.

HR 9 februari 2007, nr. Ro6/021HR

Tussen een dga en zijn vrouw is echtscheiding uitgesproken. Ingevolge de Wet VPS heeft ook in deze situatie de vrouw recht op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde pensioen, omdat tussen partijen geen afwijkende afspraken zijn gemaakt. Daarnaast heeft zij op grond van art. 8a PSW recht op bijzonder nabestaandenpensioen. Omdat het pensioen van de dga in eigen beheer is opgebouwd (bij een pensioen-bv), eist de vrouw dat de helft van het pensioen wordt afgestort bij een verzekeraar. De dga verzet zich hiertegen omdat naar zijn mening de financiële middelen daartoe ontbreken.

De Hoge Raad beslist echter dat toch moet worden afgestort. Als hoofdregel heeft namelijk in beginsel te gelden dat de vereveningsplichtige dga dient zorg te dragen voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar van het kapitaal dat nodig is voor het aan de vereveningsgerechtigde toekomende deel van de pensioenaanspraak. Van de vereveningsgerechtigde kan in beginsel immers niet worden verlangd, dat deze tot in lengte van dagen afhankelijk blijft van de invloed die de dga op zijn bv kan uitoefenen. De vereveningsgerechtigde hoeft daarom niet het risico te blijven dragen dat het in eigen beheer opgebouwde pensioen te zijner tijd niet kan worden betaald. Aan de afstortingsverplichting kan slechts worden ontkomen, indien onvoldoende liquide middelen aanwezig zijn om de afstorting te effectueren, en deze middelen ook niet kunnen worden vrijgemaakt of van elders verkregen zonder de continuïteit van de onderneming in gevaar te brengen.

REIKWIJDTE VAN DE ARRESTEN

In beide arresten was sprake van een dga die enig aandeelhouder en bestuurder was. De Hoge Raad lijkt hieraan veel gewicht toe te kennen. Hij gaat immers expliciet hierop in. In het arrest uit 2004 overweegt de Hoge Raad dat de bv, nu deze door de man als directeur en enig aandeelhouder wordt beheerst, niet als een onafhankelijk uitvoerder van de PSW en de Wet VPS is te beschouwen. In het arrest uit 2007 overweegt de Hoge Raad dat de tot verevening verplichte echtgenoot, die als directeur en enig aandeelhouder de rechtspersoon beheerst waarin de te verevenen pensioenaanspraak is ondergebracht, dient zorg te dragen voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar van het kapitaal dat nodig is voor het aan de andere echtgenoot toekomende deel van de pensioenaanspraak.

De vraag die rijst, is of de afstortingsverplichting ook geldt indien sprake is van een eigenbeheerpensioen dat is ondergebracht bij een bv met (uiteindelijk) meerdere aandeelhouders of bestuurders, of volledig andere aandeelhouders dan de desbetreffende dga, zoals bijvoorbeeld een pensioenvenootschap, waarvan de aandelen in handen zijn van de kinderen van de dga (en diens ex-partner). Naar mijn mening dient deze vraag met ja te worden beantwoord. Want waarom zou het risico van een illusoir eigenbeheerpensioen wel moeten worden gedragen door de ex-partner van een dga die weliswaar niet 100% van de aandelen in de pensioenuitvoerende rechtspersoon houdt, maar nog altijd wel een dusdanig percentage in de pen-

sioentoezeggende werkgever houdt dat dit opbouw in eigen beheer mogelijk maakt? Bovendien dient niet vergeten te worden dat de Hoge Raad slechts een beslissing geeft over de aan hem voorgelegde situatie. Andere feiten en omstandigheden kunnen dus tot een andere beslissing leiden, die overigens wel in de lijn van de arresten uit 2004 en 2007 ligt.

Van wezenlijk belang vind ik in dit verband de overweging uit het arrest uit 2004 dat het hoofddoel van de PSW is te waarborgen dat de aan een werknemer gedane pensioentoezegging zo veel mogelijk wordt nagekomen. De keuze die een dga persoonlijk en zelfstandig³ maakt om zijn pensioenvoorziening in eigen beheer te houden, impliceert weliswaar het buiten toepassing laten van een aantal beschermende bepalingen en rechten die uit de PSW voortvloeien, maar mag er volgens de Hoge Raad niet toe leiden dat de partner het risico zou hebben te aanvaarden dat als gevolg van bijvoorbeeld het structureel te weinig zorg besteden aan de dekking van de benodigde pensioenreservering de aan de partner toekomende pensioenen niet (volledig) tot uitbetaling kunnen komen. In het arrest uit 2007 stelt de Hoge Raad het nog scherper: van de vereveningsgerechtigde echtgenoot kan in beginsel niet worden gevegd 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.

HET AF TE STORTEN KAPITAAL

Op grond van de Wet VPS heeft de ex-partner van de dga onverminderd aanspraak op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde (ouderdoms)pensioen, alsmede recht op het (volledige) opgebouwde nabestaandenpensioen.⁴ Het zijn deze aanspraken ter zake waarvan het daarvoor benodigde kapitaal dient te worden afgestort bij een externe pensioenverzekeraar.

Uit het arrest uit 2007 blijkt dat de vrouw (precies) de helft van de door de bv gevormde pensioenvoorziening wilde hebben afgestort, welke eis als zodanig door de Hoge Raad is toegewezen. Gelet op de overweging van de Hoge Raad dat afstorting dient plaats te vinden van het kapitaal dat nodig is voor het aan de andere echtgenoot toekomende deel van de pensioenaanspraak, is dit dus op zijn minst merkwaardig te noemen. Want het bij een externe pensioenverzekeraar af te storten kapitaal dat benodigd is om de pensioenaanspraken van de vereveningsgerechtigde onder te brengen, is in de regel (veel) hoger dan (precies)

3 Onder de PSW diende immers uitsluitend de dga schriftelijk in te stemmen met pensioenopbouw in eigen beheer; de (schriftelijke) instemming van de partner was niet vereist. Onder de Pensioenwet is zelfs de schriftelijke instemming door de dga geen vereiste meer.

4 Tot 1 januari 2007, en voor dga's onder het overgangsrecht van de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet tot 1 januari 2008, was het recht op bijzonder nabestaandenpensioen geregeld in art. 8a PSW.

de helft van voorziening.⁵ Dit komt enerzijds omdat naast de vereveningsaanspraak ook de aanspraak op het bijzonder nabestaandenpensioen dient te worden afgestort. En anderzijds omdat een bv, waarbij pensioen in eigen beheer wordt opgebouwd, de pensioenverplichtingen op de balans van haar commerciële jaarrekening meestal volgens de fiscaal toegestane waarderingsmethode waardeert. En de fiscaal toegestane waarderingsmethode is de laatste jaren dusdanig versoberd, dat deze in geen enkele acceptabele verhouding staat tot de werkelijke (lees: bedrijfs-economische) omvang van de pensioenverplichtingen. Dit komt onder meer door het feit dat geen rekening mag worden gehouden met leeftijdsterugstelling, (direct ingaand) nabestaandenpensioen vóór de pensioeningangsdatum, lagere rekenrente dan 4%, toekomstige salarisstijgingen en toekomstige indexatielasten. Het bij de externe pensioenverzekeraar af te storten bedrag is in de praktijk derhalve substantieel hoger dan de helft van de door de bv de gevormde pensioenvoorziening.

Het verschil tussen de door de bv gevormde pensioenvoorziening en het af te storten kapitaal dat nodig is voor het aan de vereveningsgerechtigde toekomstige deel van de pensioenaanspraak komt eerst tot uitdrukking indien tot daadwerkelijke afstorting bij een externe pensioenverzekeraar wordt overgegaan. Maar ook indien wordt gekozen voor afstorting bij een eigen pensioenvennootschap van de vereveningsgerechtigde zal dit verschil tot uitdrukking komen. In laatstbedoelde situatie dient voor de overdrachtswaarde immers ook te worden aangesloten bij de koopsom die een verzekeraar zou vragen indien de desbetreffende pensioenaanspraken bij die verzekeraar zouden worden ondergebracht.

Indien partijen met elkaar overeenkomen dat slechts de helft van de door de bv gevormde pensioenvoorziening wordt afgestort, en dat daarmee de verevening van het (ouderdoms)pensioen en het afsplitsen van het bijzonder nabestaandenpensioen is geëffectueerd, is naar mijn mening feitelijk afgeweken van de Wet VPS, die immers aansluit bij de pensioenaanspraken en niet bij de pensioenvoorziening. Dit is als zodanig geen probleem, omdat de Wet VPS van regeland recht is en partijen tot op zekere hoogte afwijkende afspraken kunnen maken. Deze afwijkende afspraken dienen dan wel uitdrukkelijk en op correcte wijze in het echtscheidingsconvenant te worden vastgelegd. Doet men dit laatste niet dan heeft en behoudt de vereveningsgerechtigde naar mijn mening een aanvullend recht op uitbetaling van pensioen. Indien het meldingsformulier tijdig, dat wil zeggen binnen twee jaar na de echtscheiding, bij de pensioenuitvoerende bv is ingediend, blijft bovendien jegens deze bv een rechtstreeks recht op aanvullende uitbetaling van pensioen bestaan. Is het meldingsformulier

niet of niet tijdig ingediend, dan blijft een recht op doorbetaling van een gedeelte van de pensioenuitkering door de vereveningsplichtige bestaan.

Samenvatting

De Hoge Raad beslist in zijn arrest van 9 februari 2007, nr. Ro6/021HR, dat indien pensioen in eigen beheer wordt opgebouwd, zowel de vereveningsaanspraken als de aanspraken op bijzonder nabestaandenpensioen moeten worden afgestort. Aan deze afstortingsverplichting kan slechts worden ontkomen, indien de financiële middelen ontbreken en deze ook niet op andere wijze kunnen worden vrijgemaakt, zonder de continuïteit van de materiële onderneming in gevaar te brengen. De Hoge Raad vervolgt hiermee op overduidelijke wijze het pad dat hij met zijn arrest van 12 maart 2004, nr. Co2/319HR, al is ingeslagen.

Beide arresten zijn gewezen in de situatie dat sprake is van een dga die enig aandeelhouder van de pensioenuitvoerende vennootschap is. Het criterium 'enig aandeelhouder' is naar mijn mening niet doorslaggevend voor de afstortingsverplichting; deze verplichting bestaat naar mijn mening in alle gevallen waarin sprake is van pensioenopbouw in eigen beheer.

Komt het tot een (verplichte) afstorting dan dient niet aansluiting te worden gezocht bij de door de bv gevormde voorziening, maar bij de opgebouwde aanspraken als zodanig. Het zijn immers de aanspraken die moeten worden afgefinancierd. In de meeste situaties zal dit tot een onverwacht hogere afstortingsverplichting leiden, omdat een externe pensioenverzekeraar veelal een hogere koopsom zal verlangen dan (een evenredig gedeelte van) de door de bv gevormde pensioenvoorziening.

⁵ Uiteraard is een en ander sterk afhankelijk van de datum van het aangaan van het huwelijk en de periode waarin pensioen is opgebouwd. Als de pensioenopbouw volledig tijdens de huwelijkse periode heeft plaatsgevonden, geldt deze conclusie zonder meer.