

Afstorten pensioen in eigen beheer bij echtscheiding

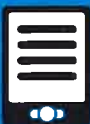
1 uur netto-
onderwijs

Jurgen Holtermans en Wim Lukaart

Drs. J.M.J. Holtermans cpc, fiscalist, certified pension consultant, collaborative professional en als partner verbonden aan Hendriks en Bakker te Tilburg.

W.J. Lukaart RA RV Msc, corporate finance adviseur, business valuator, (forensisch) MfN register-mediator, gerechtelijk deskundige en collaborative professional; verbonden aan Veerman Lukaart B.V. te Goes.

Trefwoorden: Pensioen in eigen beheer, echtscheiding, afstorting, onderdekking, waardering pensioenverplichtingen, eigen vermogen, economische waarde van het eigen vermogen.



Kennistoets

WWW.PE-BEDRIJFSOPVOLGING.NL

Leerdoelen

Na het lezen van dit artikel weet u:

- welke verplichtingen de dga en zijn bv in geval van echtscheiding hebben ten aanzien van de pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten van de gewezen echtgenoot;
- hoe afstorting dient te worden beoordeeld in geval van onderdekking van de pensioenverplichtingen;
- welke beperkingen er kleven aan de presentatie van eigen vermogen van een onderneming;
- dat het bepalen van het af te storten bedrag inbrengt vergt van een financieel specialist.

Samenvatting

In geval van echtscheiding dient in beginsel pensioenafstorting plaats te vinden van de aan de gewezen echtgenoot toekomstige pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten. Op de directeur-grootaandeelhouder (hierna: dga) rust de verplichting om deze afstorting door de pensioenuitvoerende vennootschap te bewerkstelligen dan wel aannemelijk te maken dat afstorting niet mogelijk is. Onlangs heeft de Hoge Raad beslist hoe moet worden gehandeld indien sprake is van onderdekking van de pensioenverplichtingen. Het arrest roept met name de vraag op wat er gebeurt ná afstorting.

1 Inleiding

De meeste dga's hebben pensioen in eigen beheer opgebouwd. Een in de afgelopen jaren steeds minder aantrekkelijk geworden fiscale aftrekpost die met name in geval van echtscheiding verrassend echte verplichtingen blijkt mee te brengen. De vereveningsgerechtigde echtgenoot (hierna: ega) heeft in geval van echtscheiding recht op uitbetaling van de helft van het ouderdomspensioen dat gedurende het huwelijk is opgebouwd.¹ Daarnaast heeft de ega recht op het gehele tot en met de echtscheidingsdatum opgebouwde partnerpensioen, dat vervolgens als eigen pensioenrecht wordt afgesplitst en daarna ook wel als bijzonder partnerpensioen wordt aangeduid.² In beginsel heeft de ega recht op afstorting van deze pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten.



In dit artikel bespreken wij eerst de belangrijkste arresten van de Hoge Raad rondom het pensioenafstortingsvraagstuk. Daarna gaan wij in op de vraag wat er gebeurt ná afstorting. Vervolgens gaan wij in op de beoordeling van de financiële positie van de pensioenuitvoerende vennootschap en hoe dient te worden beoordeeld in welke mate deze in staat is of wordt geacht om te kunnen afstorten.

2 Pensioenafstorting: een historisch overzicht

2.1 Hoe het allemaal begon in 2004

Het eerste arrest waarin pensioenafstorting aan de orde kwam, dateert alweer van 12 maart 2004³, waarin de Hoge Raad aangaf dat de keuze die de dga als vereveningsplichtige echtgenoot destijds heeft gemaakt om zijn pensioenvoorziening in eigen beheer te houden, weliswaar impliceert dat een aantal beschermende bepalingen en rechten die uit de Pensioen- en spaarfondsenwet voortvloeien buiten toepassing blijven, maar dat deze keuze niet het oordeel kan rechtvaardigen dat de ega het risico zou hebben te aanvaarden dat als gevolg van bepaalde gedragingen van de dga⁴ de pensioenen van de ega niet (volledig) tot uitbetaling kunnen komen.

2.2 Het geruchtmakende pensioenafstortings-arrest uit 2007

Een kleine drie jaar later verankerde de Hoge Raad in zijn arrest van 9 februari 2007⁵ de ingezette koers. De eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen, zullen in het algemeen meebrengen dat de dga 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 ega toekomende deel van de pensioenaanspraak. Van de ega kan in beginsel immers niet worden gevergd dat deze bij voortduring afhankelijk blijft van het beleid dat de dga 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 verplichting om in beginsel tot afstorting over te gaan is gebaseerd op de eisen van redelijkheid en billijkheid. De beantwoording van de vraag of daarop in een concreet geval aanspraak kan worden gemaakt, moet geschieden met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Daarbij zal de omstandigheid dat onvoldoende liquide middelen aanwezig zijn om de afstorting te effectueren slechts dan tot ontkennende beantwoording van die vraag kunnen leiden indien de dga stelt en bij betwisting aannemelijk maakt dat de benodigde liquide middelen ook niet kunnen worden vrijgemaakt of van elders verkregen zonder de continuïteit van de bedrijfsvoering van de rechtspersoon en de onderneming waaraan deze is verbonden in gevaar te brengen.

Naar aanleiding van het arrest van 9 februari 2007 werden vele procedures gevoerd en het einde daarvan is nog lang niet in zicht. Ook ná de op 1 april 2017 in werking getreden *Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen* zal naar verwachting ongeveer 40% van de dga's de tot en met uiterlijk 30 juni 2017 opgebouwde pensioenaanspraken als zodanig premievrij voortzetten. Het gevolg daarvan is niet alleen dat de fiscale wetgeving van toepassing blijft, zoals die op 31 december 2016 gold, maar dat ook het pensioen- en familierecht en ter zake

relevante jurisprudentie onverminderd van toepassing blijft, óók wat toekomstige wetswijzigingen en ontwikkelingen in de jurisprudentie betreft.

2.3 De gevolgen van de economische crisis

Inmiddels heeft de economische crisis haar sporen nagelaten en is de marktrente gedaald tot historisch lage percentages. Gevolg daarvan is dat de af te storten koopsommen aanzienlijk zijn toegenomen, tot wel meer dan het drievoudige van de op de balans gevormde pensioenvoorziening. En steeds vaker overtreft het af te storten bedrag de totale bezittingen minus kortlopende schulden van de vennootschap. De middelen om tot afstorting over te kunnen gaan, zijn in de meeste situaties bovendien niet direct voorhanden en kunnen vaak ook niet op korte termijn worden vrijgemaakt; er is veelal sprake van vorderingen in rekening-courant op de dga of is sprake van aan de dga uitgeleende gelden, die niet of nauwelijks (op korte termijn) kunnen worden afgelost. Met andere woorden, veel pensioenverplichtingen bevinden zich in onderdekking en daarbij komt meestal ook de door de Hoge Raad geformuleerde uitzondering op de hoofdregel bij pensioenafstorting in beeld.

De gevolgen van onderdekking kwamen voor het eerst aan de orde in een uitspraak van Rechtbank Middelburg⁶, waarin het uitgangspunt juist werd geacht dat de aanwezige middelen naar evenredigheid van de aanspraken verdeeld moeten worden. Vervolgens heeft met name Gerechtshof Den Haag⁷ zich een aantal keer uitgelaten over het dekkingstekort, daarbij beslissend dat op grond van de zogenoemde *postrelationele solidariteit* tussen de dga en de ega het dekkingstekort dient te worden verdeeld aan de hand van het *effectief beschikbaar bedrag voor pensioenuitkeringen*. Wat hierbij opvalt is dat Gerechtshof Den Haag de vordering tot afstorting vanwege het dekkingstekort afwijst met als gevolg dat het effectief beschikbaar bedrag voor pensioenuitkeringen dient te worden verdeeld over de in eigen beheer blijvende pensioenaanspraken. Wellicht dat dit voortvloeit uit de ingestelde vordering als zodanig; de ega vorderde volledige afstorting.

2.4 Het onderdekkings-arrest van 14 april 2017

Na het geruchtmakende pensioenafstortings-arrest van 9 februari 2007 hebben we ruim tien jaar moeten wachten op een oordeel van de Hoge Raad hoe om te gaan met een dekkingstekort. In zijn arrest van 14 april 2017 heeft de Hoge Raad aangegeven hoe in dergelijke situaties te werk moet worden gegaan. De Hoge Raad besliste dat het volgende tot uitgangspunt dient te worden genomen. Indien de vennootschap een pensioentoezegging doet, dient zij zorg te dragen dat zij deze te zijner tijd kan nakomen. Indien en voor zover de opbouw van het pensioen in eigen beheer plaatsvindt, dient zij daarom in beginsel over voldoende kapitaal daartoe te beschikken (in de vorm van een voorziening of van eigen vermogen). In verband met de bepaling van art. 3.29 Wet IB 2001 (die een rekenrente voorschrijft van ten minste 4%) kan de fiscale pensioenreserve in dit verband onvoldoende zijn (hetgeen mede aanleiding is geweest voor de totstandkoming van de Wet uitfasering

pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen, *Stb.* 2017, 115). Bij het vorenstaande dient dan ook te worden uitgegaan van de zogeheten commerciële waarde van de toezegging, waarbij de heersende marktrente tot uitgangspunt wordt genomen.

Indien op het tijdstip van scheiding onvoldoende kapitaal aanwezig is om én het aandeel van de ega af te storten, waaronder begrepen de meerkosten om na afstorting tot dezelfde pensioenuitkering te komen als waarop deze zonder afstorting aanspraak had kunnen maken, én voldoende kapitaal in de vennootschap achter te laten om (opnieuw naar commerciële waarde berekend) de met het aandeel van de dga corresponderende pensioenaanspraak te dekken, zal het tekort in beginsel moeten worden gedeeld, evenredig met de verhouding waartoe de verevening overeenkomstig art. 3, lid 1, Wet VPS leidt. Alleen aldus wordt immers voldoende recht gedaan aan het uitgangspunt dat het recht op pensioenverevening blijkens de regeling in de Wet VPS op het uitgangspunt berust dat echtgenoten in gelijke mate aanspraak kunnen maken op het pensioen dat door een van hen tijdens het huwelijk is opgebouwd en dat de aanspraken van partijen (zo veel mogelijk) in dezelfde mate zijn verzekerd.

De Hoge Raad volgt met bovenstaande overwegingen in zijn arrest van 14 april 2017 in grote lijnen de koers die eerder door met name Gerechtshof Den Haag is ingezet. De Hoge Raad bezigt echter de termen *postrelationele solidariteit* en *effectief beschikbaar bedrag voor pensioenuitkeringen* als zodanig niet. In plaats van de postrelationele solidariteit legt de Hoge Raad aan zijn beslissing ten grondslag dat het uitgangspunt van de wettelijke regeling omtrent pensioenverevening is, dat de dga en de ega *in gelijke mate aanspraak kunnen maken op het tijdens het huwelijk opgebouwde pensioen*. De Hoge Raad overweegt verder dat indien en voor zover de opbouw van het pensioen in eigen beheer plaatsvindt, de vennootschap er voor dient zorg te dragen dat zij *in beginsel over voldoende kapitaal in de vorm van een voorziening of van eigen vermogen beschikt* om een gedane pensioentoezegging te zijner tijd te kunnen nakomen. Ook daarmee lijkt de Hoge Raad een ander criterium aan te leggen dan het effectief beschikbaar bedrag voor pensioenuitkeringen van Gerechtshof Den Haag. Laatstbedoeld hof overwoog dat bij de beoordeling van de financiële positie van de vennootschap onder meer rekening dient te worden gehouden met het vennootschappelijk belang, waaronder het hof onder meer verstaat het aandeelhoudersbelang, de belangen van werknemers en de belangen van crediteuren. Het vennootschappelijk belang brengt eveneens met zich mede dat rekening dient te worden gehouden met investeringen van de vennootschap om de continuïteit van de onderneming in de toekomst te waarborgen. Een dergelijke beoordeling lijkt ruimer dan die van de Hoge Raad; die verwijst naar de stand van de pensioenvoorziening en het eigen vermogen van de vennootschap. Gelet op het feit dat de Hoge Raad deze zaak heeft verwezen naar Gerechtshof Den Haag is het extra interessant om te volgen wat en op grond van welke overwegingen laatstbedoeld hof gaat beslissen.

Wat daar van zij, met dit arrest is naar onze mening in ieder geval duidelijk geworden dat de financieel nadelige gevolgen van onderdekking door beide gewezen echtgenoten naar evenredigheid van ieders uit de verevening van ouderdomspensioen en afsplitsing van bijzonder partnerpensioen voortvloeiende pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten dienen te worden gedragen en dat in voorkomend geval de ega genoeg dient te nemen met een dienovereenkomstig in omvang beperkte afstorting.

Aan de hand van een voorbeeld werken wij uit hoe het arrest van 14 april 2017 naar onze mening praktisch uitwerkt.

VOORBEELD DEN OUDEN EN DE JONG

Pieter den Ouden heeft tijdens zijn huwelijk met Krista de Jong in eigen beheer een aanspraak op ouderdomspensioen opgebouwd van € 40.000 en een aanspraak op partnerpensioen van € 28.000. Pieter en Krista gaan scheiden; de aanspraak op ouderdomspensioen wordt bij helfte verevend en het opgebouwde partnerpensioen wordt volledig voor Krista verzelfstandigd.

Stel, dat in verband met deze afwikkeling ten behoeve van Krista op basis van de commerciële tarieven van de verzekeraar € 500.000 dient te worden afgestort: € 350.000 voor het vereveningsdeel ouderdomspensioen en € 150.000 voor het bijzonder partnerpensioen. Aan het voor Pieter achterblijvende ouderdomspensioen kan dan uiteraard eveneens een commerciële waarde van € 350.000 worden toegekend. De totale pensioenverplichting wordt derhalve op basis van de commerciële tarieven van de verzekeraar gewaardeerd op € 850.000.

In de vennootschap is thans echter slechts € 340.000 beschikbaar voor pensioenuitkeringen (zijnde het totaal van de pensioenvoorziening en het eigen vermogen), zodat sprake is van onderdekking. Dit bedrag dient als volgt aan de verschillende pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten van Pieter en Krista te worden toegerekend:

Pieter, ouderdomspensioen:
 $340.000 / 850.000 \times € 350.000 = € 140.000$
 Krista, ouderdomspensioen:
 $340.000 / 850.000 \times € 350.000 = € 140.000$
 Krista, bijzonder partnerpensioen:
 $340.000 / 850.000 \times € 150.000 = € 60.000$

Voor Krista is derhalve € 200.000 beschikbaar voor afstorting, waarvan € 140.000 toe te rekenen aan het vereveningsdeel ouderdomspensioen en € 60.000 toe te rekenen aan het bijzonder partnerpensioen. Voor het achterblijvende ouderdomspensioen van Pieter blijft dan eveneens € 140.000 beschikbaar achter in de vennootschap.

3 Hoe verder ná afstorting?

3.1 Pensioenrechtelijke onduidelijkheid

Uit het arrest van de Hoge Raad kan niet worden afgeleid of:

- afstorting een eenmalige gebeurtenis is en de pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten van de vereveningsgerechtigde ega vervolgens definitief vaststaan; dan wel
- afstorting niet een eenmalige gebeurtenis is en in de toekomst een nadere beoordeling van de pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten van de vereveningsgerechtigde ega dient plaats te vinden vanwege de toekomstige waardeontwikkeling van de pensioenverzekering en de gewijzigde dekking van het pensioen in eigen beheer.

Aangezien de Hoge Raad uitdrukkelijk overweegt dat het dekkingstekort in beginsel zal moeten worden gedeeld *evenredig met de verhouding waartoe de verevening overeenkomstig art. 3, lid 1, Wet VPS leidt*, lijkt ons dat afstorting niet een eenmalige gebeurtenis is. Zou afstorting namelijk wel een eenmalige gebeurtenis zijn, dan zouden de uit art. 3, lid 1, Wet VPS voortvloeiende vereveningspercentages vervolgens nader vastgesteld dienen te worden in een verhouding die past bij de lagere pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten van de ega. De Hoge Raad gaat daar echter in het geheel niet op in en refereert daar ook niet naar.

De onder b vermelde uitleg sluit bovendien aan op het feit dat de ten behoeve van uitkering aan de ega afgestorte aanspraak op ouderdomspensioen formeel nog steeds de aanspraak op ouderdomspensioen van de dga is.⁸ In feite is dezelfde situatie aan de orde indien een dga buiten de situatie van echtscheiding zijn of haar pensioen voor een onbepaald deel extern verzekert: de extern verzekerde aanspraak op ouderdomspensioen en de in eigen beheer achtergebleven aanspraak op ouderdomspensioen tezamen vormen de totale aanspraak op ouderdomspensioen van de dga. Levert de extern verzekerde aanspraak op ouderdomspensioen uiteindelijk een lagere dan wel hogere pensioenuitkering op, dan neemt het door de vennootschap uit te keren ouderdomspensioen dienovereenkomstig toe respectievelijk af, gelijk communicerende vaten. Dit is ná afstorting in geval van echtscheiding niet anders.

Het is te hopen dat op korte termijn volstreekte duidelijkheid over de situatie ná afstorting ontstaat. Zolang immers onduidelijkheid op dit punt blijft bestaan, verkeert de pensioenuitvoerende vennootschap in onzekerheid over eventuele toekomstige pensioenuitkeringsverplichtingen jegens de ega. Deze onzekerheid bestaat overigens ook indien geen sprake is van onderdekking, aangezien afstorting vrijwel altijd plaatsvindt op een kapitaalverzekering met pensioenclausule, hetgeen in de regel een verkeerde uitvoering is van de pensioenovereenkomst van de dga, indien dit een eindloon- of middelloonregeling betreft. De daadwerkelijk te ontvangen pensioenuitkering staat daarbij ten tijde van de afstorting niet vast en kan dus lager (of hoger) uitvallen dan ten tijde van de afstorting werd verondersteld. Voor verschillen in pensioenuitkering die aldus ten opzichte van de afwijkend overeengekomen of standaard verevening



ontstaan, kan de ega naar onze mening een vordering tegen de vennootschap instellen.

3.2 Fiscaalrechtelijke onzekerheid

In dit kader is van belang te melden dat in verband met de invoering van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen⁹ op de pensioenwebsite van de Belastingdienst onlangs de *Handreiking fiscale behandeling elders verzekerd pensioen* is geplaatst.¹⁰ In paragraaf 5.3 van deze handreiking heeft de Kennisgroep Pensioenen Loonbelasting, vanwege de communicerende werking van de in eigen beheer uitgevoerde pensioenaanspraken en de extern verzekerde pensioenaanspraken, als eigen opvatting verkondigd dat indien de extern verzekerde pensioenuitkering uiteindelijk minder bedraagt dan de op 1 juli 2017 herleide in te bouwen pensioenaanspraak, de vennootschap het verschil (lees: tekort) in pensioenuitkering niet mag aanvullen. Dit laatste zou volgens de Kennisgroep Pensioenen Loonbelasting immers een toename van in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken betekenen, hetgeen ná 30 juni 2017 niet meer is toegestaan, omdat een eigen-beheerlichaam sindsdien geen toegelaten verzekeraar meer is. Dergelijke verschillen (lees: tekorten) dienen dan alsnog te worden afgestort op een externe pensioenverzekering¹¹, zulks op straffe van toepassing van art. 19b Wet LB 1964.

Indien de zienswijze van de Kennisgroep Pensioenen Loonbelasting juist is, betekent dit dat, indien de aan de ega toekomende pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten in verband met een echtscheiding zijn afgestort, een latere tegenvaller van de pensioenuitkering uit het expiratiekapitaal niet door de vennootschap zelf mag worden aangevuld, maar aanvullend moet worden afgestort. Alsnog een gedeelte van het in eigen beheer achtergebleven pensioen van de dga aan de ega uitkeren, zal daarbij kunnen leiden tot de conclusie dat de dga afziet van pensioen in eigen beheer dan wel ten onrechte ná 30 juni 2017 pensioenaanspraken in eigen beheer heeft opgebouwd. In geval van (serieuze) onderdekking ten tijde van de afstorting zal het voorgaande zich in de praktijk niet snel voordoen, maar dit neemt niet weg dat de dga en betrokken adviseurs alert dienen te zijn. Het is immers de dga die het risico van toepassing van art. 19b Wet LB 1964 loopt, niet de ega.

4 Beoordeling van de mogelijkheden om te kunnen afstorten

De Hoge Raad overweegt dat indien de vennootschap een pensioentoezegging doet, zij zorg dient te dragen dat zij deze te zijner tijd kan nakomen en dat indien en voor zover de opbouw van het pensioen in eigen beheer plaatsvindt, zij in beginsel over voldoende kapitaal daartoe dient te beschikken in de vorm van een voorziening of van eigen vermogen.

Bij dit laatste is een aantal kanttekeningen te plaatsen. De twee belangrijkste zijn naar onze mening:

1. Is het totaal van de waarde van de voorziening verhoogd met het eigen vermogen van de onderneming ook daadwerkelijk beschikbaar voor afstorting?
2. Hoe wordt de waarde van het eigen vermogen bepaald?

4.1 Beschikbaarheid van het vermogen

Indien er wordt uitgegaan van de fictie dat het voor afstorting beschikbaar bedrag bestaat uit de pensioenvoorziening verhoogd met de waarde van het eigen vermogen zoals dit uit de balans blijkt, het zogenaamde zichtbaar intrinsiek vermogen, dan wordt er feitelijk van uitgegaan dat de balansverhoudingen zodanig zijn dat er een overschot aan liquide middelen is of kan worden vrijgemaakt dat gelijk is aan deze cumulatieve waarde van de pensioenvoorziening en het eigen vermogen.

Dit behoeft geenszins het geval te zijn. De activa kunnen bestaan uit zaken die niet of niet snel te gelde kunnen worden gemaakt zonder de continuïteit van de bedrijfsvoering van de rechtspersoon en de onderneming waaraan deze is verbonden in gevaar te brengen. Ook kunnen activa die op de boekhoudkundige balans opgenomen zijn een dusdanig karakter hebben dat ze feitelijk illiquide zijn. Een goed voorbeeld hiervan is goodwill welke op menige balans na een bedrijfsopvolging is opgenomen als immaterieel vast actief.

Wat te denken van de volgende balans (bedragen x € 1.000)?

ACTIVA		PASSIVA	
Materiële vaste activa	100	Aandelenkapitaal	20
Immateriële vaste activa	300	Reserves	380
Vaste activa	400	Eigen vermogen	400
Voorraden	200	Pensioenvoorziening	620
Debiteuren	100		
Vordering dga	500	Bankier	200
Liquide middelen	100	Crediteuren	80
Vlottende activa	900	Kortlopende schulden	280
TOTAAL ACTIVA	1.300	TOTAAL PASSIVA	1.300

Indien we zouden redeneren dat beschikbaar voor afstorting is de hoogte van de pensioenvoorziening verhoogd met het eigen vermogen, dan geeft dit een bedrag van € 1.020.000. Indien we de balans dan nader beschouwen, blijkt dat dit bedrag bij lange na niet haalbaar is.

Aan liquide middelen is beschikbaar een bedrag van € 100.000. Daarnaast bestaat er een vordering op de dga van € 500.000. In hoeverre de dga in staat is om de schuld aan de vennootschap per direct in te lossen is de vraag. In het algemeen kan gesteld worden dat dit niet voor de hand ligt en veelal is de idee dat aflossing uiteindelijk via verrekening met een dividenduitkering zal plaatsvinden.

De debiteuren (€ 100.000) en voorraden (€ 200.000) behoren tot het werkkapitaal van de onderneming. De onderneming verleent kortstondig krediet aan haar afnemers wat vaak nodig is alleen al omdat concurrenten dit ook doen. Dit legt beslag op liquiditeiten. Bovendien dient de onderneming een voorraad aan te houden om tijdig haar goederen te kunnen leveren. De posten voorraden en debiteuren zijn daarom essentieel voor de onderneming en kunnen niet ten behoeve van de afstorting liquide worden gemaakt.

De vaste activa bestaan, in dit voorbeeld, uit machines en inventaris (€ 100.000) en goodwill (€ 300.000). Deze zaken kunnen slechts liquide gemaakt worden door verkoop of belening. Ervan uitgaande dat de machines en inventaris benodigd zijn voor de bedrijfsvoering is verkoop hiervan niet gewenst. Van de goodwill nemen we aan dat deze niet zelfstandig verkocht kan worden zonder de continuïteit van de onderneming te schaden.

Indien we aannemen dat de bankier een krediet heeft verstrekt gebaseerd op de dekkingswaarde van de activa, dan is er geen ruimte voor een extra financiering. De ruimte om af te storten is, in dit geval, beperkt tot € 100.000 verhoogd met de aflossing die de dga kan doen op de schuld die hij of zij aan de onderneming heeft. Indien de dga in staat is om deze schuld volledig in te lossen, is de

ruimte € 600.000. Indien de dga niet in staat is om een aflossing te verrichten, is de ruimte slechts € 100.000.

Onze conclusie is dat er niet voetstoots van uit mag worden gegaan dat het voor afstorting beschikbare bedrag mag worden berekend als zijnde het bedrag van de (commercieel ge(her)waardeerde) pensioenvoorziening verhoogd met het (vanwege de commerciële (her)waardering gecorrigeerde) eigen vermogen.

4.2 De waarde van het eigen vermogen

Vaak wordt uitgegaan van de zichtbaar intrinsieke waarde van het eigen vermogen zoals deze volgt uit de balans van de onderneming. Deze is volledig gebaseerd op het verleden van de onderneming en als maatstaf voor de waardering van



aandelen niet geschikt. Natuurlijk, het is een momentopname van het saldo van de bezittingen minus de schulden van de onderneming. Daarbij dient aangetekend te worden dat de waardering hiervan vaak wordt beïnvloed door fiscale aspecten. Bij kleine ondernemingen is vaak sprake van een fiscale balans. Grote verschillen tussen de fiscale en de commerciële waarde (conform de vennootschappelijke balans) van de activa en passiva kunnen bestaan in de waardering van vaste activa (ontstaan door bijvoorbeeld vervroegde afschrijvingsmogelijkheden), voorraden (fiscaal toegestane waarderingssystemen) en voorzieningen.

Ook kunnen rapportagemethoden van grote invloed zijn op de zichtbaar intrinsieke waarde van het eigen vermogen. Te denken valt aan goodwill welke fiscaal, in de regel, in tien jaarlijks gelijke termijnen afgeschreven wordt terwijl deze commercieel (vennootschappelijk) ook wel direct bij aanschaf ten laste van het eigen vermogen gebracht worden. Laatstgenoemde methode veroorzaakt een veel lagere waarde van het eigen vermogen.

Het werken met de zichtbare intrinsieke waarde dient derhalve met de nodige omzichtigheid te gebeuren waarbij aandacht geschonken dient te worden aan de waarderingssystemen alvorens conclusies getrokken mogen worden.

Zoals uit paragraaf 4.1 blijkt kan, na nader onderzoek, ter toetsing van de mogelijkheid om af te storten, wel uitgegaan worden van de balans per afstortingsdatum.

Om nadere informatie te verkrijgen omtrent mogelijke extra financiering dan wel, indien er wordt uitgegaan van het feit dat de afstorting geen eenmalige gebeurtenis is, het toekomstig verloop van de kasstromen, lijkt het aan te bevelen om daarnaast een indicatie vast te stellen van de economische waarde van de aandelen.

In het kader van deze bijdrage voert het te ver om de berekeningsmethodiek om te komen tot de economische waarde van het eigen vermogen volledig te bespreken. Deze methode kenmerkt zich door het op basis van het contant maken van de toekomstige kasstroomverwachtingen, na correctie voor zelfstandige vruchtendragers, berekenen van de ondernemingswaarde. Na aftrek van het vreemd vermogen wordt dan de economische waarde van de aandelen bepaald.

Het op deze manier waarderen van aandelen geeft inzage in de toekomstig verwachte ontwikkelingen van de onderneming en de verwachte kasstromen uit hoofde van operaties en investeringen. Indien blijkt dat er geen ruimte is voor een acute afstorting van het pensioen wegens beperkte beschikbaarheid van middelen kan inzicht worden verkregen in de verwachte ontwikkelingen die reden kunnen zijn voor een financier om extra middelen beschikbaar te stellen dan wel de basis vormen voor onderhandeling tussen partijen over een gefaseerde afstorting.

5 Conclusies

- In geval van echtscheiding heeft de vereveningsgerechtigde echtgenoot in beginsel recht op afstorting van de hem of haar toekomstige pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten.
- Indien sprake is van een tekort dienen de financieel nadelige gevolgen van onderdekking door beide gewezen echtgenoten naar evenredigheid van ieders uit de verevening van ouderdomspensioen en afsplitsing van bijzonder partnerpensioen voortvloeiende pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten te worden gedragen.
- Afstorting is naar onze mening niet een eenmalige gebeurtenis, zodat in de toekomst een nadere beoordeling van de pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten van de vereveningsgerechtigde echtgenoot dient plaats te vinden vanwege de toekomstige waardeontwikkeling van de pensioenverzekering en de gewijzigde dekking van het pensioen in eigen beheer.
- Bij het bepalen van het maximaal af te storten bedrag dient er niet vanzelfsprekend van uitgegaan te worden dat dit berekend kan worden als zijnde het totaal van de voorziening verhoogd met het eigen vermogen. De individuele activa en passiva dienen beoordeeld te worden. Tevens is het aan te bevelen een prognose op te stellen voor de komende jaren om te bezien of het berekende saldo afgestort kan worden zonder de continuïteit van de onderneming in gevaar te brengen. Hierbij dienen ook de benodigde toekomstige investeringen betrokken te worden.

Noten

- 1 Art. 2, lid 1, juncto art. 3, lid 1, Wet VPS.
- 2 Art. 3a, lid 2 en 3, Wet VPS.
- 3 HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289.
- 4 De bv was al een aantal jaren doende om haar vermogen weg te maken, althans structureel te weinig zorg te besteden aan de dekking van de benodigde pensioenreservering.
- 5 HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658.
- 6 Rb. Middelburg 22 december 2010, ECLI:NL:RB MID:2010:BP1976.
- 7 Gerechtshof Den Haag 18 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2744 (tussenuitspraak) en 17 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3016 (einduitspraak). In dezelfde lijn Gerechtshof Den Haag 23 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1032.
- 8 Dit is slechts anders in geval van conversie zoals bedoeld in art. 5 Wet VPS.
- 9 Stb. 2017, 115.
- 10 Zie https://www.belastingdienstpensioensite.nl/Handreiking%20bepaald-onbepaald%20elders%20verzekerd%20pensioen_v170707.htm.
- 11 Alternatief is dat de dga en de vennootschap vooraf overeenkomen dat een dergelijk tekort niet door de vennootschap hoeft te worden aangevuld.