

47. Afstorten pensioen in eigen beheer bij echtscheiding in geval van onderdekking: hoe verder ná afstorting?

Op 14 april 2017 heeft de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2017:693) beslist hoe in geval van echtscheiding afstorting van in eigen beheer opgebouwd pensioen dient plaats te vinden, indien sprake is van onderdekking van de pensioenverplichtingen. Het arrest roept met name de vraag op wat er gebeurt ná afstorting. In deze bijdrage geef ik mijn zienswijze hierop.

Inleiding

De meeste directeur-grotoaandeelhouders (hierna: DGA) 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 immers recht op uitbetaling van de helft van het ouderdompensioen dat gedurende het huwelijk is opgebouwd (artikel 2 lid 1 juncto artikel 3 lid 1 Wet VPS). Daarnaast heeft de gewezen echtgenoot recht op het gehele tot en met de echtscheidingsdatum opgebouwde partnerpensioen, dat vervolgens als eigen pensioenrecht wordt afgesplitst (artikel 3a leden 2 en 3 Wet VPS). In beginsel heeft de EGA recht op afstorting van deze pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten. Op de DGA rust de verplichting om deze afstorting door de pensioenuitvoerende vennootschap te bewerkstelligen dan wel aannemelijk te maken dat afstorting niet mogelijk is.

1. Pensioenafstorting: een historisch overzicht

1.1 *Hoe het allemaal begon in 2004*

Het eerste arrest waarin pensioenafstorting aan de orde kwam, dateert alweer van 12 maart 2004 (Hoge Raad 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289), 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 DGA de pensioenen van de EGA niet (volledig) tot uitbetaling kunnen komen.

1.2 *Het geruchtmakende pensioenafstortings-arrest uit 2007*

Een kleine drie jaar later verankerde de Hoge Raad in zijn arrest van 9 februari 2007 (Hoge Raad 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658) 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 voortdurend 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 ontkennde 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.

1.3 *Economische crisis, lage marktrente en onderdekking*

Vervolgens liet de economische crisis haar sporen na en daalde de marktrente tot historisch lage percentages. Gevolg daarvan was dat de af te storten koopsommen aanzienlijk toenamen, tot wel meer dan het drievoudige van de op de balans gevormde pensioenvoorziening. En steeds vaker overtrof het af te storten bedrag de totale bezittingen minus kortlopende schulden van de vennootschap. De middelen om tot afstorting over te kunnen gaan, waren in de meeste situaties bovendien niet direct voorhanden en konden vaak ook niet op korte termijn worden vrijgemaakt; er was veelal sprake van vorderingen in rekening courant op de DGA of sprake van aan de DGA uitgeleende gelden, die niet of nauwelijks (op korte termijn) konden worden afgelost. Met andere woorden, veel pensioenverplichtingen bevonden zich in onderdekking en daarbij kwam meestal ook de door de Hoge Raad geformuleerde uitzondering op de hoofdregel bij pensioenafstorting in beeld. Ook thans zijn dergelijke situaties nog steeds aan de orde van de dag.

De gevolgen van onderdekking kwamen voor het eerst aan de orde in een uitspraak van Rechtbank Middelburg 22 december 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BP1976, waarin het uitgangspunt juist werd geacht dat de aanwezige middelen naar evenredigheid van de aanspraken verdeeld moet worden. Vervolgens heeft met name Gerechtshof Den Haag 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* (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). 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.

1.4 *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 artikel 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 artikel 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 (zoveel mogelijk) in dezelfde mate zijn verzekerd.

De Hoge Raad volgt met de hiervoor staande 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 mijn mening in ieder geval duidelijk geworden dat de financiële 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.

2. Hoe verder ná afstorting?

2.1 Pensioenrechtelijke onduidelijkheid

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

- a. afstorting een eenmalige gebeurtenis is en de pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten van de EGA vervolgens definitief vaststaan; dan wel
- b. afstorting niet een eenmalige gebeurtenis is en in de toekomst een nadere beoordeling van de pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten van de EGA dient plaats te vinden vanwege de toekomstige waardeontwikkeling van de pensioenverzekering en de gewijzigde dekking van het pensioen in eigen beheer.
- c. Aangezien de Hoge Raad uitdrukkelijk overweegt dat het dekkingstekort in beginsel zal moeten worden gedeeld *evenredig met de verhouding waartoe de verevening overeenkomstig artikel 3 lid 1 Wet VPS leidt*, lijkt mij dat afstorting niet een

eenmalige gebeurtenis is. Zou afstorting namelijk wel een eenmalige gebeurtenis zijn, dan zouden de uit artikel 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 en de dienovereenkomstig hogere pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten van de DGA. 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; dit is slechts anders in geval van conversie zoals bedoeld in artikel 5 Wet VPS. 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 mijn mening een vordering tegen de vennootschap instellen.

2.2 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 pensioenmaatregelen (*Stb.* 2017, 115) op de pensioenwebsite van de belastingdienst (www.belastingdienstpensioensite.nl) onlangs de *Handreiking fiscale behandeling elders verzekerd pensioen* is geplaatst. 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 beheer lichaam sindsdien geen toegelaten verzekeraar meer is. Dergelijke verschillen (lees: tekorten) dienen dan alsnog te worden afgestort op een externe pensioenverzekering, zulks op straffe van toepassing van artikel 19b Wet LB. Alternatief is dat de DGA en de vennootschap vooraf overeenkomen dat een dergelijk tekort niet door de vennootschap hoeft te worden aangevuld.

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 artikel 19b Wet LB loopt, niet de EGA.

Conclusie

Met zijn arrest van 14 april 2017 heeft de Hoge Raad verduidelijkt hoe moet worden omgegaan met pensioenaftorting in geval van onderdekking van de in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken: de financieel nadelige gevolgen van onderdekking van in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken dienen door beide gewezen echtgenoten naar evenredigheid van ieders pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten gedragen te worden. De vraag hoe moet worden omgegaan met de situatie die ná afstorting ontstaat, is niet beantwoord en daarnaast liggen fiscale risico's op de loer. Naar mijn mening zijn twee zienswijzen mogelijk. Voor de liefhebber: op www.hendrikxenbakker.nl/blog/ heb ik deze zienswijzen verder uitgewerkt en van voorbeelden voorzien. De toekomst zal leren welke zienswijze dient te worden gevolgd of dat er nog een andere zienswijze uit de hoge hoed komt.

Vorenstaande problematiek kan nog vele jaren aan de orde komen. 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 immers 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. Hopelijk hoeven we niet opnieuw tien jaar te wachten voordat de voor de praktijk noodzakelijke duidelijkheid ontstaat.

J.M.J. Holtermans

Fiscalist, certified pension consultant, collaborative professional en als partner verbonden aan Hendrikx en Bakker te Tilburg