

2. Afstorten pensioen in eigen beheer bij echtscheiding: hoe gaat het verder ná afstorting?

*Drs. J.M.J. Holtermans cpc*¹

1. Inleiding

De meeste directeur-grootaandeelhouders (hierna: DGA) hebben pensioen in eigen beheer opgebouwd. Wat veel DGA's aanvankelijk zagen als niet meer dan een aantrekkelijke fiscale aftrekpost, blijkt in geval van echtscheiding tot haast onoverkomelijke financiële verplichtingen te leiden. De vereveningsgerechtigde echtgenoot (hierna: EGA) heeft in geval van echtscheiding immers recht op uitbetaling van de helft van het ouderdomspensioen dat gedurende het huwelijk is opgebouwd (art. 2 lid 1, juncto art. 3 lid 1 Wet verevening pensioenrechten bij scheiding, verder Wvps). Daarnaast heeft de gewezen echtgenoot recht op de gehele tot en met de echtscheidingsdatum opgebouwde aanspraak op partnerpensioen, na echtscheiding beter bekend als het bijzonder partnerpensioen (art. 3a lid 2 en 3 Wvps).

Dit is voor een in eigen beheer opgebouwd DGA-pensioen niet anders dan voor pensioenen die onder de Pensioenwet vallen. Daar komt bij dat de EGA in beginsel recht heeft op afstorting van deze pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten.² Op de DGA rust de verplichting om deze pensioenafstorting door de pensioenuitvoerende vennootschap te bewerkstelligen dan wel aannemelijk te maken dat afstorting niet of niet volledig mogelijk is. Sinds de pensioenafstortingsuitspraak hebben we ruim tien jaar moeten

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

2 HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658.

wachten op het antwoord van de Hoge Raad³ op de vraag hoe moet worden gehandeld als sprake is van onderdekking van de pensioenverplichtingen. Deze vraag lijkt inmiddels te zijn beantwoord.

Nog open staat de vraag hoe het verder gaat ná afstorting. In deze bijdrage geef ik allereerst de belangrijkste uitspraken van de Hoge Raad en enkele interessante uitspraken van lagere rechters rondom het pensioenafstortingsvraagstuk weer. Daarna ga ik in op de vraag hoe het verder gaat ná afstorting en werk ik twee zienswijzen daaromtrent uit.

1. Pensioenafstorting: een beknopt historisch overzicht

1.1. *Hoe het begon in 2004*

De eerste uitspraak waarin pensioenafstorting bij echtscheiding aan de orde kwam, dateert alweer van 12 maart 2004.⁴ In deze uitspraak gaf de Hoge Raad aan 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 B.V. 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 – de pensioenen van de EGA niet (volledig) tot uitbetaling kunnen komen.

1.2. *De geruchtmakende pensioenafstortingsuitspraak uit 2007 en wat daarop volgde*

Een kleine drie jaar later verankerde de Hoge Raad de ingezette koers.⁵ 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

3 HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693.

4 HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289. Voor de volledigheid vermeld ik de uitspraak HR 1 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1963, waarin ook een pensioenafstorting speelde maar dit betrof een ten onrechte in eigen beheer opgebouwd pensioen van de EGA zelf.

5 HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658.

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 voortdurende 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.

Uit de uitspraak van de Hoge Raad 20 maart 2009⁶ volgde dat de op de pensioenuitvoerende B.V. rustende verplichting tot afstorten niet eerst dan aan de orde is, indien zulks uitdrukkelijk is overeengekomen. Met deze uitspraak was alle twijfel weggenomen dat pensioenafstorting in geval van echtscheiding het in acht te nemen uitgangspunt was geworden.

Naar aanleiding van de uitspraak 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.

6 HR 20 maart 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BG9458.

In tal van procedures die volgden na de uitspraak van 9 februari 2007 bogen rechtbanken en hoven zich over de vraag waarmee rekening dient te worden gehouden bij de vaststelling van het kapitaal dat dient te worden afgestort ten behoeve van de uitkeringsrechten en pensioenaanspraken van de EGA. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zutphen 25 februari 2009⁷ waarin de rechtbank besliste dat ten aanzien van de af te sluiten pensioenverzekering provisie en dergelijke kosten niet voor rekening van de B.V. komen (en kennelijk voor rekening van de EGA zelf komen). In diezelfde procedure besliste de rechtbank tevens dat aangezien in de pensioenovereenkomst een voorwaardelijk open geïndexeerd pensioen was overeengekomen, geen recht bestaat op afstorting van een kapitaal waarbij wordt uitgegaan van een pensioen met een vaste indexatie van 3%. Niet helemaal duidelijk is uit de uitspraak op te maken of, en zo ja, op welke wijze dan met de voorwaardelijke open indexatie rekening dient te worden gehouden. Duidelijker op dit punt was het Hof Amsterdam van 16 mei 2017.⁸ Het hof besliste dat met een toekomstige indexering als aangegeven in de pensioenovereenkomst, die naar zijn aard onzeker is, geen rekening kan worden gehouden bij het bepalen van (de omvang van) de pensioenaanspraken van de vrouw. Een bijzonder interessante en eerst in 2014 gepubliceerde uitspraak is Rechtbank Zutphen 29 april 2008⁹ waarin de rechtbank, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van de Wvps, besliste dat met vóór-indexatie van premievrije pensioenaanspraken zonder beëindiging van de dienstbetrekking wel degelijk rekening dient te worden gehouden, ook al volgt een dergelijke vóór-indexatie niet als zodanig uit de pensioenovereenkomst. Een uitspraak om rekening mee te houden, met name indien de DGA op grond van de *Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen* de pensioenaanspraken premievrij voortzet!

Verder werd nog al eens slechts afstorting van de helft van de op de balans gevormde pensioenvoorziening gevorderd. Veelal betrof de vordering tot afstorting in dergelijke situaties ook nog eens de (te lage) *fiscale* voorziening in plaats van de *commerciële* voorziening c.q. koopsom. Vorenstaande gaat volledig voorbij aan de hoofdregel van de wettelijke regeling, te weten verevening van tijdens het huwelijk opgebouwde *aanspraken* op ouderdomspensioen en verzelfstandiging van de *aanspraak* op (bijzonder) partnerpensioen.¹⁰

7 Rb. Zutphen 25 februari 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BI0348.

8 Hof Amsterdam 16 mei 2017, nr. 200.176.227/01, ECLI:NL:GHAMS:2017:184.

9 Rb. Zutphen 29 april 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:835.

10 Zie voor recente voorbeelden Rb. Dordrecht 18 juli 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX2203 en Rb. Den Haag 19 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16452.

Wat er ook van zij, gedurende de eerste jaren na de uitspraak van 9 februari 2007 werden de meeste vorderingen tot afstorting toegewezen.

1.3. *De gevolgen van de economische crisis: een lage rente en onderdekking*

In 2008 begon een economische crisis die inmiddels haar sporen heeft nagelaten. Een belangrijk gevolg van deze economische crisis is dat de marktrente is gedaald tot historisch lage percentages. Dit heeft ertoe geleid dat de af te storten koopsommen aanzienlijk zijn toegenomen, niet zelden tot wel meer dan het drievoudige van de op de balans gevormde pensioenverzekering. En steeds vaker overtreft het af te storten bedrag de totale bezittingen minus de kortlopende schulden van de vennootschap. De middelen om tot afstorting over te kunnen gaan, zijn in de meeste situaties bovendien niet direct voor handen en kunnen vaak ook niet op korte termijn worden vrijgemaakt; er is veelal sprake van vorderingen op de DGA uit hoofde van een rekening-courantovereenkomst of overeenkomst van geldlening, waarop de DGA niet of nauwelijks (op korte termijn) kan aflossen.¹¹ Met andere woorden, veel pensioenverplichtingen bevinden zich in onderdekking. Dit brengt vervolgens min of meer als vanzelf mee dat de DGA de door de Hoge Raad geformuleerde uitzondering op de hoofdregel bij pensioenafstorting in stelling brengt: de benodigde liquide middelen om de afstorting te effectueren kunnen niet 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. Een stelling die tijdens de economische crisisjaren in toenemende mate succesvol bleek te zijn.

De gevolgen van onderdekking kwamen voor het eerst duidelijk aan de orde in een uitspraak van Rechtbank Middelburg¹² waarin het uitgangspunt juist werd geacht dat de aanwezige middelen naar evenredigheid van de aanspraken verdeeld moeten worden. Vervolgens heeft met name het Hof Den Haag¹³ zich een aantal keer uitgelaten over het dekkingstekort, daarbij

11 Zie onder meer Hof Den Haag 18 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2744 en 17 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3016; Hof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6713; Rb. Noord-Holland 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6947; Hof Amsterdam 7 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:723; Hof Arnhem-Leeuwarden 9 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2054.

12 Rb. Middelburg 22 december 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BP1976.

13 Hof Den Haag 18 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2744 (tussenuitspraak) en Hof Den Haag 17 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3016 (einduitspraak), vervolgens in dezelfde lijn Hof Den Haag 23 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1032.

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 het Hof Den Haag de vordering tot afstorting juist vanwege het dekkingstekort afwijst met als gevolg dat het effectief beschikbaar bedrag voor pensioenuitkeringen, dat zodoende in de B.V. achterblijft en waarvan de exacte omvang eerst in de toekomst bekend zal blijken te zijn, dient te worden verdeeld over de in eigen beheer blijvende pensioenaanspraken. Wellicht dat de uitspraken het logische gevolg zijn van de ingestelde vordering waarbij de EGA haar hand overspeelde. De EGA vorderde (slechts) volledige afstorting maar dat was volgens het Hof Den Haag niet mogelijk, ondanks dat de feitelijke financiële situatie van de B.V. waarschijnlijk met zich meebracht dat er juist alle reden was om af te storten. Zie echter ook Hof Arnhem-Leeuwarden 6 september 2016¹⁴ waarin werd beslist dat de postrelationele solidariteit mede inhoudt dat de DGA bij zijn beslissingen in het verleden ook rekening had moeten houden met de belangen van de EGA.¹⁵ Volledig vrij spel heeft de DGA dus niet. Dat was al jaren eerder duidelijk geworden in onder meer een uitspraak van de Rechtbank Breda van 3 oktober 2007¹⁶ waarin de DGA vanwege onrechtmatig handelen jegens de EGA hoofdelijk aansprakelijk werd gesteld om af te storten, en het Hof 's-Hertogenbosch van 15 januari 2008¹⁷ waarin de DGA vanwege niet nagekomen zorgplicht jegens de EGA persoonlijk werd veroordeeld tot schadeloosstelling en uit privémiddelen moest afstorten.

In een toenemend aantal procedures is sprake van vertraagde afstorting. In deze procedures zijn partijen reeds jaren geleden gescheiden maar nog steeds aan het procederen over de vraag of behoort en kan worden afgestort, en zo ja, welk bedrag dan dient te worden afgestort. Vanwege de gedaalde marktrente is het af te storten bedrag steevast aanzienlijk toegenomen. De vraag komt dan op voor wiens rekening deze toename in af te storten bedrag komt.¹⁸

14 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7163.

15 In vergelijkbare zin Hof Amsterdam 16 mei 2017, nr. 200.176.227/01, ECLI:NL:GHAMS:2017:184.

16 Rb. Breda 3 oktober 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BB7052.

17 Hof 's-Hertogenbosch van 15 januari 2008 ECLI:NL:GHSHE:2008:BC3319.

18 Zie Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1101; Hof Den Haag 25 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3875 en Hof Amsterdam 16 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:184.

1.4. De onderdekkingsuitspraak van 14 april 2017

Na de geruchtmakende pensioenafstortingsuitspraak van 9 februari 2007 hebben we ruim tien jaar moeten wachten op een oordeel van de Hoge Raad hoe ter zake van pensioenafstorting moet worden omgegaan met de situatie dat de verplichtingen (naar alle waarschijnlijkheid) niet kunnen worden nagekomen, anders gezegd in geval van een dekkingstekort. In zijn uitspraak van 14 april 2017¹⁹ 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 inkomstenbelasting 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 pensioenmaatregelen²⁰). 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 Wvps leidt. Alleen aldus wordt immers voldoende recht gedaan aan het uitgangspunt dat het recht op pensioenverevening blijkens de regeling in de Wvps 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.

19 HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693.

20 Wet van 8 maart 2017, *Stb.* 2017, 115.

De Hoge Raad volgt met bovenstaande overwegingen in zijn uitspraak van 14 april 2017 in grote lijnen de koers die eerder door met name het Hof 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 ervoor 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 het Hof Den Haag. Laatstbedoeld hof overwoog verder 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, omdat daarbij ook – naar mijn mening niet ten onrechte – met toekomstige ontwikkelingen rekening wordt gehouden. Volgens de Hoge Raad dient echter te worden onderzocht of *op het tijdstip van de scheiding* in de B.V. aanwezige kapitaal toereikend is om én de pensioenaanspraak van de EGA af te storten én de overblijvende pensioenaanspraak van de DGA te dekken op de hiervoor omschreven wijze. Aan toekomstige ontwikkelingen lijkt de Hoge Raad voorbij te gaan, nu hij overweegt *“dat het hof terecht ... is uitgegaan van de commerciële waarde van het in de B.V. opgebouwde pensioen, maar dat het heeft miskend dat het vervolgens had te onderzoeken of het in de B.V. aanwezige kapitaal toereikend is om én de pensioenaanspraak van de man af te storten, én de overblijvende pensioenaanspraak van de vrouw te dekken, op de hiervoor omschreven wijze. De verwijzing door het hof naar nog door de B.V. te behalen rendementen en naar de verdien capaciteit van de DGA, duidt immers erop dat dit kapitaal niet in de vennootschap aanwezig is”*.

Met deze uitspraak is naar mijn mening 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 laat ik zien hoe de uitspraak van 14 april 2017 naar mijn mening praktisch uitwerkt.

Voorbeeld 1

Hendrik van der Winkel heeft tijdens zijn huwelijk met Sarah de Man in eigen beheer een aanspraak op ouderdompensioen opgebouwd van € 40.000 en een aanspraak op partnerpensioen van € 28.000. Hendrik en Sarah gaan scheiden; de aanspraak op ouderdompensioen wordt bij helfte verevend en het opgebouwde partnerHendrikpensioen wordt volledig voor Sarah verzelfstandigd.

Stel dat in verband met deze afwikkeling ten behoeve van Sarah op basis van de commerciële tarieven van de verzekeraar € 500.000 dient te worden afgestort: € 350.000 voor het vereveningsdeel ouderdompensioen en € 150.000 voor het bijzonder partnerpensioen. Aan het voor Hendrik achterblijvende ouderdompensioen 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 Hendrik en Sarah te worden toegerekend:

| | |
|-----------------------------------|---|
| Hendrik, ouderdompensioen: | $340.000/850.000 \times € 350.000 =$ € 140.000 |
| Sarah, ouderdompensioen: | $340.000/850.000 \times € 350.000 =$ € 140.000 |
| Sarah, bijzonder partnerpensioen: | $340.000/850.000 \times € 150.000 =$ € 60.000 |

Voor Sarah is derhalve € 200.000 beschikbaar voor afstorting, waarvan € 140.000 toe te rekenen aan het vereveningsdeel ouderdompensioen en € 60.000 toe te rekenen aan het bijzonder partnerpensioen. Voor het

achterblijvende ouderdomspensioen van Hendrik blijft € 140.000 beschikbaar achter in de vennootschap.

2. Pensioenafstorting: hoe gaat het verder ná afstorting?

2.1. Karakter van de “eigen beheer” pensioenovereenkomst van de DGA

De “eigen beheer” pensioenovereenkomst van een DGA is nagenoeg altijd een eindloon- of een middelloonregeling, dan wel een combinatie daarvan. Zowel een eindloon- als een middelloonregeling zijn een zogenoemde uitkeringsovereenkomst. De term uitkeringsovereenkomst is afkomstig uit de Pensioenwet en die geldt niet voor de DGA, maar dit neemt niet weg dat in deze wel van een uitkeringsovereenkomst kan worden gesproken. Kenmerkend hiervoor is dat de hoogte van de te zijner tijd te ontvangen pensioenuitkering vaststaat. Zowel tijdens de opbouwfase als de uitkeringsfase liggen de financiële risico's bij de pensioenuitvoerder.

2.2. Pensioenafstorting leidt tot gedeeltelijke externe uitvoering van de “eigen beheer” pensioenovereenkomst van de DGA

In geval van pensioenafstorting van de aan de EGA toekomende pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten wordt door de B.V. op wie de afstortingsverplichting rust een pensioenverzekering afgesloten. Omdat de DGA niet onder de Pensioenwet valt, wordt een dergelijke pensioenverzekering ook wel een loonbelasting- of DGA-polis genoemd. Op deze polis wordt vervolgens de EGA als eerstbegunstigde voor het ouderdomspensioen vermeld en de DGA als tweede begunstigde. Ik benadruk dat deze volgorde van begunstiging onverlet laat dat de afgestorte aanspraak op ouderdomspensioen nog steeds de pensioenaanspraak van uitsluitend de DGA is. In feite wordt de “eigen beheer” pensioenovereenkomst ten gevolge van de pensioenafstorting gedeeltelijk extern uitgevoerd. In beginsel is daarbij sprake van een voor een zogenoemd *bepaald* gedeelte externe uitvoering van de “eigen beheer” pensioenovereenkomst. De hoogte van de ten behoeve van de EGA af te storten pensioenaanspraken staat namelijk vast.

De EGA verkrijgt ten gevolge van de pensioenafstorting en ondanks de polisredactie ter zake van de begunstiging dus niet een eigen pensioenaanspraak. De EGA heeft uit hoofde van de verevening op grond van art. 2 lid 2 Wvps slechts een recht op uitkering van een deel van het ouderdomspensioen

van de DGA, welk deel overeenkomt, althans dient te komen, met de te verzekeren ouderdomspensioenuitkering.

De EGA verkrijgt op grond van art. 3a lid 2 of lid 3 Wvps wel een zelfstandige aanspraak op (bijzonder) partnerpensioen. Ten behoeve van deze pensioenuitkering wordt de EGA op de polis als (enig) begunstigde vermeld.

In geval van conversie ligt de zaak anders en wordt uitsluitend de EGA als (enig) begunstigde voor het ouderdomspensioen vermeld, omdat alsdan de EGA op grond van art. 5 Wvps een eigen aanspraak op ouderdomspensioen verkrijgt. Aangezien het (bijzonder) partnerpensioen vrijwel altijd in de conversie wordt betrokken, wordt dit, behoudens vrij zeldzame uitzonderingen, niet separaat verzekerd.

2.3. Karakter van de externe pensioenverzekering ten behoeve van de EGA

Probleem dat in geval van pensioenafstorting ontstaat, is dat verzekeringsmaatschappijen in beginsel geen op individuele basis af te sluiten pensioenverzekeringen meer aanbieden waarbij een uitgestelde gegarandeerde pensioenuitkering wordt verzekerd. In geval van afstorting bieden verzekeringsmaatschappijen in plaats daarvan vrijwel altijd een kapitaalverzekering met pensioenclausule aan. In de terminologie van de Pensioenwet is dan sprake van een zogenoemde kapitaalovereenkomst. Kenmerkend hierbij is dat de financiële risico's ten aanzien van het verzekerde kapitaal bij de pensioenuitvoerder liggen maar de financiële risico's ten aanzien van de aan te kopen pensioenuitkering bij de begunstigde, oftewel de EGA liggen.

Weliswaar worden de koopsom en de verzekerde uitkering zodanig vastgesteld dat het garantiekapitaal op grond van de ten tijde van de pensioenafstorting geldende aankooptarieven voldoende is om de te verzekeren pensioenaanspraken af te financieren en de EGA geacht wordt uit het expiratiekapitaal de ten behoeve van haar of hem te verzekeren pensioenuitkeringen onverkort en onverminderd te kunnen aankopen, maar bij een kapitaalovereenkomst is en blijft de daadwerkelijk uit het expiratiekapitaal aan te kopen pensioenuitkering afhankelijk van de commerciële tarieven op het moment van daadwerkelijke pensionering van de DGA (en in geval van conversie: pensionering van de EGA).

Met andere woorden, de te zijner tijd uit te keren pensioenuitkering staat niet vast maar is onzeker, hetgeen het gevolg is van de verkeerde uitvoering

van de “eigen beheer” pensioenovereenkomst van de DGA. Dit kan overigens zowel een negatief als een positief effect op de hoogte van het ten behoeve van de EGA aan te kopen pensioen hebben. Negatief vanwege bijvoorbeeld een ten tijde van de aankoop van het pensioen lagere marktrente dan die ten tijde van de afstorting, hetgeen tot een lagere uitkering leidt; positief vanwege bijvoorbeeld een ten tijde van aankoop van het pensioen hogere marktrente dan die ten tijde van de afstorting, hetgeen tot een hogere uitkering leidt. Uiteraard zullen daarnaast gewijzigde levensverwachting en gewijzigde kostenstructuur van de verzekeringsmaatschappij van invloed op de hoogte van het aan te kopen pensioen zijn.

In feite is daardoor sprake van een voor een zogenoemd *onbepaald* deel externe uitvoering van de “eigen beheer” pensioenovereenkomst. Kenmerkend daarbij is dat de B.V. uiteindelijk aanvullend pensioen dient uit te keren tot het niveau van de daadwerkelijk opgebouwde pensioenaanspraken. Er is zodoende onzekerheid over de hoogte van het uiteindelijk daadwerkelijk door de B.V. uit te keren pensioen; dat kan per saldo een in absolute zin hoger of lager bedrag zijn.

2.4. *De gevolgen van de verkeerde uitvoering van de “eigen beheer” pensioenovereenkomst van de DGA*

De vraag die bij het voorgaande opkomt, is bij wie het financieel risico ligt van de ten gevolge van de pensioenafstorting verkeerde uitvoering van de “eigen beheer” pensioenovereenkomst van de DGA, zoals de DGA en de B.V. deze oorspronkelijk met elkaar zijn overeengekomen en ten grondslag liggen aan de verevening van het ouderdomspensioen en de verzelfstandiging van het (bijzonder) partnerpensioen?

Eenzelfde vraag doet zich nog nadrukkelijker voor indien ten tijde van de pensioenafstorting sprake is van onderdekking.

Voor het antwoord op deze vragen is van belang hoe de pensioenafstorting dient te worden geduid. Ik onderscheid hierbij de volgende twee zienswijzen:

- a. Pensioenafstorting is een eenmalige gebeurtenis.
- b. Pensioenafstorting is niet een eenmalige gebeurtenis.

Uit de tot zover gewezen en bekende jurisprudentie kan niet met zekerheid worden afgeleid of geconcludeerd welke van deze twee zienswijzen de juiste is. In de onderdelen 2.5 en 2.6 ga ik op beide zienswijzen in en werk ik uit hoe dan naar mijn mening dient te worden gehandeld.

2.5. *Pensioenafstorting is een eenmalige gebeurtenis*

In deze zienswijze wordt ten behoeve van de EGA eenmalig een pensioenkapitaal afgestort. Het maakt daarbij niet uit of ten tijde van de afstorting al dan niet sprake is van onderdekking. Na deze eenmalige afstorting is de kous af. Dit laatste is overigens tot zover in geen enkele uitspraak met zoveel woorden te lezen. In een echtscheidingsconvenant wordt veelal wel een daartoe strekkende bepaling opgenomen.

Een argument vóór deze zienswijze, met name in geval van onderdekking, kan zijn dat tegenover de zekerheid die de EGA ten gevolge van de pensioenafstorting verkrijgt, de EGA genoeg dient te nemen met het bedrag dat op enig moment feitelijk wordt afgestort. Het risico van een lagere of mogelijk zelfs in het geheel geen pensioenuitkering wordt dan als het ware afgekocht.

Wellicht dat de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen tot deze conclusie kunnen of behoren te leiden. Maar men dient zich te realiseren dat een dergelijke argumentatie voorbijgaat aan het feit dat afstorting niet slechts een neerwaarts financieel risico voor de EGA afschermt maar dat ook zeer wel een te hoog kapitaal ten behoeve van de EGA blijkt te zijn afgestort dan het kapitaal dat uiteindelijk nodig is voor de financiering van diens pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten. Met name in tijden van een (zeer) lage markttrente, waarin tegen een (zeer) lage rekenrente is afgestort, kan dit laatste zich voordoen. Namelijk indien de markttrente in de toekomst stijgt en ten tijde van de aankoop van het pensioen ten gevolge van de gestegen rekenrente hogere pensioenen kunnen worden aangekocht. Tot op zekere hoogte kan met een dergelijk positief rente-effect eerst nog een (ten hoogste 3% vast) geïndexeerd pensioen worden aangekocht; uiteraard slechts indien sprake is van een in de "eigen beheer" pensioenovereenkomst overeengekomen geïndexeerd pensioen. Maar indien het positief rente-effect omvangrijker is, zou dit uiteindelijk kunnen resulteren in een hogere pensioenuitkering dan waarop de EGA op grond van de verevening en de verzelfstandiging van het (bijzonder) partnerpensioen recht heeft. Aangezien de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen medebepalend kunnen zijn voor hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid in de verhouding tussen de EGA en de B.V. meebrengen, kan alsdan de vraag opkomen of een dergelijk resultaat nog wel redelijk en billijk is ten aanzien van de DGA en de B.V., die dan per saldo te veel kapitaal heeft afgestort.

De keerzijde is uiteraard dat ook sprake kan zijn van een negatief rente-effect. Dit doet zich voor indien tegen een hoge(re) rekenrente is afgestort, waarna de marktrente vervolgens in de toekomst daalt en ten tijde van de aankoop van het pensioen ten gevolge van de gedaalde rekenrente slechts lagere pensioenen kunnen worden aangekocht.

Gevolg van een dergelijk positief dan wel negatief rente-effect is dat per saldo meer respectievelijk minder pensioen ontstaat, althans kan ontstaan, dan daadwerkelijk door de DGA op grond van de "eigen beheer" pensioenovereenkomst is opgebouwd. Dit leidt in geval van een positief rente-effect tot een bovenmatig pensioen en zodoende tot een fiscaal onzuivere pensioenregeling, zodat toepassing van art. 19b lid 1 letter c Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB 1964) en art. 30i Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) (revisierente) in beeld komt, tenzij de DGA zijn of haar in eigen beheer achtergebleven pensioen dienovereenkomstig vermindert. Maar een dergelijke vermindering door de DGA ligt niet direct in de rede indien de EGA vanwege de gestegen marktrente een in relatie tot de pensioenverevening te hoog pensioen krijgt uitgekeerd waar de EGA strikt genomen geen recht op heeft.

In geval van een negatief rente-effect krijgt de EGA een lager pensioen. Hierin zou een prijsgeven door de EGA kunnen worden gezien. Nog afgezien van het feit dat alsdan gesteld kan worden dat sprake is van niet voor verwezenlijking vatbare pensioenen, wordt de pensioenovereenkomst bovendien in zoverre niet (meer) in eigen beheer uitgevoerd en komt toepassing van art. 19b lid 1 letter c Wet LB 1964 en art. 30i AWR derhalve om meerdere redenen niet (bij de DGA!) in beeld. In beginsel zou de B.V. onder deze omstandigheden overigens wel een hoger pensioen aan de DGA dienen uit te keren. Gebeurt dit niet, dan is sprake van het prijsgeven van in eigen beheer opgebouwd pensioen, zodat toepassing van art. 19b Wet LB 1964 en art. 30i AWR (revisierente) vervolgens alsnog in beeld komt, tenzij het pensioen niet voor verwezenlijking vatbaar is.

Het voorgaande is wellicht nog praktisch uit te voeren indien sprake is van voor verwezenlijking vatbare pensioenen. Met andere woorden, indien de in eigen beheer achtergebleven pensioenen volledig kunnen worden uitgekeerd. Maar wat als dat niet het geval is en ten tijde van de afstorting sprake is van onderdekking?

Ik zie dan als (noodzakelijke) oplossing voor de zienswijze dat afstorting een eenmalige gebeurtenis is, dat de vereveningspercentages zodanig worden

vastgesteld dat deze aansluiten op de mate waarin de pensioenaanspraken en-uitkeringsrechten van de EGA daadwerkelijk worden afgestort. In geval van onderdekking zal dan voor de EGA een lager vereveningspercentage gelden en voor de DGA een dienovereenkomstig hoger vereveningspercentage.

Zoals hiervoor vermeld, blijft de door de DGA opgebouwde aanspraak op ouderdomspensioen ná verevening onverminderd de door de DGA opgebouwde aanspraak op ouderdomspensioen; verevening is immers voorwaardelijk. Het ten behoeve van de EGA afgestorte kapitaal voor het ouderdomspensioen blijft zodoende onverminderd onderdeel van de door de DGA opgebouwde aanspraak op ouderdomspensioen zelf. Zolang de DGA en de EGA beiden in leven zijn, wordt het extern verzekerde ouderdomspensioen te zijner tijd weliswaar door de verzekeraar aan de EGA uitgekeerd, maar dit betekent dus niet dat het ook de pensioenaanspraak van de EGA is geworden. Indien de EGA namelijk eerder overlijdt dan de DGA eindigt de vereveningsverplichting en zal het ouderdomspensioen volledig aan de DGA worden uitgekeerd. Overlijdt de DGA eerder dan de EGA dan eindigt de vereveningsverplichting ook maar wordt aan de EGA het (bijzonder) partnerpensioen uitgekeerd (mits opgebouwd en afgesplitst).

Het feit dat ná de pro rata afstorting ten behoeve van de EGA voor de DGA een beperkt bedrag in de B.V. beschikbaar blijft voor pensioenuitkeringen betekent bovendien ook niet dat de aanspraak op ouderdomspensioen van de DGA daadwerkelijk is verminderd. Er is slechts sprake van onderdekking. Een daadwerkelijke vermindering impliceert het (gedeeltelijk) prijsgeven van een in eigen beheer uitgevoerde pensioenaanspraak, zodat art. 19b lid 1 letter c Wet LB 1964 in beeld komt, op grond waarvan de waarde in het economische verkeer van de gehele, althans voor verwezenlijking vatbare, in de B.V. achtergebleven pensioenaanspraak in de heffing betrokken en tevens op grond van art. 30i AWR 20% revisierente in rekening wordt gebracht. Dit laatste lijkt wellicht reeds ten tijde van de afstorting aan de orde maar wordt vanuit fiscaal perspectief echter eerst beoordeeld op het moment dat het ouderdomspensioen van de DGA daadwerkelijk ingaat. Wellicht dat op laatstbedoeld moment op grond van art. 19b lid 8 Wet LB 1964, zoals geldend op 31 december 2016²¹ een belastingvrije afstempeling kan plaatsvinden, maar dat zal zo goed als zeker tot een ander resultaat leiden dan de vermindering in verband met de pensioenverevening en de in omvang beperkte afstortingsverplichting.

21 Nader uitgewerkt in het Besluit van de Staatssecretaris van financiën van 18 maart 2013, nr. BLKB 2013/27M, *Stcrt.* 2013, nr. 8018.

Gelet op bovenstaande dienen derhalve naar mijn mening de vereveningspercentages afwijkend te worden vastgesteld. De DGA en de EGA kunnen dit schriftelijk overeenkomen in een echtscheidingsconvenant of de rechter kan dit als buitenwettelijke regeling vastleggen in de beschikking. Worden de vereveningspercentages immers niet in overeenstemming met de mate van onderdekking afwijkend vastgesteld, dan kan de EGA in de toekomst een aanvullende pensioenuitkering vorderen. Dit laatste kan zich overigens ook voordoen indien, nadat aanvankelijk volledige afstorting heeft plaatsgevonden, ten tijde van expiratie van de pensioenverzekering vanwege de verkeerde uitvoering van de pensioenovereenkomst slechts een lagere pensioenuitkering kan worden aangekocht dan waarvan ten tijde van de afstorting is uitgegaan. Verevening bij helfte is immers de hoofdregel waarvan bij het ontbreken van een volgens de wet overeengekomen afwijkende verevening strikt genomen niet is afgeweken. Worden de vereveningspercentages niet aangepast dan ontstaat in feite een situatie die gelijk is aan die volgens zienswijze b: pensioenafstorting is niet een eenmalige gebeurtenis.

Wat het ten behoeve van de EGA af te splitsen bijzonder partnerpensioen betreft geldt dat dit ook op een lager bedrag dient te worden vastgesteld, waarmee de EGA dan wel op grond van art. 3a lid 6 Wvps (schriftelijk) dient in te stemmen, waarvoor een door de rechter gegeven beschikking naar mijn mening in de plaats kan komen. Ook ten aanzien van het verschil tussen de opgebouwde aanspraak op bijzonder partnerpensioen en de af te storten aanspraak op bijzonder partnerpensioen geldt dat dit niet vrijvalt maar als zodanig behouden blijft, zulks op straffe van art. 19b Wet LB 1964.

Uit het vorenstaande moge duidelijk zijn geworden dat het duiden van pensioenafstorting als een eenmalige gebeurtenis naar mijn mening tot talloze, veelal ook fiscale problemen en risico's leidt, waarvan men zich in de praktijk niet of nauwelijks bewust is.

Voor de volledigheid werk ik vorenstaande zienswijze uit aan de hand van het volgende voorbeeld.

Voorbeeld 2 Ten behoeve van Sarah wordt € 200.000 afgestort, waarvan tijde van de afstorting is berekend dat (bij ongewijzigde commerciële tarieven) een ouderdomspensioenuitkering van $140.000/350.000 \times 50\% \times € 40.000 = € 8.000$ kan worden aangekocht. Uitgedrukt in een vereveningspercentage is dit niet 50% maar 20% van de tijdens het huwelijk opgebouwde aanspraak

op ouderdomspensioen. Het bijzonder partnerpensioen komt dan uit op $60.000/150.000 \times \text{€ } 28.000 = \text{€ } 11.200$.

Hendrik heeft na de afstorting een resterende aanspraak op ouderdomspensioen in eigen beheer van $\text{€ } 40.000 - \text{€ } 8.000 = \text{€ } 32.000$. Uitgedrukt in een vereveningspercentage is dit niet 50% maar 80% van de tijdens het huwelijk opgebouwde aanspraak op ouderdomspensioen.

Hendrik heeft vervolgens op de pensioeningangsdatum twee mogelijkheden:

1. Een ouderdomspensioen van $\text{€ } 32.000$ uitkeren, zolang en uiterlijk tot het moment dat de middelen van de vennootschap op zijn.
2. Op grond van art. 19b lid 8 Wet LB 1964, zoals geldend op 31 december 2016, de ouderdomspensioenuitkering belastingvrij afstempelen en de aldus verminderde pensioenuitkering in beginsel levenslang uitkeren (en ook in dit geval uiterlijk tot het moment dat de middelen van de vennootschap op zijn).

2.6. *Pensioenafstorting is niet een eenmalige gebeurtenis*

Deze zienswijze sluit naar mijn mening naadloos 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 laatste is slechts anders in geval van conversie zoals bedoeld in art. 5 Wvps. 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 verzekerd: 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 B.V. uit te keren ouderdomspensioen dienovereenkomstig toe respectievelijk af, gelijk communicerende vaten.

Deze communicerende werking is ná afstorting in geval van echtscheiding niet anders. De Hoge Raad overweegt in zijn onderdekkingsuitspraak van 14 april 2017 bovendien uitdrukkelijk dat het dekkingstekort in beginsel zal moeten worden gedeeld *evenredig met de verhouding waartoe de verevening overeenkomstig art. 3 lid 1 Wvps leidt*.

Na afstorting zijn de volgende vier situaties denkbaar, waarbij ik tevens vermeld wat naar mijn mening de gevolgen zijn voor de pensioenuitkeringen

aan enerzijds de EGA en anderzijds de DGA om tot een evenwichtig eindresultaat te komen:

1. Op de pensioeningangsdatum is het uit het expiratiekapitaal aan te kopen ouderdomspensioen hoger dan het ouderdomspensioen dat ten tijde van de afstorting te verwachten was op basis van de toenmalige dekking van de pensioenverplichtingen in eigen beheer.
Gevolg: Het surplus aan verzekerde pensioenuitkering dient alsnog door de EGA met de DGA te worden gedeeld, behoudens en voor zover de DGA een dienovereenkomstig hogere pensioenuitkering uit de vennootschap ontvangt vanwege een toegenomen dekking van de pensioenverplichtingen.
2. Op de pensioeningangsdatum is het uit het expiratiekapitaal aan te kopen ouderdomspensioen lager dan het ouderdomspensioen dat ten tijde van de afstorting te verwachten was op basis van de toenmalige dekking van de pensioenverplichtingen in eigen beheer.
Gevolg: Het tekort dient alsnog door de vennootschap aan de EGA te worden uitgekeerd, behoudens en voor zover daardoor vanwege een afgenomen dekking van de pensioenverplichtingen de aan de DGA uit te keren pensioenuitkering lager wordt dan de verzekerde pensioenuitkering aan de EGA.
3. Op de pensioeningangsdatum is de dekking van het eigen beheer pensioen hoger dan de dekking ten tijde van de afstorting.
Gevolg: De hogere eigen beheer pensioenuitkering dient alsnog door de DGA met de EGA te worden gedeeld, behoudens en voor zover de EGA een dienovereenkomstig hogere verzekerde pensioenuitkering krijgt uitgekeerd.
4. Op de pensioeningangsdatum is de dekking van het eigen beheer pensioen lager dan de dekking ten tijde van de afstorting.
Gevolg: Een dergelijke in een lagere pensioenuitkering resulterend tekort komt uitsluitend voor rekening van de DGA, tenzij de EGA uit het expiratiekapitaal een zodanig hoge pensioenuitkering krijgt uitgekeerd dat de EGA daarmee een hogere uitkering ontvangt dan het deel van het ouderdomspensioen dat volgens de wettelijke (standaard) verevening aan de EGA toekomt.

Uiteraard kan zich daarnaast de situatie voordoen dat de DGA overlijdt. In dat geval geldt ten aanzien van het aan de EGA uit te keren partnerpensioen dat de vennootschap jegens de EGA een op het door de verzekeraar uit te keren partnerpensioen aanvullende uitkeringsverplichting heeft. Het in de vennootschap aanwezige vermogen dat tot het overlijden in beginsel

bestemd was voor uitkering van ouderdomspensioen, dient nu te worden aangewend voor (aanvullende) uitkering van het (bijzonder) partnerpensioen.

Bij het voorgaande ben ik voorbijgegaan aan eventuele vóór de huwelijksdatum en ná de echtscheidingsdatum door de DGA in eigen beheer opgebouwde aanspraken op ouderdomspensioen en ná de echtscheidingsdatum door de DGA in eigen beheer opgebouwde aanspraken op partnerpensioen. Deze pensioenaanspraken zullen dienen te worden meegenomen en meegewogen in de beoordeling van de mate waarin de dekking van de pensioenverplichtingen ter zake van de tijdens de huwelijkse periode opgebouwde pensioenaanspraken is toe- of afgenomen.

Deze zienswijze werk ik hierna met een vijftal voorbeelden uit, daarbij voortbordurend op de voorafgaande twee voorbeelden.

Voorbeeld 3

Sarah ontvangt te zijner tijd uit het afgestorte kapitaal een ouderdomspensioen van € 10.000. Dit is € 2.000 meer dan Sarah ten tijde van de afstorting verwachtte te krijgen uitgekeerd. De totale aanspraak op ouderdomspensioen van Hendrik is € 40.000, waarvan uiteindelijk blijkt dat € 10.000 is verzekerd, zodat in de vennootschap een pensioenuitkering van € 30.000 resteert. De dekking van de in de vennootschap achtergebleven pensioenverplichtingen jegens Hendrik is verbeterd. De pensioenverplichtingen zijn ten tijde van de pensioeningangsdatum commercieel te waarderen op € 600.000, waarvan € 450.000 is gedekt. Aldus kan een uitkering worden gedaan van $450.000/600.000 \times € 30.000 = € 22.500$.

De financieel verbeterde situatie in de vennootschap is aanleiding voor Sarah om te vorderen dat naast de verzekerde pensioenuitkering een pensioenuitkering door de vennootschap wordt gedaan ter grootte van € 6.250. Zowel Sarah als Hendrik hebben dan een totale pensioenuitkering van € 16.250.

Voorbeeld 4

Sarah ontvangt te zijner tijd uit het afgestorte kapitaal een ouderdomspensioen van € 6.000. Dit is € 2.000 minder dan Sarah ten tijde van de afstorting verwachtte te krijgen uitgekeerd. De totale aanspraak op ouderdomspensioen van Hendrik is € 40.000, waarvan uiteindelijk blijkt dat € 6.000 is verzekerd, zodat in de vennootschap een pensioenuitkering van € 34.000 resteert. De dekking van de in de vennootschap achtergebleven pensioenverplichtingen

jegens Hendrik is verbeterd. De pensioenverplichtingen zijn ten tijde van de pensioeningangsdatum commercieel te waarderen op € 680.000, waarvan € 450.000 is gedekt. Aldus kan een uitkering worden gedaan van $450.000/680.000 \times € 34.000 = € 22.500$.

De financieel verbeterde situatie in de vennootschap is aanleiding voor Sarah om te vorderen dat naast de verzekerde pensioenuitkering een pensioenuitkering door de vennootschap wordt gedaan ter grootte van € 8.250. Zowel Sarah als Hendrik hebben dan een totale pensioenuitkering van € 14.250.

Voorbeeld 5

Sarah ontvangt te zijner tijd uit het afgestorte kapitaal een ouderdomspensioen van € 10.000. Dit is € 2.000 meer dan Sarah ten tijde van de afstorting verwachtte te krijgen uitgekeerd. De totale aanspraak op ouderdomspensioen van Hendrik is € 40.000, waarvan uiteindelijk blijkt dat € 10.000 is verzekerd, zodat in de vennootschap een pensioenuitkering van € 30.000 resteert. De dekking van de in de vennootschap achtergebleven pensioenverplichtingen jegens Hendrik is verslechterd. De pensioenverplichtingen zijn ten tijde van de pensioeningangsdatum commercieel te waarderen op € 600.000, waarvan € 150.000 is gedekt. Aldus kan een uitkering worden gedaan van $150.000/600.000 \times € 30.000 = € 7.500$.

In deze situatie is er geen aanleiding voor herziening, omdat Sarah in beginsel recht heeft op een pensioenuitkering van € 20.000. Uit het expiratiekapitaal kan niet een pensioenuitkering met een dergelijke omvang worden aangekocht, zodat Sarah nog steeds een tekort op haar wettelijk vereveningsdeel heeft. Een eventuele hogere pensioenuitkering die daar evenwel nog onder blijft, komt Sarah toe.

Voorbeeld 6

Sarah ontvangt te zijner tijd uit het afgestorte kapitaal een ouderdomspensioen van € 6.000. Dit is € 2.000 minder dan Sarah ten tijde van de afstorting verwachtte te krijgen uitgekeerd. De totale aanspraak op ouderdomspensioen van Hendrik is € 40.000, waarvan uiteindelijk blijkt dat € 6.000 is verzekerd, zodat in de vennootschap een pensioenuitkering van € 34.000 resteert. De dekking van de in de vennootschap achtergebleven pensioenverplichtingen jegens Hendrik is verslechterd. De pensioenverplichtingen zijn ten tijde van de pensioeningangsdatum commercieel te waarderen op € 680.000, waarvan € 150.000 is gedekt. Aldus kan een uitkering worden gedaan van $150.000/680.000 \times € 34.000 = € 7.500$.

De financieel verslechterde situatie in de vennootschap is desalniettemin aanleiding voor Sarah om te vorderen dat naast de verzekerde pensioenuitkering een pensioenuitkering door de vennootschap wordt gedaan ter grootte van € 750. Zowel Sarah als Hendrik hebben dan een totale pensioenuitkering van € 6.750.

Voorbeeld 7

Hendrik overlijdt direct voorafgaand aan het moment dat het ouderdomspensioen ingaat. Sarah ontvangt uit het afgestorte kapitaal een partnerpensioen van € 5.000. De totale aanspraak op bijzonder partnerpensioen van Sarah is € 11.200, waarvan uiteindelijk blijkt dat € 5.000 is verzekerd, zodat in de vennootschap een verplichting tot uitkering van partnerpensioen ter grootte van € 6.200 resteert. De dekking van de in de vennootschap achtergebleven pensioenverplichtingen is verbeterd. De acute verplichtingen uit hoofde van het partnerpensioen zijn ten tijde van de pensioeningangsdatum commercieel te waarderen op € 400.000, die volledig zijn gedekt (aanwezige middelen zijn € 450.000).

De financieel verbeterde situatie in de vennootschap is aanleiding voor Sarah om te vorderen dat naast de verzekerde pensioenuitkering een pensioenuitkering door de vennootschap wordt gedaan ter grootte van € 6.200, zodat Sarah een totale pensioenuitkering van € 11.200 heeft.

Het is te hopen dat op korte termijn duidelijkheid over de situatie ná afstorting ontstaat. Zolang immers onduidelijkheid op dit punt blijft bestaan, verkeert de pensioenuitvoerende B.V. in onzekerheid over eventuele toekomstige pensioenuitkeringsverplichtingen jegens de EGA. Deze onzekerheid bestaat dus ook indien geen sprake is van onderdekking, aangezien afstorting vrijwel altijd plaatsvindt op een kapitaalverzekering met pensioenclausule, hetgeen een verkeerde uitvoering is van de pensioenovereenkomst van de DGA indien dit een eindloon- of middelloonregeling betreft. De daadwerkelijk te ontvangen pensioenuitkering staat alsdan 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 B.V. instellen.

2.7. Fiscaal addertje

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 pensioenmaatregelen²² op de pensioenwebsite van de belastingdienst onlangs de *Handreiking fiscale behandeling elders verzekerd pensioen* is geplaatst (www.belastingdienstpensioensite.nl). In paragraaf 5.3 van deze handreiking heeft het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen, 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 Centraal Aanspreekpunt Pensioenen 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 art. 19b Wet LB 1964. Alternatief is dat de DGA en de B.V. vooraf overeenkomen dat een dergelijk tekort niet door de B.V. hoeft te worden aangevuld.

Indien de zienswijze van het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen 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 B.V. 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.

²² Wet van 8 maart 2017, *Stb.* 2017, 115.

3. Conclusies

In geval van echtscheiding heeft de EGA in beginsel recht op afstorting van de hem of haar toekomende 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.

Indien afstorting als een eenmalige gebeurtenis dient te worden geduid, leidt dit tot talloze, veelal ook fiscale problemen en risico's, waarvan men zich in de praktijk niet of nauwelijks bewust is. In geval van onderdekking acht ik het in deze zienswijze noodzakelijk dat de vereveningspercentages zodanig worden vastgesteld dat deze aansluiten op de mate waarin de pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten van de EGA daadwerkelijk worden afgestort.

Indien afstorting niet als een eenmalige gebeurtenis dient te worden geduid, vindt in de toekomst een nadere beoordeling van de pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten van de vereveningsgerechtigde echtgenoot plaats vanwege de toekomstige waardeontwikkeling van de pensioenverzekering en de gewijzigde dekking van het pensioen in eigen beheer. Afhankelijk van de situatie die zich voordoet, vindt een passende aanpassing van de pensioenuitkering plaats.

