



# De DGA: pensioen en echtscheiding

29 april 2011

**Scheiden doet lijden. Iedereen weet het, en toch zijn echtscheidingen van alledag. Ruim 40% van alle huwelijken in ons land strandt door echtscheiding. Naar verluidt is het aantal echtscheidingen onder DGA's nog hoger. Bij zo'n scheiding is het pensioen van de DGA een complicerende factor. Dat moet verdeeld worden tussen de echtgenoten. Als die verdeling niet goed wordt afgewikkeld, kan de BV daar zelfs aan te gronde gaan.**

## **De hoofdregel: pensioenverevening door de VPS**

De Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (VPS) is per 1 mei 1995 ingevoerd en verplicht tot een verdeling van de pensioenrechten bij echtscheiding. Die wet geldt voor alle huwelijken die sindsdien door echtscheiding eindigen, ook als het huwelijk vóór mei 1995 is aangegaan. Hoofdregel van de VPS is dat het ouderdomspensioen dat tijdens de huwelijkse periode is opgebouwd, gelijkelijk (50-50) verdeeld wordt tussen de echtelieden, en dat de partner het volledige tijdens de dienstbetrekking opgebouwde partnerpensioen krijgt toegedeeld. Bij het partnerpensioen telt dus ook het opgebouwde pensioenrecht van vóór het huwelijk, bij het ouderdomspensioen niet.

## **Afzien van verevening**

Als beide echtgenoten dat willen, kan van deze verplichte verdeling worden afgeweken. Dat kan geregeld worden in de huwelijksvoorwaarden, of bij het echtscheidingsconvenant. De echtgenoten kunnen afzien van pensioenverevening, of een andere verdeling dan 50-50 afspreken. Zo kan bijvoorbeeld ook het ouderdomspensioen dat vóór het huwelijk is opgebouwd, meegenomen worden in de verevening. Vrijheid, blijheid dus, mits beide echtgenoten daar mee akkoord zijn. Let op: regelingen in huwelijkse voorwaarden, die zijn opgemaakt vóór de ingangsdatum van de Wet VPS, hebben in beginsel geen rechtskracht voor wat betreft de pensioenverevening. Een lagere rechter heeft hier onlangs een uitzondering op gemaakt en beslist dat als in oude huwelijkse voorwaarden het verdelen van pensioen uitdrukkelijk is uitgesloten, dat uitgelegd moet worden als het buiten toepassing verklaren van de Wet VPS. De schriftelijke vastlegging – de formulering – in de huwelijkse voorwaarden is hierbij beslissend.

## **Fiscale aspecten verevening**

De ex-echtgenoot van de pensioengerechtigde (de pensioengerechtigde is in deze bijdrage steeds de DGA) krijgt bij een reguliere verevening een voorwaardelijk recht op een toekomstige pensioenuitkering. Pas als de DGA met pensioen gaat, krijgt zijn ex-echtgenoot de helft daarvan. Dat betekent voor de vereveningsgerechtigde (dat is in deze bijdrage steeds de vrouw van de DGA) een levenslange financiële afhankelijkheid: voor wat betreft het ingangstijdstip van haar deel van de pensioenuitkeringen, maar ook voor bijvoorbeeld de variatie in uitkeringen. Daar komt bij dat de uitvoerder van de pensioenregeling – dat is de verzekeringsmaatschappij, of, bij pensioenopbouw in eigen beheer, de BV – de pensioenuitkeringen volledig zal uitbetalen aan de pensioengerechtigde, aan de DGA. Die moet op zijn beurt de helft van het ouderdomspensioen doorbetalen aan zijn ex-echtgenoot. De DGA moet de volledige pensioenuitkering tot zijn inkomen rekenen, het doorbetaalde gedeelte van het pensioen kan hij als persoonsgebonden aftrekpost in mindering brengen op zijn inkomen. De vereveningsgerechtigde moet de van haar ex ontvangen

pensioenuitkering in box 1 aangeven als periodieke uitkering.

Deze levenslange financiële afhankelijkheid is voor velen onaanvaardbaar.

De vereveningsgerechtigde, de vrouw, kan haar rechtspositie verstevigen door zich binnen twee jaar na inschrijving van het echtscheidingsvonnis te melden bij de pensioenuitvoerder. Die uitvoerder is dan verplicht om de pensioenuitkering rechtstreeks aan haar uit te betalen. De betalingen lopen dan niet meer over de ex-echtgenoot. Dat is winst, maar toch blijkt dat in ruim 60% van de echtscheidingen deze melding niet (tijdig) wordt gedaan.

De vereveningsgerechtigde kan haar positie verder versterken door pensioenconversie.

Conversie houdt in dat het voorwaardelijk recht op het halve ouderdomspensioen plus het recht op partnerpensioen worden omgezet in een eigen zelfstandig recht op een ouderdomspensioen. De vrouw gaat dan als het ware zelfstandig deelnemen aan de pensioenregeling van de DGA: zij krijgt een eigen pensioenrecht, waarover zij zelf kan beslissen, bijvoorbeeld voor wat betreft het ingangstijdstip van de uitkeringen.

Door conversie zijn de echtgenoten definitief van elkaar af, en dat was toch de bedoeling van de echtscheiding. Toch stuit conversie vaak op bezwaren, vooral bij de DGA: als de vereveningsgerechtigde kort na de conversie komt te overlijden, komt de helft van het ouderdomspensioen niet meer terug bij de DGA, terwijl dat bij de standaardverevening wél het geval is.

### **Pensioen in eigen beheer**

Als de DGA pensioen in eigen beheer opbouwt en gaat scheiden, zal er ook verevend moeten worden (tenzij de echtgenoten die verevening uitsluiten: zie hiervoor onder afzien van verevening). Bij verevening van pensioen in eigen beheer zit de vereveningsgerechtigde in een lastig parket: het pensioen zit in de BV van de ex-echtgenoot en die kan met allerlei snode plannen en ingrepen de waarde van haar pensioenrechten uithollen. Exen van DGA's vinden dat ongewenst: zij eisen dat het hun toekomstige pensioenkapitaal wordt afgestort bij een professionele verzekeraar.

SCHAT, DOOR DIE VPS GAAT DE BV ERAAN. DAT KAN TOCH NIET JE BEDOELING ZIJN?



Is de DGA verplicht om dat te doen? De Hoge Raad, ons hoogste rechtscollege, heeft die vraag in een principieel arrest van februari 2007 bevestigend beantwoord. De Raad oordeelde: "De eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhoudingen tussen de ex-echtgenoten beheersen, zullen in het algemeen meebrengen dat de tot verevening verplichte echtgenoot die als directeur en enig aandeelhouder de rechtspersoon beheerst waarin de te verevenen pensioenaanspraak is ondergebracht, dient zorg te dragen voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar van het kapitaal dat nodig is voor het aan de andere echtgenoot toekomstige deel van de pensioenaanspraak".

Toch zijn er uitzonderingen, zo blijkt uit datzelfde arrest: "De beantwoording van de vraag of daarop (de

afstorting) 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 vereveningsplichtige (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 verbonden is, in gevaar te brengen". De conclusie is kort gezegd: afstorting is verplicht, tenzij de BV, de onderneming, daardoor op een faillissement afstevent.

### ***Wat moet er worden afgestort?***

Daarmee ontstaat een volgend probleem: wat moet er worden afgestort? Is dat de koopsom die een professionele verzekeraar wil hebben om die pensioenverplichtingen af te dekken, of is dat een evenredig gedeelte van de fiscale balanswaarde van de pensioenverplichtingen?

Ook die vraag is door de Hoge Raad beantwoord: er moet uitgegaan worden van het werkelijk benodigde kapitaal om de pensioenverplichting af te dekken.

Dat oordeel kan voor de DGA en zijn BV bijzonder duur uitpakken. Door de recente daling van de marktrente rekenen professionele verzekeraars al lang niet meer met een rekenrente van 4%. En die rekenrente moet de BV wel verplicht aanhouden bij de fiscale waardering van haar pensioenverplichtingen. Daarnaast mag de BV – op grond van rechtspraak en wetgeving – bij de waardering van de pensioenverplichtingen geen rekening houden met een toegezegde na-indexatie van de pensioenuitkeringen, met leeftijdsterugstellingen en met het risico van vooroverlijden. De professionele verzekeraar neemt al deze elementen wél mee bij de berekening van de benodigde koopsom om de pensioenverplichtingen gedekt te houden.

Daardoor is de commerciële waarde van de pensioenverplichtingen veel hoger dan de fiscale waarde, soms wel het dubbele bedrag! En dat merkt de DGA als zijn BV het aan zijn ex toekomstige gedeelte van de pensioenrechten moet afstorten bij de verzekeraar: dat leidt in de BV tot een fors verlies. Als gevolg daarvan dalen de aandelen in de BV in waarde. En dat kan weer tot een voordeel leiden als de DGA niet alleen zijn pensioenrechten, maar ook zijn overige vermogensbestanddelen moet delen met zijn ex-echtgenote. Een schrale troost....