

Afstorten pensioen in eigen beheer bij echtscheiding

Samenvatting

Op 9 februari 2007 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan in een zaak waarbij afstorten van de helft van het door een Directeur Grootaandeelhouder (hierna DGA) in eigen beheer opgebouwd pensioen werd geëist. Deze eis is door de Hoge Raad gehonoreerd. Voortaan is het credo bij echtscheiding afstorten tenzij...

Pensioenafwikkeling bij echtscheiding

Op grond van artikel 19a lid d van de Wet op de Loonbelasting 1964, mag een DGA een pensioen in eigen beheer opbouwen. Eigen beheer wil zeggen, dat de directeur-grootaandeelhouder een voorziening mag aanbrengen op zijn ondernemingsbalans en op die manier in zijn BV een spaarpotje voor de oude dag mag reserveren.

Civiel juridisch valt de DGA niet onder de Pensioenwet (hierna PW), fiscaal gezien verandert er ten opzichte van de Pensioen en Spaarfondsenwet niets om in eigen beheer voor de oude dag te reserveren. Met de invoering van de PW is wel artikel 3a van de Wet Verevening Pensioenaanspraken bij Scheiding (hierna WVPS) aangepast, aangezien de ex-partner van de DGA anders geen aanspraak op bijzonder nabestaandenpensioen meer zou hebben. De DGA valt immers niet onder de PW waarin dit geregeld wordt.

Er zijn verschillende manieren om het ouderdompensioen en nabestaandenpensioen bij echtscheiding af te wikkelen. Boon/Van Loon, verevening en conversie. Deze worden hierna omschreven.

Boon/Van Loon

Op 27 november 1981 is dit arrest door de Hoge Raad gewezen. Indien er sprake is van gemeenschap van goederen bij het huwelijk, vallen de waarde van het ouderdompensioen en de waarde van het bijzonder nabestaandenpensioen in de gemeenschap. Als het huwelijk eindigt moet bij de scheiding en deling van de gemeenschap het totaal van beide waarden tussen de ex-partners worden verdeeld. Omdat de waarde van het ouderdompensioen hoger is dan de waarde van het bijzonder nabestaandenpensioen, moet de man de helft van het verschil aan de vrouw uitbetalen.

Een rekenvoorbeeld verduidelijkt dit:

Man en vrouw zijn gehuwd in gemeenschap van goederen.

Geboortedatum (man)	25-04-1956
Geboortedatum (ex) partner (vrouw)	03-07-1960
Datum indiensttreding	01-12-1982
Berekeningsdatum (echtscheidingsdatum)	01-05-2007
Huwelijksdatum	01-06-1980
Pensioenleeftijd	65 jaar
Opgebouwde aanspraken ouderdompensioen	€ 15.000
Opgebouwde aanspraken nabestaandenpensioen	€ 10.500

	Uitkering	waarde
Ouderdompensioen	€ 15.000	€ 100.955
Bijzonder nabestaandenpensioen	€ 10.500	€ 35.325
	=====	
Totaal	€ 136.280	

Beide partners hebben recht op de helft van de totale waarde. Dit is € 68.140.
De vrouw heeft al het recht op het bijzonder nabestaandenpensioen. De waarde hiervan is € 35.325. Zij krijgt nog € 32.815 aan ouderdomspensioen.
De man houdt hierbij meer dan de helft van zijn ouderdomspensioen over.

De Boon/Van Loon verrekening werd tot 1 mei 1995, de datum van invoering van de Wet Verevening Pensioenaanspraken bij Scheiding (hierna WVPS), toegepast. Met de invoering van de WVPS is de Boon/Van Loon methode naar de achtergrond geschoven, maar kan op verzoek van ex-partners nog steeds worden toegepast.
Bij afrekenen op grond van het Boon/Van Loon arrest werden niet alleen de aanspraken tijdens het huwelijk, maar ook de aanspraken op ouderdomspensioen voor het huwelijk meegenomen. Indien er een lange voor huwelijkse periode was, kon dit nadelig uitpakken. De afwikkeling kon en kan nog steeds in de vermogenssfeer plaatsvinden. Wanneer deze methode wordt toegepast komt er een einde aan de invloed die de DGA op de aanspraken (op ouderdomspensioen en bijzonder nabestaandenpensioen) van zijn ex-partner heeft.

Verevening

Sinds 1 mei 1995 worden pensioenen bij echtscheiding in principe conform de WVPS afgewikkeld. In de WVPS, is in artikel 2 lid 1 ten aanzien van het ouderdomspensioen geregeld dat de gedurende het huwelijk opgebouwde aanspraken op ouderdomspensioen worden verevend. De WVPS is regelend recht, men mag bij huwelijkse voorwaarden of convenant afwijken van deze verdeling.

Verevening houdt in dat de vereveningsgerechtigde echtgenoot een voorwaardelijk recht op de helft van het tijdens de huwelijkse periode opgebouwde ouderdomspensioen van de vereveningsplichtige echtgenoot krijgt. De term voorwaardelijk geeft aan dat aan het verkrijgen van deze pensioenaanspraken voorwaarden zijn verbonden. De voorwaarde is dat de pensioengerechtigde en de vereveningsgerechtigde nog in leven zijn op de pensioeningangsdatum. Is de vereveningsgerechtigde overleden voor of na pensioeningangsdatum, dan wast het verevende pensioen weer aan bij de pensioengerechtigde en heeft hij/zij het volledige ouderdomspensioen weer terug.

Naast het voorwaardelijk recht op ouderdomspensioen, ontstaat er tevens een tijdsevenredige aanspraak op nabestaandenpensioen. Dit was tot 1 januari 2007 geregeld in artikel 8a van de Pensioen en Spaarfondsenwet. Met de invoering van de PW, is dit in artikel 57 PW geregeld en is de term nabestaandenpensioen door partnerpensioen vervangen. Immers ook (ongehuwde) partners hebben onder de PW recht op partnerpensioen. Dit partnerpensioen wordt bij echtscheiding omgezet in een bijzonder nabestaandenpensioen¹. Het bijzonder nabestaandenpensioen is voor de ex-partner. Overlijdt de vereveningsplichtige partner voor of na pensioeningangsdatum, dan stopt de uitkering van het verevende ouderdomspensioen en treedt het bijzonder nabestaandenpensioen daarvoor in de plaats.

In deze beschrijving, gaan we voorbij aan het feit dat veel partnerpensioenen op risicobasis zijn verzekerd, waardoor het recht op bijzonder nabestaandenpensioen wel bestaat, maar beslist niet in alle gevallen tot een uitkering leidt. In het voorgaande zijn we er vanuit gegaan dat het bijzonder nabestaandenpensioen op opbouwbasis is

¹ In de situatie van de DGA zal de term nabestaandenpensioen gehanteerd worden, aangezien de DGA buiten de PW valt en de term partnerpensioen voor de DGA (nog) geen officiële status heeft.

verzekerd. In de situatie van de DGA, die zichzelf in veel gevallen een traditionele eindloonregeling heeft toegezegd, is er sprake van een tijdsevenredige aanspraak op bijzonder nabestaandenpensioen bij vooroverlijden.

Hetzelfde rekenvoorbeeld maar nu met toepassing van verevening

Man en vrouw zijn gehuwd in gemeenschap van goederen.

Geboortedatum (man)	25-04-1956
Geboortedatum (ex) partner (vrouw)	03-07-1960
Datum indiensttreding	01-12-1982
Berekeningsdatum (echtscheidingsdatum)	01-05-2007
Huwelijksdatum	01-06-1980
Pensioenleeftijd	65 jaar
Opgebouwde aanspraken ouderdompensioen	€ 15.000
Opgebouwde aanspraken nabestaandenpensioen	€ 10.500

Uitkering

Ouderdompensioen	€ 7.500
Bijzonder nabestaandenpensioen	€ 10.500

Het feit dat de DGA de pensioentoezegging niet hoeft onder te brengen bij een professionele verzekeraar, heeft tot voor kort bij echtscheiding er toe geleid dat verevende aanspraken in de regel niet buiten de eigen beheer situatie werden onder gebracht. De ex-partner van de DGA had beperkt juridische mogelijkheden om dit te eisen. Enkel in de situatie dat er van aantoonbaar wanbeleid sprake zou zijn, was dit incidenteel mogelijk.

In de afgelopen jaren is civielrechtelijke jurisprudentie ontstaan over de vraag of bij scheiding, het nabestaandenpensioen en/of het vereveningsplichtige deel van het ouderdompensioen ten behoeve van degene die geen zeggenschap heeft in de BV verplicht dient te worden afgestort. In het Rensing/Polak arrest² heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de pensioenrechten die in de eigen BV gereserveerd zijn voor de ex-echtgenoot verplicht afgestort moeten worden. Volgens de Hoge Raad kan niet van de ex-echtgenoot worden gevergd dat de pensioenrechten in de BV blijven, die beheerd wordt door DGA (ex-partner).

Anders was dit met betrekking tot de aanspraken die de ex-partner van de DGA zelf in eigen beheer had opgebouwd.

Deze aanspraken moesten wel afgestort worden bij een door deze ex-partner aan te wijzen externe partij. Dit kan behoudens een verzekeraar ook een eigen BV zijn.

Het feit dat de ex-partner de DGA niet tot afstorten van de verevende aanspraken kon dwingen, behoudens de situatie van aantoonbaar wanbeleid, leidde in de praktijk tot een situatie waarbij de ex-partner maar af moest wachten of en zo ja, hoe hoog de verevende aanspraken op het voorwaardelijk ouderdompensioen op de pensioeningangsdatum van de vereveningsplichtige zouden zijn. Het beheer en daarmee het beleggingsbeleid van de onderneming waren in handen van de DGA, tevens ex-partner.

De ex-partner had alleen de mogelijkheid om via de publicatiecijfers bij de Kamer van Koophandel het beleid van de onderneming en daarmee de pensioenvoorziening op

² HR 19 januari 1996, PJ 1996, 71 Rensing/Polak.

afstand summier te volgen. Deze mogelijkheid ging op indien de BV waar de pensioenvoorziening van de ex-partner was ondergebracht publicatieplichtig was. Betrof het hier een aparte pensioen BV die vanaf 1999 was vrijgesteld van publicatie³, dan diende zij bij weigering van de DGA tot informatieverstrekking gerechtelijke stappen te ondernemen.

Conversie

In geval van conversie verkrijgen beide ex-partners een eigen zelfstandige aanspraak op ouderdomspensioen. De rechten op het bijzonder nabestaandenpensioen (voor zover deze er zijn) en de voorwaardelijke rechten op het gedurende het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen, worden omgezet in een eigen recht op ouderdomspensioen voor de vereveningsgerechtigde. Conversie is een afwijking van de verdeling volgens de WVPS.

Wanneer voor conversie wordt gekozen, verkrijgt de vereveningsgerechtigde een zelfstandig recht op ouderdomspensioen. Het bijzonder nabestaandenpensioen komt daarmee te vervallen.

Hetzelfde rekenvoorbeeld maar nu met toepassing van conversie

Man en vrouw zijn gehuwd in gemeenschap van goederen.

Geboortedatum (man)	25-04-1956
Geboortedatum (ex) partner (vrouw)	03-07-1960
Datum indiensttreding	01-12-1982
Berekeningsdatum (echtscheidingsdatum)	01-05-2007
Huwelijksdatum	01-06-1980
Pensioenleeftijd	65 jaar
Opgebouwde aanspraken ouderdomspensioen	€ 15.000
Opgebouwde aanspraken nabestaandenpensioen	€ 10.500

	uitkering	waarde
Ouderdomspensioen	€ 7.500	€ 45.139
Bijzonder nabestaandenpensioen	€ 10.500	€ 35.326
		=====
Totaal		€ 80.465

Dit geeft aanspraak op een eigen recht op ouderdomspensioen ten behoeve van de vereveningsgerechtigde bij in leven zijn op 01-07-2025 per jaar van € 11.603

Bij conversie had de ex-partner van de DGA de mogelijkheid om de aanspraken op het zelfstandig ouderdomspensioen onder te brengen bij een eigen pensioen BV, een verzekeraar of in te brengen in een andere eigen pensioenregeling (waardeoverdracht).

³ Een pensioen BV dient aan de volgende voorwaarden te voldoen om vrijgesteld te worden van publicatieplicht:

- de stukken die gepubliceerd zouden zijn, moeten op verzoek van de schuldeisers en/of aandeelhouders onmiddellijk en kosteloos worden toegezonden of ter inzage worden gelegd op het kantoor van de BV;
- een accountant moet bij het handelsregister een verklaring deponeren, waarin deze verklaart dat er geen werkzaamheden zijn verricht buiten de doelomschrijving van de rechtspersoon en dat artikel 2:396, lid 8 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing is op de rechtspersoon.

In al deze gevallen waren de aanspraken en het beheer daarvan buiten de invloedssfeer van de DGA gebracht.

Pensioenafwikkeling bij echtscheiding en de DGA na 9 februari 2007

Tot 9 februari 2007 was de hiervoor geschetste situatie, indien de DGA niet bereid was mee te werken aan afstorten van verevend pensioen of conversie, dan wel dat er een afwijkende verdeling werd afgesproken tussen beide ex-partners, gemeen goed.

De verplichting tot tussentijdse informatieverstrekking kon niet op grond van de WVPS of de PSW worden afgedwongen. Aangezien de DGA niet onder de PW valt, hebben de verdergaande eisen met betrekking tot informatievoorziening ten aanzien van in ieder geval het bijzonder nabestaandenpensioen in de PW geen effect op de positie van de ex-partner van de DGA.

Op 9 februari 2007 heeft de Hoge Raad⁴ een ex-partner in het gelijk gesteld in haar verzoek tot afstorten van de verevende aanspraken op ouderdomspensioen. De methodieken zijn ongewijzigd.

Het arrest

De man en de vrouw zijn op huwelijkse voorwaarden gehuwd geweest. Gedurende het huwelijk heeft de man pensioen in eigen beheer opgebouwd. Het beheer van de voorziening was bij een aparte pensioen BV ondergebracht.

De vrouw heeft binnen twee jaar na de echtscheiding de vereveningsformulieren aan de BV van de man gestuurd.

De vrouw is de mening toegedaan dat het beheer van de pensioengelden door de man onvoldoende is en haar aanspraken in gevaar komen.

De vrouw kan op grond van de WVPS de man niet dwingen om zowel haar voorwaardelijke rechten op ouderdomspensioen, als haar rechten op bijzonder nabestaandenpensioen buiten de BV van de man onder te brengen (de verplichting tot afstorten bestaat niet). Echter partijen waren overeengekomen dat de man tot afstorten van de te verevenen aanspraken zou overgaan.

De vrouw heeft in cassatie een tweetal vorderingen ingesteld:

De veroordeling van de BV van de man om het kapitaal dat nodig is voor de voorwaardelijke aanspraken op voorwaardelijk ouderdomspensioen en bijzonder nabestaandenpensioen af te zonderen en af te storten bij een door haar aan te wijzen (levens)verzekeringsmaatschappij;

Subsidiair de vordering tot veroordeling van de BV van de man om een zodanige voorziening te treffen dat de aanspraken van de vrouw optimaal gewaarborgd zijn.

Voorafgaand aan dit vonnis, had de Hoge Raad reeds op 12 maart 2004⁵ een tussenvonnis gewezen.

Haar overwegen waren als volgt:

De vrouw heeft destijds gesteld dat de BV van de man als pensioenuitvoerder al jaren structureel onvoldoende zorg besteed aan de dekking van de benodigde pensioenreservering, zodat zij vreest dat haar aanspraken illusoir zullen blijken te zijn. De man is DGA van de BV.

⁴ Hoge Raad, 9 februari 2007, nr. R06/021 HR

⁵ C02/319

De keuze die de man destijds heeft gemaakt om zijn pensioenvoorziening in eigen beheer te houden, impliceert dat een aantal beschermende bepalingen en rechten die uit de PSW voortvloeien buiten beschouwing blijven. Volgens de Hoge Raad volgt daar dan niet automatisch uit dat de vrouw het risico dat voortvloeit uit de gedragingen van de man (lees: Het door hem gevoerde beleid), behoeft te aanvaarden.

Het Hof Arnhem heeft de man bij beschikking van 24 november 2005, hersteld bij beschikking van 2 maart 2006 veroordeeld tot het afstorten van de helft van de (fiscale)eigen beheer reserve bij verzekeraar Legal & General, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 24 november 2005 tot het moment dat deze verzekeraar het bedrag heeft ontvangen. De man heeft tegen deze beschikking van het Hof Arnhem beroep in cassatie ingesteld.

Op 9 maart 2007 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan. Zij verwerpt het incidentele beroep van de man.

De man is van mening dat de onderneming op dit moment niet in staat is de pensioenaanspraak van de vrouw te voldoen. De Hoge Raad oordeelt als volgt:

De eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen, zullen in het algemeen meebrengen dat de tot verevening verplichte echtgenoot die als DGA de rechtspersoon beheerst, waarin de te verevenen pensioenaanspraak is ondergebracht, dient zorg te dragen voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar van het kapitaal dat nodig is voor het aan de andere echtgenoot toekomende deel van de pensioenaanspraak. Alleen wanneer de vereveningsplichtige echtgenoot hard kan maken dat door het voldoen aan deze afstortverplichting de continuïteit van de bedrijfsvoering in gevaar komt, kan hij hiervan vrijgesteld worden.

Het gaat hierbij om de te verevenen ouderdomspensioenaanspraken. In het arrest wordt over de aanspraak van de vrouw op nabestaandenpensioen niet gerept. De vrouw lijkt dit ook niet in haar eis te hebben meegenomen. De Hoge Raad verplicht de man om de helft van zijn in eigen beheer opgebouwde pensioenvoorziening af te storten.

Het arrest kan ook consequenties hebben voor echtscheidingen uit het verleden, waarbij verevende aanspraken op grond van vermeende liquiditeitsproblemen niet hebben plaatsgevonden.

Afstorten pensioenvoorziening onrechtvaardig ?

In de voorgaande casus hebben we gezien dat de Hoge Raad de man heeft verplicht om de helft van zijn pensioenvoorziening af te storten. Op zichzelf is dit vreemd, aangezien het arrest spreekt over de aanspraken van de vrouw. De actuariële grondslagen die de Hoge Raad gehanteerd heeft zijn onduidelijk.

De pensioenaanspraken van de vrouw vertegenwoordigen immers een veel hogere waarde dan de helft van de pensioenvoorziening. De waardering op de balans van de BV van de pensioenvoorziening gebeurt volgens fiscale waarderingsmaatstaven. Deze zijn veel lager dan wat het werkelijk kost om een aanspraak bij een professionele pensioenverzekeraar onder te brengen. Actuarieel wordt bij de berekening van de voorziening in eigen beheer rekening gehouden met een rekenrente van 4% en mogen

op de toegepaste (recente) sterftetafels geen leeftijdsterugstellingen gehanteerd worden.

Wanneer de aanspraken bij een pensioenverzekeraar worden ondergebracht, is deze verplicht een rekenrente van 3% toe te passen en zal over het algemeen wel met leeftijdsterugstellingen rekening worden gehouden. Daarnaast kent een verzekeraar nog diverse kostenopslagen.

Dit betekent dat een DGA die verplicht wordt tot het afstorten van de verevende aanspraken van de ex-partner het risico loopt om meer dan de helft van zijn in eigen beheer opgebouwde voorziening af te moeten storten. De rechtvaardigheidsgrond voor deze consequentie van het arrest van de Hoge Raad is niet duidelijk.

Overigens dienen financieel adviseurs de DGA goed te begeleiden bij de redactie van de polisopmaak, indien verevende rechten afgestort worden. Bij vooroverlijden van de ex-partner vloeien de aanspraken immers weer terug naar de DGA.

Behalve de verplichting tot afstorten van meer dan de helft van de pensioenreserve, kan zich ook nog de complicatie van het liquiditeitsprobleem voordoen.

Veel DGA's hebben de liquiditeiten in de onderneming geïnvesteerd of hebben deze in het geheel niet. Een pensioenreservering in eigen beheer is in veel situaties een boekhoudkundige aangelegenheid. Op pensioeningangsdatum kan er in dat geval sprake zijn (onder bepaalde voorwaarden) van een niet voor realisatie vatbare aanspraak.

Conclusie

Met het arrest van 9 februari 2007 zet de Hoge Raad de hoofdregel neer dat de vereveningsaanspraak ten aanzien van in eigen beheer gehouden pensioen moet worden afgestort tenzij de middelen ontbreken en er ook geen andere mogelijkheid is om deze vrij te maken, zonder dat de continuïteit van de onderneming in gevaar gebracht wordt. Op dit moment kan dat zelfs zover gaan dat de DGA in privé kan worden aangesproken of dat hij een lening moet aangaan indien er vermogen in vastgoed zit. De gedragingen van de DGA, zijn gevoerde beleid in de onderneming, worden als onaanvaardbaar risico voor de ex-partner gezien door de Hoge Raad. Zij gaat daarmee heel ver.

Ex-partners van DGA's die in het verleden slachtoffer van de onwil of onmogelijkheid van de DGA hun verevende rechten niet buiten diens invloedssfeer hebben kunnen laten onderbrengen, lijken met dit arrest een stevige basis in handen te hebben om alsnog om afstorting te verzoeken. De Hoge Raad heeft immers de redelijkheid en billijkheid zwaar laten meewegen in haar arrest.

Hoewel er in het arrest niet over het bijzonder nabestaandenpensioen wordt gesproken, ligt het in de lijn der verwachting dat ook veiligstellen door middel van afstorten tot de realiteit zal gaan behoren.

De DGA loopt het risico om het grootste deel van zijn eigen beheer reserve af te moeten storten. Dat is naar mijn mening niet rechtvaardig. De DGA wordt hiermee slachtoffer van een te ver doorgeslagen arrest. Een realistischer verdeling zou het afstorten van de helft van de pensioenvoorziening zijn eventueel door conversie toe te passen. Partijen zijn dan geheel "los" van elkaar.

De keerzijde, de ex-partner van de DGA, heeft geen mogelijkheid om haar verevende rechten buiten de invloedssfeer van de DGA te plaatsen, leidt tot een ongewenste

verbondenheid (en afhankelijkheid) van deze DGA, terwijl de bedoeling van de echtscheiding is dat er aan de verbintenis een einde komt.

DGA's doen er goed aan om voor het aangaan van een huwelijk of geregistreerd partnerschap in ieder geval over de afwikkeling van pensioenaanspraken bij echtscheiding na te denken. Tussentijds aanpassen van huwelijkse voorwaarden is ook een mogelijkheid, maar zal gevoelig kunnen liggen. In alle bestaande situaties zal via mediation naar een voor alle partijen realistische afwikkeling van de pensioenen gewerkt moeten worden. Dit in samenhang met de gehele financiële afwikkeling van de echtscheiding. Of op termijn de afstortingsverplichting zo ver gaat als hiervoor beschreven moet nog blijken.

De komende maanden zullen tot "spannende" situaties kunnen leiden wanneer advocaten, accountants en financieel planners zich van de mogelijkheden ten aanzien van pensioenafwikkeling bij echtscheiding van de DGA ten volle bewust worden.