

Geen garantie meer op uitgestelde verevende DGA-pensioenen!

DRS. I.E. LEENE-HOEDEMAEKER MPLA EN ING. F.A. SCHÄFFERS MPLA FFP

Het zal u niet ontgaan zijn dat er in pensioenland op dit moment veel aan de hand is. We ondervinden daar dagelijks de consequenties van. Op een van de consequenties willen wij u in het bijzonder wijzen. Het gaat hier om het afstorten van de verevende pensioenaanspraken en de aanspraken op bijzonder nabestaandenpensioen van een directeur-groootaandeelhouder, die in eigen beheer zijn of worden gehouden.

Sinds 2007 is de hoofdregel bij echtscheiding van een directeur-groootaandeelhouder (DGA), indien deze zijn pensioen in eigen beheer heeft opgebouwd, dat de verevende aanspraken op ouderdomspensioen samen met de aanspraken op bijzonder nabestaandenpensioen, conform het arrest van de Hoge Raad,¹ dat nog eens uitgebreid is bekrachtigd in 2009² buiten de invloedssfeer van de BV worden gebracht. Indien in de pensioenbrief³ een andere afwikkeling bij echtscheiding is opgenomen, is deze van toepassing. Ook kunnen partijen bij huwelijkse voorwaarden, convenant of een vaststellingsovereenkomst afwijken van deze hoofdlijn.

Verevening en conversie

Verevening

Partijen kunnen verevening afspreken of conversie overeenkomen. Bij verevening blijft er een binding tussen de DGA en hetgeen er met de verevende aanspraken op ouderdomspensioen gebeurt. Verevenen betekent immers dat de gewezen echtgenote⁴ een voorwaardelijk (de DGA moet in leven zijn op pensioeningangsdatum) recht op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen verkrijgt. Daarnaast heeft de gewezen echtgenote recht op een tijdsevenredige aanspraak op bijzonder nabestaandenpensioen (dit is gerelateerd aan het einde van het huwelijk en is het gehele tot die datum opgebouwde nabestaanden-

pensioen, dat alleen door een eerder huwelijk gekort kan zijn).

Deze rechten zijn aanspraken (jaarlijkse uitkeringen), die bij het afstorten moeten worden gegarandeerd. Het kapitaal om dit te doen, wordt door een verzekeraar berekend.

Conversie

Indien partijen voor conversie kiezen worden de verevende aanspraken omgezet in een eigen zelfstandig recht van de gewezen echtgenote. De koppeling tussen de DGA en zijn verevende ouderdomspensioen is dan niet meer van toepassing. De gewezen echtgenote verkrijgt een op actuariële gronden (fiscale of anderszins, daar is nog wel eens discussie over), een kapitaal mee uit de BV. Bij een verzekeraar van haar of zijn keuze kan dan een eigen aanspraak op een levenslang ouderdomspensioen op haar of zijn leven worden aangekocht. Het kapitaal ligt vast, maar de hoogte van de uitkering (nog) niet.

De praktijk

Wanneer de pensioenaanspraken van een DGA op basis van commerciële grondslagen bij verevening worden afgestort, betekent dit in veel van de gevallen dat er nu een bedrag gestort wordt bij een pensioenverzekeraar. De pensioenaanspraken, welke toekomen aan de vereveningsgerechtigde per datum echtscheiding, maar tot uitkering komen op de pensioenleeftijd van de DGA, worden op deze wijze buiten de invloedssfeer van de BV gebracht. Dit geldt zowel voor het verevend ouderdomspensioen als het bijzonder nabestaandenpensioen. Deze uitkeringen worden in principe gegarandeerd door de pensioenverzekeraar.

1 Hoge Raad 9 februari 2007, LJN AZ2658.

2 Hoge Raad 20 maart 2009, LJN BG9458

3 Hierin is de pensioentoezegging aan de DGA uitgewerkt.

4 Hier kan zowel een man als een vrouw bedoeld zijn.

Voorbeeld

Peter is DGA van ABC Holding B.V. hij heeft € 40.000 aan ouderdomspensioen in eigen beheer opgebouwd. Tevens is er voor zijn vrouw Saskia een bijzonder nabestaandenpensioen van € 28.000 toegezegd per ultimo 2010. Het gehele pensioen is tijdens het huwelijk opgebouwd.

Zij gaan scheiden. Saskia verlangt afstorting van haar aanspraken bij een pensioenverzekeraar. Peter bepaalt dat dit verzekeraar XYZ wordt. Deze verzekeraar heeft berekend dat er een pensioenkapitaal van € 260.000 nodig is om het verevende ouderdomspensioen van € 20.000 en het bijzonder nabestaandenpensioen van € 28.000 uit te kunnen keren.

Tot voor kort waren er nog diverse verzekeraars die dergelijke gegarandeerde pensioenaanspraken wilden verzekeren op grond van een op de datum van afstorting berekend kapitaal. De spoeling wordt nu echter heel dun. Inmiddels is er weer een aantal verzekeraars die op grond van de huidige problemen in pensioenland zoals de onzekerheid op de financiële markten, de lage rentestanden en de onzekerheid over het economisch herstel, niet langer uitkeringen garanderen, maar alleen nog de verzekerde kapitalen. Het is afwachten hoe lang verzekeraars die dit nu nog wel doen, deze producten ook in de toekomst blijven aanbieden. Zij zullen daar vermoedelijk wel een prijs in de vorm van een hoger tarief (een hoger kapitaal) voor rekenen.

Voor direct ingaande pensioenen kunnen de uitkeringen wel gegarandeerd worden. Het kapitaal wordt immers met de uitgangspunten van nu berekend.

Consequenties bij verevening

Het voorgaande betekent dat wanneer op basis van verevening een pensioenaanspraak verzekerd wordt bij een verzekeraar, deze met de uitgangspunten van nu, slechts een kapitaal verzekert dat op basis van de huidige grondslagen nodig is om deze pensioenaanspraken op de pensioendatum van de DGA te kunnen aankopen. Het verzekerde kapitaal wordt gegarandeerd op einddatum van de verzekering. De einddatum is het bereiken van de pensioenleeftijd van de DGA of overlijden.

Op de einddatum van de verzekering zal op grond van het aanwezige pensioenkapitaal opnieuw de hoogte van de uitkeringen berekend worden, met de grondslagen van dat moment. De marktrente, de gehanteerde sterftetafels en de kostenopslagen kunnen dan geheel anders zijn dan op het moment van afsluiten van de pensioenverzekering.

Dit kan zowel positief als negatief uitwerken. Het voorgaande betekent dat er geen zekerheid meer bestaat over de hoogte van het verevend ouderdomspensioen en ook niet meer over de hoogte van het bijzonder nabestaandenpensioen. Is bijstorting vereist bij een tekort aan pensioenkapitaal en vloeit er bij een overschot aan pensioenkapitaal geld terug naar de BV?

Voorbeeld

De offerte van verzekeraar XYZ is verlopen. Peter vraagt een actuele offerte. De verzekeraar berekent dat er per heden een pensioenkapitaal van € 260.000 nodig is om het verevende ouderdomspensioen van € 20.000 en het bijzonder nabestaandenpensioen van € 28.000 uit te kunnen keren. Peter heeft niet gezien dat de verzekeraar een kleine aanpassing in deze offerte heeft, namelijk dat het kapitaal en niet de uitkeringen gegarandeerd zijn op einddatum van de verzekering.

Peter gaat op 1 maart 2019 op 65-jarige leeftijd met pensioen.

Op dat moment blijkt er een kapitaal benodigd te zijn van € 277.500 voor aankoop van de pensioenaanspraken. Er is een aanvulling van € 17.500 nodig om de pensioenaanspraken gestand te kunnen doen.

Een interessante vraag daarbij zal worden: Gaat dit juridisch betekenen dat de directeur-groootaandeelhouder, tenzij er een sluitende tekst in het convenant is opgenomen die in overeenstemming moet zijn met de vigerende regelgeving op pensioengebied, op enig moment aangesproken kan worden op een tekort? Hij is immers de pensioengerechtigde. Indien de aanspraken niet gestand gedaan worden, kan de fiscus stellen dat er afgezien wordt van pensioen, conform artikel 19b, lid 1c Wet LB'64. De sanctiebepaling is in dat geval van toepassing. De gehele pensioenvoorziening (ook het deel dat niet verevend is) wordt als loon uit vroegere dienstbetrekking aangemerkt en progressief belast (52%), alsmede verhoogd met een boete in de vorm van 20% revisierente op grond van artikel 30i AWR.

Afstorten verevende aanspraken als hoofdregel te handhaven?

Als partners er voor kiezen om bij scheiding ook het pensioen financieel af te handelen door dit veilig te willen stellen buiten de vennootschap, dan kan het toch niet de bedoeling van partijen zijn dat er vele jaren later toch nog onzekerheid blijft bestaan over de financiële gevolgen van een te laag pensioenkapitaal?

Of gaat dit betekenen dat de gewezen partner van de directeur-groootaandeelhouder geconfronteerd wordt met onzekerheden over de hoogte van de verevende aanspraken dan wel van de aanspraak op bijzonder partnerpensioen? *Een interessante casus!*

Consequenties bij conversie

Het hiervoor geschetste probleem is in mindere mate aan de orde wanneer conversie wordt toegepast. Met conversie verkrijgt de gewezen echtgenote van een DGA een zelfstandige aanspraak op ouderdomspensioen op haar of zijn

gewenste pensioeningangsdatum en koopt die aan met een vanuit de BV beschikbaar gesteld bedrag (zie de uitleg hiervoor onder verevening en conversie). Ook voor de gewezen echtgenote geldt dat zij of hij op enig moment wel zekerheid over de hoogte van het verzekerde pensioenkapitaal kan verkrijgen, maar niet over de hoogte van de pensioen-uitkeringen.

Reeds afgestorte pensioenen

Het voorgaande is niet aan de orde wanneer de aanspraken reeds zijn verzekerd en zijn afgestort bij een verzekeraar die *de aanspraken en niet het kapitaal* heeft verzekerd. Betreft het een verzekering waar al eerder op grond van een garantiëkapitaal en niet op grond van gegarandeerde uitkeringen een overeenkomst is gesloten, is dezelfde problematiek aan de orde. De hoogte van de uitkering of het tekort aan kapitaal wordt berekend op de datum waarop de pensioen-uitkering ingaat.

Indien de DGA is overleden en er is een tekort aan kapitaal, zou de BV en daarmee de nalatenschap aangesproken kunnen worden.

Oplossingen

Lopende echtscheidingszaken

Er zijn drie mogelijkheden

- conversie overeenkomen;
- verevenen met garantie;
- compensatie van de pensioenaanspraken.

Conversie

Indien partijen conversie overeenkomen, vervalt in ieder geval, voor zover dit niet op risicobasis was verzekerd, het recht op bijzonder nabestaandenpensioen. De vereveningsplichtige DGA raakt daarbij zijn recht op verevend ouderdompensioen kwijt. Het bedrag dat hij moet gaan afstorten, is lager dan het bedrag dat hij zou moeten afstorten indien de verevende aanspraken samen met de aanspraken op bijzonder nabestaandenpensioen afgestort zouden moeten worden. Er wordt niet afgezien van pensioen, waarmee de fiscale heffing en strafheffing niet aan de orde zijn.

Indien de vereveningsgerechtigde afhankelijk is van partneralimentatie zal voor de duur daarvan een alternatieve voorziening getroffen moeten worden. Dit kan bijvoorbeeld in de vorm van een overlijdensrisicoverzekering of een voorwaardelijke schenking.

Risico van gewijzigde actuariële uitgangspunten en marktrente bij de DGA.

Verevenen met garantie

Indien partijen toch verevening overeen wens te komen, dient vooraf duidelijk te zijn dat de verzekeraar de aanspraken garandeert en ook wat voor opslag (extra kosten) daarvoor gerekend worden. Deze kosten kunnen eventueel een punt van onderhandeling zijn. In het arrest van de

Rechtbank Zutphen van 25 februari 2009 LJN B10348, worden de extra 'kosten' voor de garantie immers bij de vereveningsgerechtigde gelegd. Indien er geen verzekeraar gevonden kan worden voor een gegarandeerde aanspraak, moeten partijen of tot conversie overgaan of tot compensatie van de pensioenaanspraken (zie hierna).

Compensatie pensioenaanspraken

In plaats van de pensioenaanspraken af te storten, waardoor de helft van zijn aanspraken op ouderdompensioenen behoeve van zijn gewezen echtgenote bij een pensioenverzekeraar komen en daarmee zijn eigen aanspraken verminderen, kan de DGA ook het equivalent qua contante waarde compenseren door een koopsom in een (bancaire) lijfrente voor de vereveningsgerechtigde te storten. Dit moet een oudedagslijfrente, een tijdelijke oudedagslijfrente of een nabestaanden lijfrente zijn (artikel 3.125, lid 1 Wet IB01). De gewezen echtgenote verkrijgt een eigen aanspraak op een periodieke uitkering. Zij kan de ingangsdatum zelf bepalen. De hoogte van de koopsom zal vergelijkbaar zijn met de koopsom die voor conversie gebruikt is. Het voordeel voor de DGA is dat hij zijn pensioenaanspraken volledig kan behouden. Ten aanzien van partneralimentatie geldt, hetgeen hiervoor onder conversie aan de orde is geweest. De last van de koopsom dient wel in privé genomen te worden. Dit in tegenstelling tot de conversie. Een DGA heeft echter meer mogelijkheden om zijn inkomen in een bepaald jaar te sturen dan een gewone werknemer.

Oude echtscheidingen

Indien de echtscheiding reeds een feit is en de afspraken over de pensioenafwikkeling zijn gemaakt, dan zijn er weer drie mogelijkheden:

- afwikkeling waarbij de aanspraken gegarandeerd extern verzekerd zijn;
- afwikkeling waarbij de aanspraken gegarandeerd binnen de BV zijn (niet afgestort);
- een kapitaal is gegarandeerd verzekerd.

Aanspraken extern verzekerd

Indien we er vanuit gaan dat de polis juist is opgemaakt, is er in dit geval niets aan de hand en hoeft u niets te doen.

Aanspraken niet afgestort

De BV heeft de uitkeringen toegezegd. De BV is aan te spreken op de uitkeringen. Indien de BV op enig moment onvoldoende liquiditeiten heeft kan er een 'niet voor realisatie vatbare pensioenverplichting zijn'. De fiscus accepteert dat niet zomaar. Indien de DGA in privé veel geld heeft of, zal deze moeten aantonen dat dit niet ten koste van de BV is gegaan. Als de fiscus dit wel accepteert, wordt de BV geliquideerd. Zou dat zo zijn, dan is er nog een juridische verplichting aan de gewezen echtgenote, die echter geen rechtspersoon meer heeft waar zij de aanspraken rechtstreeks op kan verhalen. In dat geval zal deze zich tot de DGA moeten wenden met alle bijbehorende juridische complicaties.

In deze situatie is het raadzaam om van tevoren te onder-

zoeken of de BV in liquiditeitsproblemen komt. Een aanvullend convenant met een afwijkende pensioenafpraak, zie hiervoor ook onder lopende echtscheidingen, is dan een optie. Het is de vraag of gewezen echtgenoten na jaren gescheiden te zijn nog met elkaar in overleg kunnen en willen.

Op enig moment zal deze problematiek aan de orde komen. Dat kan ook na een aantal jaren pensioenuitkeringen het geval zijn.

Gegarandeerd kapitaal

Partijen hebben zich destijds laten leiden door de hoogte van de koopsom en niet door de garantie van de aanspraken of het betrokken intermediair heeft niet begrepen dat het om verzekeren van aanspraken en niet om kapitalen ging. Hoe het ook zij, er is een kapitaal verzekerd.

Indien partijen verevend hebben, is het de vraag of er op pensioeningangsdatum voldoende kapitaal aanwezig is. Zou dit niet het geval zijn dan dient de DGA bij te storten op pensioeningangsdatum. Zou hij dat niet doen, dan wordt er impliciet afgezien van pensioen en treden alle heffingen, inclusief de sanctie van 20% revisierente in werking.

Partijen kunnen ook achteraf pensioenconversie overeenkomen. Het is zaak om dan te bepalen welk kapitaal er destijds afgestort had moeten worden. Samen met het rendement dat feitelijk op het kapitaal is genoten kan worden bepaald wat het kapitaal op pensioeningangsdatum van de DGA zou zijn geweest. In het gunstigste geval krijgt de DGA nog een bedrag terug. De verzekeringsmaatschappij moet in dat geval wel mee willen werken aan restitutie van een deel van het kapitaal. In het andere geval kan dit als indexatie benut worden. De sanctiebepalingen zijn dan niet van toepassing.

Indien een oorspronkelijke pensioenafpraak wordt gewijzigd, is daar in alle gevallen een nieuwe berekening en een juridische vastlegging voor nodig.

Conclusie

De hiervoor geschetste problematiek is aan de orde voor lopende echtscheidingen, zelfs als er een beschikking door de rechtbank is afgegeven. Men kan nu eenmaal niet af dwingen wat niet te verzekeren valt. Verder zullen de con-

Partijen moeten zich meer bewust zijn van de afspraken die zij ten aanzien van de pensioenafwikkeling maken!

venantteksten aangepast moeten worden en is conversie nog meer een onderwerp geworden. De convenantteksten bij pensioenverevening, zullen in ieder geval bij het afstorten van de aanspraken een clause moeten bevatten, die in het geval van een kapitaaltekort op pensioeningangsdatum, duidelijk maakt bij wie het risico ligt. Dat zal de DGA zijn, aangezien er niet mag worden afgezien van pensioen. De DGA moet in ieder geval duidelijk weten dat hij in de toekomst mogelijk nog een bedrag moet bijstorten.

De emoties die met het afstorten gepaard gaan, vertroebelen de zakelijkheid en de te lopen risico's. Indien een offerte al is aangevraagd, maar de termijn is verstreken of er dienen wijzigingen in de offerte aangebracht te worden, lopen partijen de kans dat de verzekeraar een offerte met de nieuwe spelregels aanbiedt. Er geldt geen overgangsregeling. Hooguit zou een verzekeraar coulancehalve nog kunnen aansluiten bij een oude offerte met bijbehorende zekerheden.

Het voorgaande geldt alleen bij uitgestelde pensioenen. Wanneer een pensioen direct moet ingaan, zijn de uitkeringen wel gegarandeerd.

Over de auteurs

Mevrouw drs. I.E. Leene-Hoedemaeker MPLA is pensioenmediator en directeur Get Smart Software & Support.

Ing. F.A Schäffers MPLA FFP is pensioenconsultant en directeur Get Smart Software & Support.