

Naam:	M.C.P.M. Kastelijns
Studentnummer:	i6043385
Studie:	Master Fiscaal Recht, profiel directe belastingen
Inleverdatum:	30 juni 2013
Begeleider:	Dr. A.H.H. Bollen- Vandenboorn
Aantal woorden:	11.845

“De waarde in het economisch verkeer van pensioenaanspraken in eigen beheer”

-een knelpunt bij echtscheiding-

Masterscriptie Fiscaal Recht

Maastricht University

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1	Inleiding.....	4
Paragraaf 1.1	Inleiding.....	4
Paragraaf 1.2	Probleemstelling	4
Paragraaf 1.3	Opzet.....	5
Hoofdstuk 2	Dga en pensioen in eigen beheer	6
Paragraaf 2.1	Inleiding.....	6
Paragraaf 2.2	Pensioen in eigen beheer, de civiele aspecten	6
Paragraaf 2.3	Pensioen in eigen beheer, de fiscale aspecten	7
Paragraaf 2.4	Dga en echtscheiding	8
Paragraaf 2.5	Conclusie	10
Hoofdstuk 3	Jurisprudentie afstorten van pensioen in eigen beheer.....	12
Paragraaf 3.1	Inleiding.....	12
Paragraaf 3.2	HR 12 maart 2004, nr. C02/319, NJ 2004, 636.....	12
Paragraaf 3.3	HR 9 februari 2007, nr. R06/021, NJ 2007, 306	14
Paragraaf 3.4	HR 20 maart 2009, nr. 07/201HR, LJN: BG9458.....	16
Paragraaf 3.5	Lagere rechtspraak.....	18
Paragraaf 3.5.1	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 februari 2009, LJN: BI6307.....	18
Paragraaf 3.5.2	Rechtbank Zutphen, 25 februari 2009, LJN: BI0348	18
Paragraaf 3.5.3	Rechtbank 's-Hertogenbosch, 20 mei 2009, LJN: BI4252	19
Paragraaf 3.5.4	Gerechtshof 's-Gravenhage, 25 november 2009, LJN: BK6081	19
Paragraaf 3.5.5	Rechtbank Rotterdam, 23 februari 2011, LJN: BP6657	19
Paragraaf 3.5.6	Gerechtshof Arnhem, 13 september 2011, LJN: BU4927	20
Paragraaf 3.5.7	Conclusie lagere rechtspraak	21
Paragraaf 3.6	Conclusie	21
Hoofdstuk 4	Waardering van pensioenverplichtingen	23
Paragraaf 4.1	Inleiding.....	23

Paragraaf 4.2	Parlementaire geschiedenis.....	24
Paragraaf 4.3	Doel en strekking	26
Paragraaf 4.3.1	Aftrek indexatielasten van pensioen in eigen beheer	26
Paragraaf 4.3.2	De waardering van pensioen in eigen beheer	27
Paragraaf 4.3.2.1	Sterftetafels en leeftijdsterugstelling	28
Paragraaf 4.3.2.2	Rekenrente en indexatie	29
Paragraaf 4.3.2.3	Conclusie	30
Paragraaf 4.4	Conclusie	30
Hoofdstuk 5	Toekomstvisies.....	32
Paragraaf 5.1	Inleiding.....	32
Paragraaf 5.2	Literatuuronderzoek	32
Paragraaf 5.3	Jurisprudentie over afstorten	35
Paragraaf 5.4	Aanbevelingen en conclusie.....	37
Hoofdstuk 6	Conclusie.....	40
Paragraaf 6.1	Samenvatting en beantwoording van de deelvragen	40
Paragraaf 6.2	Conclusie en beantwoording van de probleemstelling	41
Bronnenlijst.....		43

Hoofdstuk 1 Inleiding

Paragraaf 1.1 Inleiding

Men neme een directeur grootaandeelhouder (hierna: dga) in het kader van een echtscheiding en meteen komen daar ingewikkelde problemen bij kijken. Buiten een volhardende (ex-) echtgenote die niet van plan is met minder genoeg te nemen dan wat haar beste vriendin ook kreeg toen zij in echtscheiding lag, zijn er pensioen in eigen beheersituaties, met te lage fiscale waarderingen ten opzichte van de pensioenverplichtingen en een marktrente die aan de lage kant is.

Gezien de arresten van de Hoge Raad, gewezen in 2004, 2007 en 2009 waarin de Hoge Raad oordeelt dat vanwege de eisen van redelijkheid en billijkheid, in het algemeen tot afstorting moet worden overgegaan, lijken de problemen te slinken.¹

Niets is minder waar.

De Hoge Raad heeft zich immers niet uitgelaten over - een wat mij betreft essentieel punt - de waarde van het af te storten bedrag. In de tijd van dalende marktrentes is het de vraag of en hoeveel waarde er nog aan de arresten gehecht kan worden. Zou de Hoge Raad dezelfde overwegingen maken en opnieuw verplichten tot afstorten? Deze punten leiden naar de vraag of en in hoeverre er nieuwe wetgeving aangaande deze kwestie wenselijk is.

Paragraaf 1.2 Probleemstelling

In deze scriptie ga ik de volgende probleemstelling onderzoeken:

“Wat is het verband tussen de dalende marktrente en de afstortproblematiek bij pensioen in eigen beheer en wat moet de wetgever hieraan veranderen?”

Bij deze probleemstelling heb ik de volgende deelvragen geformuleerd om tot een sluitend antwoord van de probleemstelling te komen:

- Hoe gaat de DGA om met zijn pensioen?
- Hoe gaat de DGA om met zijn pensioen in het kader van een echtscheiding?
- Wat is er beslist door de rechtspraak over het verplichten tot afstorten en wat is het wettelijke kader waarbinnen de rechtspraak zich moet bewegen?

¹ HR 12 maart 2004, C02/319HR, *NJ* 2004,636, HR 9 februari 2007, R06/021HR, *NJ* 2007,306 en HR 20 maart 2009, R06/021HR, *LJN*: BG9458.

- Hoe worden pensioenverplichtingen in eigen beheer gewaardeerd?
- In hoeverre is een gesaldeerde rekenrente van 4% nog wenselijk?
- Wat zou de invloed kunnen zijn van de dalende marktrente op de uitspraken in de eerder genoemde arresten?
- Zijn er oplossingen voor de afstortingsproblematiek?
- Wat moet de wetgever veranderen?

Paragraaf 1.3 Opzet

Hoofdstuk 2 is een beschrijvend hoofdstuk waarin ik ga beschrijven hoe de DGA met zijn pensioen in eigen beheer omgaat. Ook echtscheiding komt hier aan de orde. Vervolgens ga ik in hoofdstuk 3 de arresten analyseren waar de Hoge Raad heeft beslist dat er moest worden afgestort. Tevens komen enkele uitspraken aan de orde die niet onderschrijven wat de Hoge Raad heeft geoordeeld. Tevens heb ik meningen uit de literatuur onderzocht om verschillende gezichtspunten onder de aandacht te brengen. Hoofdstuk 4 gaat in op de waardering van de pensioenverplichting. Na een korte historie aan de hand van de parlementaire geschiedenis beschrijf ik hier de kern van het probleem, namelijk de lage marktrente en de waardering van de pensioenverplichting op grond van de fiscale regelgeving. In hoofdstuk 5 kom ik terug op de drie arresten, besproken in hoofdstuk 3. Gezien de niet wenselijke uitkomst van deze arresten vanwege de lage marktrente, zal de wetgever moeten ingrijpen. Dit bespreek ik nader in dit hoofdstuk. In hoofdstuk 6 sluit ik af met de conclusie en beantwoording van de probleemstelling.

Hoofdstuk 2 Dga en pensioen in eigen beheer

Paragraaf 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het pensioen van de directeur grootaandeelhouder (hierna: dga) in eigen beheer behandeld. Er zijn meerdere manieren voor de dga om pensioen op te bouwen. In deze scriptie behandel ik alleen de dga die pensioen opbouwt in eigen beheer. In paragraaf 2 ga ik in op de civiele aspecten. Zo staat de directeur in een afwijkende verhouding tot de Pensioenwet (hierna: PW). De fiscale aspecten worden behandeld in paragraaf 3. Er gelden namelijk speciale regels voor pensioenopbouw in eigen beheer. Deze zijn geregeld in de Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964) en in het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 (hierna: Uitv. Besl. LB 1965). Paragraaf 4 gaat in op de dga in het kader van echtscheiding. Hier komt de Wet Verevening Pensioenrechten bij Scheiding (hierna: Wet VPS) ter sprake. In paragraaf 5 sluit ik af met een samenvattende conclusie.

Paragraaf 2.2 Pensioen in eigen beheer, de civiele aspecten

De dga staat in een bijzondere verhouding tot de PW. De PW is niet op hem van toepassing, op grond van artikel 1 PW. Dit komt door de driehoeksverhouding die hij met zichzelf en zijn BV heeft. Enerzijds treedt de dga op als werkgever, anderzijds als werknemer en ook heeft hij een pet op als aandeelhouder. De hoedanigheid van werknemer is volgens de wetgever van ondergeschikt belang.²

Een nadeel van het niet van toepassing zijn van de PW, is de bescherming die de dga verliest. Hij moet de pensioenbrief dusdanig vormgeven dat hij bijvoorbeeld zijn recht op waardeoverdracht niet verspeelt en de mogelijkheid tot inkoop van extra dienstjaren niet verloren laat gaan.

Daarnaast zal de pensioenbrief bepalingen moeten bevatten over de opgebouwde rechten bij ontslag. Tevens moeten punten als pensioensysteem, pensioengevend inkomen, de gehanteerde franchise, pensioendatum en de pensioensoorten vastgelegd zijn in de pensioenbrief.

Door uitsluiting van de dga in de PW, heeft de dga op civiel gebied veel vrijheid op welke wijze hij zijn pensioen wil vormgeven. Dat wil zeggen, meer dan een normale werknemer die pensioen

² Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 20.

opbouwt. Deze vrijheid wordt echter door de fiscale regelgeving beperkt, zoals te lezen is in de volgende paragraaf.

Paragraaf 2.3 Pensioen in eigen beheer, de fiscale aspecten

De dga is niet gebonden aan de PW. Hij heeft daarom ruime mogelijkheden om pensioen op te bouwen. Eén van de mogelijkheden die de dga heeft, is pensioenopbouw in eigen beheer. Een belangrijke regel waaraan de dga zich moet houden bij opbouw van pensioen in zijn eigen vennootschap, staat in artikel 19a, lid 1, onder d en e jo. artikel 19a, lid 2 Wet LB 1964. Samengevat mag volgens deze leden de dga pensioen opbouwen in eigen beheer indien zijn vennootschap de pensioenverplichting rekent tot het binnenlands of Europees ondernemingsvermogen (in het kader van de heffing van vennootschapsbelasting) en indien zijn vennootschap slechts als verzekeraar van een pensioen ter uitvoering van een pensioenovereenkomst tussen de BV en de dga of tussen de dga en zijn werkgever optreedt.³

Artikel 18h Wet LB 1964 gaat over 'afwijkende regelingen'. Vanwege de eis dat het dient te gaan om een regeling waarvan geheel of gedeeltelijk een lichaam als bedoeld in artikel 19a, lid 1, onderdeel d of e Wet LB 1964, als verzekeraar optreedt, gaat het in dit artikel om pensioen in eigen beheer. Indien voldaan wordt aan artikel 18a tot en met 18g Wet LB 1964 en de regeling pensioen inhoudt dat niet uitgaat boven hetgeen in collectieve regelingen gangbaar is, wordt deze regeling ingevolge artikel 18h, lid 1 Wet LB 1964 een pensioenregeling. Hierbij wordt verwezen naar artikel 10c Uitv. Besl. LB 1965. In dit artikel staan kort gezegd aanvullende voorwaarden voor kwalificering als pensioenregeling. Deze voorwaarden hebben een beperkend karakter. Bij de parlementaire behandeling van dit artikel kwam naar voren dat de dga vanwege het fiscale voordeel van belastinguitstel er bij gebaat is om deze voorziening erg hoog te maken. Om daar een rem op te zetten, zijn de beperkende voorwaarden van artikel 10c Uitv. Besl. LB 1965 in de wet opgenomen.⁴ Door deze voorwaarden zou de pensioenopbouw in eigen beheer meer overeenkomen met hetgeen in collectieve regelingen gangbaar is.⁵ Zo mogen loonbestanddelen in natura niet meegerekend worden tot het pensioengevend loon, mag de werknemer niet meer bijdragen dan het bedrag dat de inhoudingsplichtige bijdraagt, moet de AOW-franchise voor ongehuwden aangehouden worden en kan er slechts

³ Artikel 19a, lid 1, onder d jo. lid 2 Wet LB 1964.

⁴ Kamerstukken II 1998-1999, 26 020, nr. 104b, p. 12.

⁵ Kamerstukken II 1998-1999, 26 020, nr. 104b, p. 12.

nabestaandenpensioen opgebouwd worden indien daadwerkelijk een partner of kinderen aan te wijzen zijn.⁶

Op grond van artikel 19b Wet LB 1964 gelden sancties indien de pensioenaanspraak niet meer zuiver is. Dit doet zich voor indien niet of niet meer aan de genoemde voorwaarden wordt voldaan. Deze bepaling is tevens van toepassing bij afkoop, prijsgeven en eindigen van een zekerheidsstelling. Het gevolg hiervan is dat de gehele pensioenaanspraak op het onmiddellijk daaraan voorafgaande tijdstip wordt aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrekking van de werknemer, gewezen werknemer of van de gerechtigde tot de aanspraak (bij overlijden).⁷ Dit houdt in dat een afrekening met de fiscus volgt. Er is immers door de jaren heen onterecht gebruik gemaakt van de omkeerregel. De fiscus wil hiermee zijn inkomsten zeker stellen. De fiscus heft tot 52% progressief over de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak en op grond van artikel 30i, lid 1, onderdeel d jo. artikel 30i, lid 2 Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) 20% revisierente. Een uitzondering hierop is het in artikel 19b, lid 3 Wet LB 1964 geformuleerde overgaan van een pensioenregeling in het kader van een echtscheiding.

Op 1 januari 2013 is het wetsvoorstel waarin een negende lid aan artikel 19b Wet LB 1964 wordt toegevoegd wet geworden. Dit negende lid houdt in dat indien bij het ingaan van het pensioen blijkt dat de onderneming niet in staat is om de ondergebrachte aanspraken ingevolge een pensioenregeling uit te keren in verband met de vermogenspositie en deze daarom worden verminderd, dit niet wordt gezien als prijsgeven en derhalve de sanctie van artikel 19b Wet LB 1964 niet van toepassing is.⁸

Paragraaf 2.4 Dga en echtscheiding

Zoals vermeld in paragraaf 2.2 valt de dga niet onder het bereik van de PW. Dit zou nare gevolgen met zich brengen voor de partner van de dga, indien ze besluiten te scheiden. In artikel 1, lid 4, onderdeel a Wet VPS⁹ is bepaald dat de dga onder het bereik van de Wet VPS valt. Hierdoor wordt de partner van de dga beschermd en kan alsnog verevening van het

⁶ Artikel 10c Uitv. Besl. LB 1965.

⁷ Artikel 19b, lid 1, laatste volzin Wet LB 1964.

⁸ Kamerstukken II 2012-2013, 33.402, nr. 2.

⁹ Kamerstukken II 2005-2006, 30 655, nr. 3, p. 29.

ouderdomspensioen plaatsvinden. In artikel 3a Wet VPS wordt tevens het bijzonder nabestaandenpensioen veilig gesteld.¹⁰ Dit zijn beide beschermende maatregelen van de wetgever ten behoeve van de ex-partner van de dga. Op grond van de Wet VPS heeft de vereveningsgerechtigde recht op de helft van het door de vereveningsplichtige opgebouwde ouderdomspensioen ten tijde van het huwelijk, alsmede het bijzonder partnerpensioen.¹¹ Hier kan bij huwelijksvoorwaarden of echtscheidingsconvenant van worden afgeweken. Het ouderdomspensioen wordt uitgekeerd als de vereveningsplichtige de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt.

Het uitvoeren van de verevening bij een dga met pensioen in eigen beheer gaat anders dan bij een reguliere werknemer. Volgens de standaardmethode van de Wet VPS blijft het pensioen bij de uitvoerder, de BV van de vereveningsplichtige.¹² Er ontstaat slechts een recht op uitbetaling jegens de vereveningsgerechtigde en geen eigen aanspraak. De vereveningsgerechtigde kan de positie van haar pensioen betwisten, vanwege het niet onafhankelijk zijn van de uitvoerder van het pensioen en de daarmee gepaard gaande risico's op eventuele onderdekking. Er kan op grond van artikel 5 Wet VPS gekozen worden voor conversie. Het uitvoeringsorgaan moet om toestemming worden gevraagd. Er ontstaat dan een zelfstandig recht op een deel van het ouderdomspensioen van de dga.¹³ Dit recht is in zoverre zelfstandig, dat de pensioenuitkeringen ingaan bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de vrouw. Het pensioenkapitaal blijft bij conversie, net als bij verevening, achter bij de uitvoerder.

Om de rechten van de vereveningsgerechtigde veilig te stellen, zou afstorting een oplossing kunnen zijn. Afstorten houdt in dat het pensioen bij een externe verzekeraar wordt ondergebracht. De vereveningsplichtige zal hier echter niet snel aan mee willen werken. Het afstorten betekent immers een grote onttrekking uit de onderneming. Het al dan niet verplichten tot afstorten van het pensioenkapitaal heeft geen wettelijke grondslag, maar is reeds in de jurisprudentie naar voren gekomen. Voor een nadere uitwerking en analyse van deze jurisprudentie, verwijs ik naar hoofdstuk 3.

¹⁰ Artikel 3a, lid 2 Wet VPS.

¹¹ Artikel 2 en 3 Wet VPS.

¹² Artikel 2, lid 2 Wet VPS.

¹³ Artikel 5, lid 1 Wet VPS.

Op grond van de fiscale balans zou er door middel van de jaarlijkse dotaties van de pensioenverplichting activa in de onderneming moeten zijn om de pensioenverplichting te dekken. Deze gelden kunnen vastzitten in vaste activa. Het kan ook zijn dat een onttrekking is gedaan aan het ondernemingsvermogen of dat dividend is uitgekeerd. Kortom, het kan voorkomen dat er een niet voldoende gedekte pensioenverplichting op de balans staat.

Bij het verevenen van pensioen in geval van echtscheiding worden, zoals gezegd aanspraken verdeeld. Dit zijn aanspraken die voortkomen uit de pensioenbrief van de BV en de dga. De pensioenverplichting op de balans zal hier van afwijken. Er kan niet gezegd worden dat de pensioenverplichting op de balans in tweeën gesplitst wordt. Dit bedrag is niet verevend maar door tweeën gesplitst en tevens onvoldoende om de aanspraken of het pensioenkapitaal onder te brengen bij een externe verzekeraar. Naast onvoldoende gedekte pensioenaanspraken verschijnt er dus nog een probleem. Zelfs indien de financiële middelen voor afstorting kunnen worden onttrokken aan de onderneming, hanteert de verzekeraar een andere waardering ten aanzien van het pensioen dan de fiscale waardering van de dga, waardoor meer kapitaal ingelegd zal moeten worden om dezelfde pensioenaanspraken te kunnen verzekeren. De economische waarde van de aanspraken die afgestort moet worden bij een verzekeringsmaatschappij is hoger dan de helft van de pensioenverplichting op de balans. De dga is namelijk gebonden aan beperkingen bij de waardering van het pensioen, onder andere met betrekking tot de indexatie en rekenrente. De verzekeraar hanteert andere tarieven en werkt met de economische waarde van de pensioenkapitalen. Deze verschillen tussen de fiscale en economische waarde komen in hoofdstuk 4 aan de orde.

Paragraaf 2.5 Conclusie

De dga heeft veel civielrechtelijke vrijheid als het gaat om het opbouwen van pensioen. Echter door de artikelen van de Wet LB 1964 en het Uitv. Besl. LB 1965 wordt deze vrijheid beperkt. Indien de dga gaat scheiden, is de Wet VPS van toepassing. De ex-partner heeft recht op verevening van het ouderdomspensioen en het bijzonder nabestaandenpensioen. De aanspraken worden dan verevend. Er kan gekozen worden voor conversie, maar de BV van de dga blijft ook in dat geval uitvoerder. Indien de ex-partner haar pensioenaanspraken wenst veilig te stellen, is afstorten een mogelijkheid. Hierover is diverse rechtspraak verschenen. De pensioenverplichting op de fiscale balans is vaak onvoldoende gedekt. Doordat de regels

rondom het waarden van de pensioenverplichting fiscaal anders zijn dan economisch in
samenhang met de lage marktrente is het afstorten momenteel een aanzienlijk probleem. Dit
probleem wordt in hoofdstuk 4 meer inzichtelijk gemaakt.

Hoofdstuk 3 Jurisprudentie afstorten van pensioen in eigen beheer

Paragraaf 3.1 Inleiding

In 2004, 2007 en 2009 zijn de toonaangevende arresten gewezen over het al dan niet verplichten van de BV om het pensioenkapitaal af te storten in geval van echtscheiding.¹⁴ Deze arresten worden behandeld in paragraaf 3.2 tot en met paragraaf 3.4. Tevens worden meningen uit de vakliteratuur weergegeven in het kader van deze arresten. In paragraaf 3.5 komt diverse lagere rechtspraak aan de orde. In paragraaf 3.6 sluit ik af met een conclusie.

Paragraaf 3.2 HR 12 maart 2004, nr. C02/319, NJ 2004, 636

De man is directeur en enig aandeelhouder van de BV. Zijn vrouw is tevens werkzaam geweest in de BV. Voor beiden is een pensioen in eigen beheer opgebouwd. Na echtscheiding tussen genoemde partijen vordert de vrouw jegens de BV dat het kapitaal, benodigd om haar ouderdomspensioen, bijzonder partnerpensioen en haar vereveningsdeel van het ouderdomspensioen van de man veilig te stellen, afgestort moet worden naar een externe verzekeraar. Dit vanwege haar vrees dat de aanspraken illusoir worden. De rechtbank wijst de vorderingen toe, waarna de BV appel instelt.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelt vervolgens dat het kapitaal benodigd voor haar ouderdomspensioen afgestort moet worden bij een externe verzekeraar. Over het vereveningsdeel van het ouderdomspensioen van de man en het bijzonder nabestaandenpensioen merkt het hof op dat er op grond van de Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna: PSW)¹⁵ geen verplichting op de BV rust die ertoe strekt het benodigde kapitaal af te storten bij een verzekeringsmaatschappij.¹⁶ Volgens het hof kunnen de verhoudingen tussen de BV en de vrouw als gevolg van de echtscheiding tussen de vrouw en de dga verdergaande gevolgen hebben dan in de wet staat. De eisen van redelijkheid en billijkheid zijn dan van belang. De vrouw heeft echter niet de man in rechte betrokken, maar de BV. Deze kunnen niet worden vereenzelvigd, waardoor het hof hier geen oordeel over kan vormen.¹⁷ De eisen van redelijkheid en billijkheid brengen in ieder geval niet met zich dat er zonder meer afgestort

¹⁴ HR 12 maart 2004, C02/319HR, NJ 2004,636, HR 9 februari 2007, R06/021HR, NJ 2007,306 en HR 20 maart 2009, R06/021HR, LJN: BG9458.

¹⁵ De PSW is de voorloper van de nu geldende PW.

¹⁶ HR 12 maart 2004, nr. C02/319, NJ 2004, 636, r.o. 4.11.

¹⁷ HR 12 maart 2004, nr. C02/319, NJ 2004, 636, r.o. 4.12.

moet worden. De Wet VPS geeft hier geen uitsluiting over.¹⁸ De vrouw heeft naar aanleiding van deze uitspraak beroep in cassatie ingesteld.¹⁹

Voorgaand aan dit arrest heeft de Hoge Raad in de zaak Rensing/Polak beslist dat indien de vrouw werkzaam is geweest in de BV van de man, er in redelijkheid niet van de vrouw kan worden gevergd dat zij moet aanvaarden dat de ten behoeve van haar opgebouwde pensioenreserve in de BV wordt gelaten, omdat deze vennootschap wordt beheerst door de man.²⁰ Advocaat-Generaal (hierna: A-G) Keus ziet hierin een aanwijzing dat de vordering van de vrouw, tevens bevattende het vereveningsdeel van het ouderdomspensioen en het bijzonder nabestaandenpensioen, gebaseerd is op de eisen van redelijkheid en billijkheid. Hij vult aan in zijn conclusie: “datgene wat de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen in de relatie tussen de vrouw en de BV wordt mede bepaald door de eisen van redelijkheid en billijkheid die gelden in de verhouding tussen de man en de vrouw als gewezen echtelieden.”²¹ Deze conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing. De Hoge Raad overweegt dat de BV geen zorg draagt voor een afdoende dekking van de pensioenverplichting op de balans. Vanwege het feit dat de man directeur en enig aandeelhouder is van de BV is deze niet als een onafhankelijke uitvoerder te beschouwen. Het risico dat het opgebouwde pensioen niet volledig tot uitbetaling kan komen, behoeft de vereveningsgerechtigde niet te aanvaarden.²² Dit moet in het kader van de eisen van redelijkheid en billijkheid tussen de vrouw en de BV bezien worden. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak en verwijst de zaak naar het hof.

In de literatuur zijn diverse meningen toebedeeld over het al dan niet verplichten tot afstorten bij echtscheiding. Van Oers geeft een uitgebreide analyse met zowel voor- als tegenargumenten betreffende het afstorten.²³ Volgens Wortmann moet de vereveningsgerechtigde aannemelijk maken dat pensioenrechten illusoir dreigen te worden. Indien de vereveningsgerechtigde dit niet aannemelijk kan maken, kan deze geen aanspraak maken op waardeoverdracht.²⁴ Lennarts

¹⁸ HR 12 maart 2004, nr. C02/319, NJ 2004, 636, r.o. 4.13.

¹⁹ Tevens heeft de BV cassatieberoep ingesteld. Dit cassatieberoep wordt achterwege gelaten.

²⁰ HR 19 januari 1996, NJ 1996, 617 (Rensing/Polak), r.o. 5.2.

²¹ Conclusie A-G Keus onder 2.23.

²² HR 12 maart 2004, nr. C02/319, NJ 2004, 636, r.o. 4.4.

²³ M.H.M. van Oers, ‘Waarde-overdracht pensioenvoorziening eigen beheer naar professionele verzekeraar bij echtscheiding’, *WPNR* 1999, 6372, p. 715-717.

²⁴ HR 12 maart 2004, NJ 2004, 636 m. nt. Wortmann.

acht het onduidelijk of voor de verplichting tot waardeoverdracht de gedragingen van de uitvoerder van belang zijn, of het zwaartepunt juist ligt of er aanspraak op waardeoverdracht gemaakt kan worden indien de ex-echtgenoot doorslaggevende zeggenschap in de uitvoerder heeft. Hij overweegt het laatste.²⁵ Van Oers komt in zijn analyse tot dezelfde conclusie.²⁶ Van Mourik en Verstappen zijn van mening dat volgens de eisen van redelijkheid en billijkheid vrij snel tot waardeoverdracht over gegaan moet worden.²⁷

Mijns inziens is het interessant dat over de waarde van de aanspraken niet gerept wordt. Vanwege het feit dat de man noch de vrouw geen specifieke bedragen vorderen, doen de rechterlijke machten hier geen uitspraak over.

Paragraaf 3.3 HR 9 februari 2007, nr. R06/021, NJ 2007, 306

In HR 9 februari 2007, nr. R06/021, NJ 2007,306 is de man directeur en enige aandeelhouder van Holding BV. Hij is in gemeenschap van goederen gehuwd. Zijn pensioen is opgebouwd in eigen beheer, in Pensioen BV. De vrouw verzoekt jegens man - voor zover van belang - dat het aan haar toekomende vereveningsdeel wordt afgestort bij een verzekeringsmaatschappij. Aangaande de pensioenkwestie heeft Rechtbank Utrecht geoordeeld dat het verzoek van de vrouw niet voldoende bepaald is. De vrouw heeft tegen dit gedeelte van de uitspraak hoger beroep ingesteld.

De vrouw noemt een bedrag van ten minste € 118.896,50, vermeerderd met wettelijke rente. De man erkent dat op grond van de Wet VPS de vrouw recht heeft op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde pensioen van de man. Vervolgens stelt deze; “dat er thans onvoldoende middelen in de onderneming aanwezig zijn om aan het verzoek te kunnen voldoen en dat er om die reden geen afstorting kan plaatsvinden.”²⁸ Het Gerechtshof Amsterdam gaat hieraan voorbij, omdat de vordering van de vrouw niet aan deze stelling afdoet.²⁹ Het hof acht het verzoek om afstorting van de helft van het door de man tijdens het huwelijk opgebouwde

²⁵ M.L. Lennarts, Bespreking van HR 12 maart 2004, Ondernemingsrecht 2004, p. 362.

²⁶ M.H.M. van Oers, ‘Waarde-overdracht pensioenvoorziening eigen beheer naar professionele verzekeraar bij echtscheiding’, *WPNR* 1999, 6372, p. 717.

²⁷ M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Deventer: Kluwer 2006, p.663-664.

²⁸ HR 9 februari 2007, R06/021HR, NJ 2007,306, r.o. 4.13.

²⁹ HR 9 februari 2007, R06/021HR, NJ 2007,306, r.o. 4.14.

pensioen toewijsbaar, mede vanwege de vaststelling van het hof dat partijen het erover eens zijn dat er in beginsel afstorting dient plaats te vinden. Het hof verwijst tevens naar HR 12 maart 2004, zie paragraaf 3.2. De man heeft beroep in cassatie van de beschikking ingesteld.

Het beroep bij de Hoge Raad is gericht tegen de medewerking om het vereveningsdeel van het pensioen van de vrouw af te storten. De man voert aan dat de onderneming over onvoldoende middelen beschikt om het benodigde kapitaal af te storten. A-G Keus acht het zelfs “verdedigbaar dat afstorting in beginsel dient plaats te vinden, indien de vereveningsplichtige echtgenoot de pensioenuitvoerder beheerst.”³⁰ De A-G meent echter onder 2.9 dat deze verplichting niet geldt indien geen liquiditeiten vrijgemaakt of aangetrokken kunnen worden ten behoeve van de afstorting, zonder dat de continuïteit van de bedrijfsvoering in gevaar komt. De man klaagt in onderdeel c dat het hof het betoog van de man, inhoudende dat er geen middelen zijn ten behoeve van de afstorting, passeert. De man heeft aangevoerd dat de pensioenverplichting niet in de pensioen BV aanwezig is, maar een aanspraak op de holding BV betreft. Onder 2.19 schrijft de A-G dat indien er geen voldoende liquiditeiten zijn, de BV deze zal moeten verwerven. Er is echter geen voldoende onderbouwing aangevoerd om te stellen dat de continuïteit van de bedrijfsvoering in gevaar komt als er wordt afgestort. Deze conclusie strekt tot verwerping van het beroep. De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G en verwerpt het beroep.

Dit arrest gaat verder dan het arrest uit 2004.³¹ Toen werd geoordeeld dat de redelijkheid en billijkheid met zich kan brengen dat tot afstorten moet worden overgegaan. Nu wordt min of meer de hoofdregel dat in geval van echtscheiding afgestort moet worden, tenzij de vereveningsplichtige aannemelijk kan maken dat de continuïteit van de bedrijfsvoering in gevaar zal komen. De vereveningsgerechtigde eiste over het bijzonder nabestaandenpensioen geen uitspraak.

De noot van De Boer bij dit arrest onderschrijft de overweging van de Hoge Raad dat van de vereveningsgerechtigde in beginsel niet kan worden gevergd dat deze afhankelijk blijft van het

³⁰ Conclusie A-G Keus onder 2.11.

³¹ HR 12 maart 2004, nr. C02/319, *NJ* 2004, 636.

beleid in de BV van de ex-echtgenoot en het risico dat hiermee gepaard gaat.³² Siegman sluit zich hierbij aan.³³ Zij stelt zelfs dat indien de onderneming niet over voldoende liquiditeiten beschikt en de Hoge Raad hierdoor mogelijk oordeelt dat er geen afstorting hoeft plaats te vinden, de afstortingsverplichting bijvoorbeeld over drie jaar gespreid dient te worden.³⁴ Van Oers stelt dat indien er onvoldoende liquide middelen zijn om tot afstorting over te gaan, zich omstandigheden kunnen voordoen waaronder de afstorting in redelijkheid niet kan worden gevegd. Hij brengt tevens onder de aandacht dat juist dan de vereveningsgerechtigde gegronde vrees heeft dat de uitvoerder niet aan de pensioenverplichting kan voldoen. Zijn criterium, hetzelfde als het criterium dat A-G Keus hanteert, vanwege het bezien van de belangen van zowel de vereveningsplichtige als de vereveningsgerechtigde, luidt dat er moet worden afgestort indien voor de waardeoverdracht middelen kunnen worden vrijgemaakt zonder dat de continuïteit van de bedrijfsuitvoering in gevaar komt.³⁵

In mijn optiek verdient het aandacht dat in dit arrest wel een bedrag is genoemd, maar onduidelijk is welke waarde dit precies inhoudt. Er wordt gesproken over de helft van de fiscale reserve. Het hof benoemt dit bedrag in rechtsoverweging 4.14 als 'de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde pensioen'. Dit bedrag zal echter bij een verzekeringsmaatschappij niet voldoende zijn het vereveningsdeel van de vrouw te verzekeren, vanwege onder andere de fiscale waardering van de reserve. Hierover volgt meer in hoofdstuk 4.

Paragraaf 3.4 HR 20 maart 2009, nr. 07/201HR, LJN: BG9458

De man is directeur en enig aandeelhouder van de BV. Voor man en vrouw is een pensioen in eigen beheer opgebouwd. De vrouw vordert dat er bedragen bij een verzekeraar worden gestort, die herrekend zijn naar contante waarde van de haar toekomstige pensioenverplichtingen op basis van conversie jegens de man, BV en beide vennootschappen die de oorspronkelijke pensioentoezeggingen hadden gedaan. Rechtbank Utrecht wijst de vordering gedeeltelijk toe ten laste van de BV. De vrouw heeft hoger beroep ingesteld.

³² HR 9 februari 2007, nr. R06/021, *NJ* 2007, 306 m. nt. De Boer.

³³ Siegman, *Pensioen en scheiding*, Den Haag: SDU Uitgevers 2007.

³⁴ Siegman, 'Ontwikkelingen ten aanzien van pensioen en scheiding bij de dga', *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2007, 52, p. 114-115.

³⁵ M.H.M. van Oers, 'Waarde-overdracht pensioenvoorziening eigen beheer naar professionele verzekeraar bij echtscheiding', *WPNR* 1999, 6372, p. 716.

De vrouw vordert in hoger beroep niet alleen jegens de BV afstorting van de door haar aangewezen bedragen, maar tevens jegens de man en zijn BV's die eerder de pensioentoezeggingen hadden gedaan. Gerechtshof Amsterdam stelt als uitgangspunt dat er een verplichting tot afstorting rust op de BV indien dit is overeengekomen. Het hof wijst de vordering van de vrouw af. Vervolgens heeft de vrouw beroep in cassatie ingesteld.

De Hoge Raad volgt de conclusie van A-G Huydecoper en oordeelt dat het hof niet het correcte uitgangspunt in aanmerking neemt.³⁶ Het hof had als uitgangspunt moeten nemen dat “de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen - welke eisen ook mede bepalend kunnen zijn voor hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid in de verhouding tussen vereveningsgerechtigde en de vennootschap meebrengen – 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 door die rechtspersoon bij een externe pensioenverzekeraar van het kapitaal dat nodig is voor het aan de andere echtgenoot toekomende deel”³⁷. Hij verwijst hierbij naar de twee eerder geanalyseerde arresten.³⁸ De Hoge Raad oordeelt dat er van de dga verlangd kan worden dat deze een lening afsluit om aan zijn vereveningsplicht te voldoen. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak en verwijst de zaak naar het hof.

Waterreus vermeldt het belang van een goede polisopmaak.³⁹ Zo is bij verevening de dga niet alleen verzekeringsnemer en verzekerde, maar ook tweede begunstigde (in geval van overlijden). De eerste begunstigde is uiteraard de vereveningsgerechtigde. Bij conversie is dit anders. Dan heeft de vereveningsgerechtigde, zoals beschreven in hoofdstuk 2, een eigen aanspraak op het pensioen verkregen. Ze is derhalve verzekeringsnemer, verzekerde en begunstigde. Bollen merkt op dat de Hoge Raad zich niet uitlaat over de waarde van het bedrag dat afgestort moet worden.⁴⁰ Juist dit essentiële punt wordt gepasseerd.

³⁶ HR 20 maart 2009, R06/021HR, *LJN*: BG9458, r.o. 4.3.

³⁷ HR 20 maart 2009, R06/021HR, *LJN*: BG9458, r.o. 4.2.

³⁸ HR 12 maart 2004, C02/319HR, *NJ* 2004,636 en HR 9 februari 2007, R06/021HR, *NJ* 2007,306.

³⁹ E. Waterreus, ‘De afstortingsplicht voor de DGA – Een reactie’, *Pensioen & Praktijk* 2011/5, p. 18-19.

⁴⁰ A.H.H. Bollen-Vandenboorn (red.), *Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*, Den Haag: SDU Uitgevers 2012, p. 232.

Mijns inziens is de conclusie van dit arrest dat het niet uitmaakt jegens welke partij, de dga of zijn BV, het afstorten wordt gevorderd. Opvallend is dat er niet wordt gesteld dat de BV de pensioenverplichting niet gedekt heeft en dat er risicovol met de gelden binnen de onderneming wordt omgegaan.

Paragraaf 3.5 Lagere rechtspraak

Uiteraard heeft niet enkel de Hoge Raad uitspraken gedaan over de verplichting tot afstorten bij echtscheiding. In tegenstelling tot de uitspraken van de Hoge Raad, die vrijwel geheel op elkaar aansluiten, is er onder de rechtbanken meer diversiteit in de uitspraken aangaande deze kwestie. In deze paragraaf komen beknopt en chronologisch uitspraken van verschillende rechtbanken en gerechtshoven aan de orde.

Paragraaf 3.5.1 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 februari 2009, LJN: BI6307

Man en vrouw zijn gescheiden in 2005. Tot de huwelijksgemeenschap behoorde onder andere de woning. De BV van de man, met daarin een pensioenverplichting, behoort niet tot de gemeenschap. De vrouw eist afstorting van het aan haar toekomende pensioen. Deze uitspraak is in overeenstemming met HR 12 maart 2004, C02/319HR, NJ 2004,636 en HR 9 februari 2007, R06/021HR, NJ 2007,306.⁴¹ De man voert aan dat hij de middelen nog niet tot zijn beschikking heeft, maar deze vastzitten in de voormalig echtelijke woning. Dit risico ligt aldus het hof ook bij de vrouw.⁴² Het hof oordeelt dat van de vrouw kan worden verlangd dat zij wacht met haar recht op afstorting uit te oefenen tot het huis is verkocht.⁴³

Paragraaf 3.5.2 Rechtbank Zutphen, 25 februari 2009, LJN: BI0348

Man en vrouw zijn gescheiden in 1997. De man heeft pensioen opgebouwd in eigen beheer. De vrouw vordert het vereveningsdeel van dit ouderdomspensioen. Voor de waardebepaling moet aldus de rechtbank uitgegaan worden van de waarde in het economisch verkeer van het haar toekomende deel van het ouderdomspensioen.⁴⁴ De rechtbank oordeelt dat de waarde van dit

⁴¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 februari 2009, LJN: BI6307, r.o. 4.5.2.

⁴² Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 februari 2009, LJN: BI6307, r.o. 4.5.5.

⁴³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 februari 2009, LJN: BI6307, r.o. 5.

⁴⁴ Rechtbank Zutphen, 25 februari 2009, LJN: BI0348, r.o. 5.15.

bedrag niet gelijk is aan de koopsom die bij de verzekeraar gestort moet worden, vanwege onder andere de provisies.⁴⁵

In deze uitspraak heeft de rechtbank geoordeeld over de waarde van het af te storten deel van het pensioen. De afsluitkosten worden expliciet uitgesloten.

Paragraaf 3.5.3 Rechtbank 's-Hertogenbosch, 20 mei 2009, LJN: BI4252

Man en vrouw zijn gescheiden. De man heeft pensioen opgebouwd in eigen beheer en de vrouw vordert afstorting van het aan haar toekomende vereveningsdeel van het ouderdomspensioen en het bijzonder nabestaandenpensioen. Een deskundige heeft de contante waarden berekend en de kosten van het afsluiten van verzekeringen zoals door de vrouw beoogd. De rechtbank veroordeelt de BV om dit bedrag af te storten en de man om hiervoor zorg te dragen.

Dit komt niet overeen met de uitspraak van Rechtbank Zutphen, 25 februari 2009 in LJN: BI0348. Toen werd geoordeeld dat de kosten gepaard gaande met het afsluiten van de verzekering niet tot het af te storten bedrag behoren. Dit was geen geschilpunt van partijen.

Paragraaf 3.5.4 Gerechtshof 's-Gravenhage, 25 november 2009, LJN: BK6081

Man en vrouw zijn gescheiden in 2007. De man, tevens dga van een holding met een pensioen BV, voert aan dat de pensioenopbouw slechts een fiscaal karakter heeft en derhalve niet onder de werking van de Wet VPS valt. Er was geen intentie om een werkelijke pensioenvoorziening te treffen. Het hof overweegt dat op grond van artikel 1, lid 4 Wet VPS het door de man opgebouwde pensioen onder de Wet VPS valt. In deze uitspraak is geen beslissing genomen over het al dan niet afstorten van het pensioen, maar over het feit dat het pensioen onder de werking van de Wet VPS valt.

Paragraaf 3.5.5 Rechtbank Rotterdam, 23 februari 2011, LJN: BP6657

Man en vrouw zijn gescheiden in 2006. De vrouw eist het afstorten van het kapitaal dat nodig is om haar pensioenaanspraken onder te brengen bij een verzekeraar. De rechtbank verwijst naar HR 9 februari 2007.⁴⁶ De Hoge Raad heeft toen beslist dat de redelijkheid en billijkheid in het algemeen zullen meebrengen dat er afgestort moet worden. Of hier aanspraak op gemaakt kan worden, hangt af van de omstandigheden van het geval. Volgens de Hoge Raad kon niet van de

⁴⁵ Rechtbank Zutphen, 25 februari 2009, LJN: BI0348, r.o. 5.16.

⁴⁶ HR 9 februari 2007, nr. R06/021, NJ 2007, 306.

vereveningsgerechtigde geveerd worden, dat ze afhankelijk blijft van haar ex-echtgenoot en de risico's die gepaard gaan met eigen beheer pensioen blijft dragen.⁴⁷

Om vast te stellen of de BV de verplichting tot afstorting kan nakomen, moet volgens de rechtbank een drietal vragen worden beantwoord.⁴⁸ Vraag 1 luidt of de continuïteit van de onderneming niet in gevaar komt door de afstorting. Vraag 2 luidt of de BV blijft beschikken over voldoende weerstandsvermogen. Vraag 3 luidt of de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen in overeenstemming is met wat in die branche gebruikelijk is. Bij alle drie de vragen is de strekking van de overwegingen van de rechtbank dat er sprake is van een verlieslijdende onderneming en dat er een liquiditeitsprobleem is.⁴⁹ Eiseres voert aan dat er in 2006, de peildatum ingevolge de Wet VPS, voldoende middelen ter beschikking waren om het pensioen af te storten. De rechtbank oordeelt echter dat moet worden uitgegaan van het tijdstip waarop de verplichting nagekomen moet worden.⁵⁰ De rechtbank stelt dat de man en de BV voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat de BV niet in staat is om af te storten van het door de vrouw geëiste bedrag en wijst het verzoek van de vrouw af. Over het eventueel vrijmaken of aantrekken van liquiditeiten wordt, in tegenstelling tot in HR 9 februari 2007⁵¹, niets vermeld.

Paragraaf 3.5.6 Gerechtshof Arnhem, 13 september 2011, LJN: BU4927

Man en vrouw zijn gescheiden in 2009. Er is pensioen opgebouwd in eigen beheer (in de BV van de man) en er is extern pensioen opgebouwd door de man en de vrouw, verzekerd door de man. De man heeft aannemelijk gemaakt dat de BV in problemen zou komen indien tot afstorting moest worden overgegaan. Er moet volgens het hof rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Deze omstandigheden waren onder andere dat het deel dat extern was verzekerd op naam van de man toebedeeld is aan de vrouw, dat de vrouw recht heeft gekregen op het opgebouwde pensioen van de man en dat ze haar eigen opgebouwde pensioen niet hoefde te verevenen. Hiermee was een deel van haar aanspraken derhalve al veiliggesteld en hoefde zij geen vrees te hebben dat haar aanspraken illusoir werden, in tegenstelling tot de man. In deze uitspraak werd een afstortingsclaim van de vrouw afgewezen.

⁴⁷ Rechtbank Rotterdam, 23 februari 2011, LJN: BP6657, r.o. 6.2.

⁴⁸ Rechtbank Rotterdam, 23 februari 2011, LJN: BP6657, r.o. 6.3.

⁴⁹ Rechtbank Rotterdam, 23 februari 2011, LJN: BP6657, r.o. 6.4-6.6.

⁵⁰ Rechtbank Rotterdam, 23 februari 2011, LJN: BP6657, r.o. 6.7.

⁵¹ HR 9 februari 2007, nr. R06/021, NJ 2007, 306.

Opmerkelijk is dat het hof bij het al dan niet beslissen tot afstorten van het pensioen, ook de met de verdeling gepaard gaande fiscale afrekening van de aandelen in beschouwing neemt.⁵² Vanwege het bedrag van het afrekenen tegen een te hoge waarde dan de aandelen feitelijk waard zijn, komt het hof de man tegemoet in de pensioenkwestie.

Paragraaf 3.5.7 Conclusie lagere rechtspraak

De verscheidenheid onder de rechtbanken en gerechtshoven is niet groot. Er is slechts één rechterlijke instantie die oordeelt dat er voldoende aannemelijk is gemaakt dat de BV niet in staat is om tot afstorten over te gaan. Bij de andere uitspraken waar werd geëist om af te storten, wordt wel een verplichting tot afstorten opgelegd. Rechtbank Zutphen en rechtbank 's-Hertogenbosch doen enkel uitspraak over de waarde van het af te storten bedrag voor zover dit bedrag al dan niet de provisies bestrijkt. Ze laten de waarde van de pensioenaanspraak buiten beschouwing

Paragraaf 3.6 Conclusie

Een dga die zich beroept op het ontbreken van liquiditeiten en zo zijn afstortingsverplichting van zich af wil schuiven, komt bedrogen uit. Uit de reeds besproken arresten blijkt dat slechts wanneer de continuïteit van de onderneming in gevaar komt door de verplichting tot afstorten, de eisen van redelijkheid en billijkheid toelaten dat er geen uitvoering aan het afstorten hoeft worden gegeven. Waar de Hoge Raad in 2004 nog oordeelde dat de eisen van redelijkheid en billijkheid er toe kunnen leiden dat er tot afstorting dient te worden overgegaan, komt er in 2007 een soort algemene regel die stelt dat er in het algemeen tot afstorting moet worden overgegaan.

De rechtbanken en hoven oordelen slechts een enkele keer niet in overeenstemming met de Hoge Raad, maar lijken vaker slechts te nuanceren wat de Hoge Raad heeft beslist. Slechts rechtbank Rotterdam oordeelt dat er moet worden afgestort.

Het wettelijk kader waarin de rechtspraak zich zou moeten begeven is de Wet VPS, PW en (eventueel eerder geldende) PSW. Hierin staat geen verplichting tot afstorten in het geval van

⁵² Hof Arnhem, 13 september 2011, *LJN*: BU4927, r.o. 4.14.

chtscheiding. De rechtelijke macht wijkt hier echter veelal van af. Samenvattend concludeer ik dat de Hoge Raad steeds duidelijker heeft geformuleerd wanneer er in beginsel tot afstorting dient over te gaan, maar dat dit geen wettelijke grondslag in de PW en Wet VPS heeft.

Hoofdstuk 4 Waardering van pensioenverplichtingen

Paragraaf 4.1 Inleiding

Mijns inziens is het opvallend dat de rechtspraak nauwelijks, beperkt of niet oordeelt over de waarde van het af te storten bedrag, maar wel oordeelt dat er moet worden afgestort. Partijen nemen dit vaak niet mee in hun eis. De waarde van dit af te storten bedrag is echter een essentieel punt waaraan in mijn optiek niet voorbij gegaan kan worden. De waardebepaling van de pensioenverplichting op de fiscale balans, de waarde van het af te storten bedrag en de verschillen tussen de fiscale en de commerciële waarde worden in dit hoofdstuk nader toegelicht, evenals het probleem bij het afstorten. Met de commerciële waardering wordt in dit hoofdstuk de waardering die verzekeringsmaatschappijen hanteren bedoeld.

Op grond van artikel 2 Wet op de vennootschapsbelasting (hierna: Wet VPB 1969) is de besloten vennootschap een subject voor het heffen van vennootschapsbelasting. Op grond van artikel 2, lid 5 Wet VPB 1969 zijn pensioen-BV's subjectief belastingplichtig. In artikel 5, lid 1, sub b Wet VPB 1969 staat een subjectieve vrijstelling voor pensioen-BV's. Per 1 januari 1992 is artikel 5, lid 2 Wet VPB opgenomen en is bepaald dat deze subjectieve belastingvrijstelling niet geldt voor directiepensioenlichamen.⁵³ Op grond van artikel 8, lid 1 Wet VPB 1969 wordt de fiscale winst mede bepaald door rekening te houden met bepalingen uit de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001). Met name de artikelen 3.25 tot en met 3.29 Wet IB 2001 zijn voor de aftrek van de indexatielasten en de waardering van pensioen in eigen beheer relevant.

Artikel 3.25 Wet IB 2001 bepaalt dat uitgaven op basis van goedkoopmansgebruik moeten worden toegerekend aan het jaar waarop zij betrekking hebben. Het begrip goedkoopmansgebruik is nader ontwikkeld in de jurisprudentie. Uit de jurisprudentie blijkt dat diverse beginselen (eenvoud-, voorzichtigheids- en realisatiebeginsel) een rol spelen bij goedkoopmansgebruik.⁵⁴ Met name het voorzichtigheidsbeginsel is van toepassing op de aftrekbaarheid van de lasten van de pensioenverplichting. In paragraaf 2 wordt de parlementaire geschiedenis van artikel 3.26 tot en met 3.29 Wet IB 2001 behandeld. Paragraaf 3 gaat in op doel en strekking van voornoemde bepalingen. Paragraaf 4 sluit af met een conclusie en signaleert hierin de kern van het probleem bij afstorten van (een deel van) het pensioen.

⁵³ Wet van 12 december 1991, *Stb.* 1991, 697.

⁵⁴ HR 1 februari 2008, nr. 43.495, *NTFR* 2008/245.

Paragraaf 4.2 Parlementaire geschiedenis

In HR 8 december 1971, nr. 16.610, *BNB* 1972/26 had een NV een pensioentoezegging gedaan aan werknemers in de vorm van een eindloonregeling. De NV wilde op grond van goedkoopmansgebruik de comingbackservicelasten (dit zijn de lasten voor het opgebouwde pensioen in verband met indexatie) van dat jaar in aftrek brengen. Het hof oordeelde dat de last van het betreffende jaar ook de comingbackservicelasten omvatte, vanwege het verband tussen de geleverde arbeid en de beloning hiervoor, mede omvattende de pensioenaanspraak.⁵⁵ Ze overweegt dat de lasten zich weliswaar nog niet voordoen, maar reeds vastgesteld kunnen worden. De Hoge Raad oordeelt dat om die reden de lasten aan het betreffende jaar kunnen worden toegerekend.

Naar aanleiding van het zogenoemde 'comingbackservice-arrest'⁵⁶ is destijds artikel 9a Wet IB 1964 opgenomen. Voorafgaand aan deze wetswijziging heeft de staatssecretaris in een besluit aangegeven dat bij het bepalen van de hoogte van de dotatie aan de pensioenvoorziening geen rekening gehouden mocht worden met toekomstige loonontwikkelingen en inflatoire ontwikkelingen.⁵⁷ Indien met deze aspecten wel rekening mag worden gehouden zou dat grote gevolgen hebben voor de schatkist. De winst van BV's en NV's waar pensioen wordt opgebouwd zouden verdwijnen in verband met het nemen van grote lasten om de comingbackservice pensioenverplichtingen na te komen. Hij voegde eraan toe dat indien de belastingplichtigen zich op bovengenoemd arrest beriepen, ze de inflatie op moesten tellen bij de toen geldende marktrente. De inflatie is, indien belastingplichtigen zich beriepen op het arrest, namelijk al meegenomen bij het berekenen van de jaarlasten. Tevens werd aangekondigd dat de staatssecretaris dit wettelijk vast wilde leggen.

Op 23 juli 1974 werd het wetsvoorstel ingediend voor artikel 9a Wet IB 1964 (het huidige artikel 3.26 Wet IB 2001) bij de Tweede Kamer.⁵⁸ Het doel van dit wetsvoorstel was om de gevolgen van het arrest van HR 8 december 1971, nr. 16.610, *BNB* 1972/26 ongedaan te maken door te stellen dat het rekening houden met toekomstige inflatie in strijd is met goedkoopmansgebruik. Het wetsvoorstel trad in werking op 1 januari 1973 en zou werkend zijn tot en met 1980. Een

⁵⁵ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 5 maart 1971,

⁵⁶ HR 8 december 1971, nr. 16.610, *BNB* 1972/26.

⁵⁷ Resolutie van 7 februari 1972, nr. B 72/1523, *BNB* 1972/71.

⁵⁸ Kamerstukken II 1974-1975, 13 004, nr. 2, p. 1.

wergroep onder leiding van Hofstra zou in deze periode door middel van een studie gaan onderzoeken wat de consequenties zijn van inflatoire ontwikkelingen op de belastingheffing.⁵⁹ De uitkomst van deze studie zou te lang op zich laten wachten om tot die tijd niet in te grijpen.⁶⁰ Belastingplichtigen konden zich na deze wijziging niet meer beroepen op het comingbackservice-arrest. Op 24 juni 1975 volgt nog een wetsvoorstel naar aanleiding van een amendement van het (destijds) Tweede Kamerlid Vermaat waarin wordt bepaald dat er gerekend moet worden met een minimale rekenrente van 4% bij het bepalen van de lasten.⁶¹ Zo komt artikel 9a, lid 6 Wet IB1964 in de wet (later artikel 3.28 Wet IB 2001). De marktrente was in 1975 rond de 9%.⁶² Een rekenrente hanteren van 4% leek destijds een veilige keuze omdat de marktrente al jaren gestaag steeg.⁶³ Een lagere marktrente leek toen niet mogelijk. Destijds gebruikten de verzekeringsmaatschappijen 4% om het doelvermogen van de deelnemers te berekenen.⁶⁴ De Verzekeringskamer heeft dit percentage aanvaard. De Tweede Kamer leidde hieruit af dat een daling van de marktrente niet in de lijn der verwachting lag en daarom is dit percentage volgens de kamerstukken opgenomen in de wet.⁶⁵ Op 1 januari 1976 is dit verankerd in artikel 9a, lid 6 Wet IB 1964.

De conclusie van de studie Hofstra was dat er voor artikel 9a Wet IB 1964 geen inhoudelijke wijziging werd behoeft.⁶⁶ Vervolgens heeft deze bepaling later permanente werking gekregen.⁶⁷ Bij de invoering van de Wet IB 2001 is artikel 9a Wet IB 1964 gesplitst in artikel 3.26 tot en met 3.28 Wet IB 2001, zonder inhoudelijke wijzigingen.⁶⁸

Na artikel 9a Wet IB 1964 is later artikel 9b Wet IB 1964 ingevoerd.⁶⁹ Net als in artikel 9a, lid 6 Wet IB 1964, is er destijds in 1995 in artikel 9b Wet IB 1964 een minimum van 4% rekenrente

⁵⁹ Kamerstukken II 1977-1978, 14 932, nr. 1 en Kamerstukken II 1979-1980, 14 932, nr. 2.

⁶⁰ Kamerstukken II 1974-1975, 13 004, nr. 5, p. 1. De schatting was dat er 750 miljoen gulden gederfde inkomsten per jaar zouden zijn.

⁶¹ Kamerstukken II 1974- 1975, 13 004, nr. 20, p. 1.

⁶² CBS Statline, Historisch overzicht rentestanden en rendementen.

⁶³ CBS Statline, Historisch overzicht rentestanden en rendementen.

⁶⁴ Kamerstukken II 1974- 1975, 13 004, nr. 5-6, p. 27-28.

⁶⁵ Kamerstukken II 1974- 1975, 13 004, nr. 20, p. 1

⁶⁶ H.J. Hofstra, *Rapport inflatieneutrale belastingheffing*, Den Haag: Staatsuitgeverij, 1978, p. 197.

⁶⁷ Wet van 2 december 1980, *Stb.* 1981, 722.

⁶⁸ Kamerstukken II 1998-1999, 36 727, nr. 3, p. 107.

⁶⁹ Wet van 23 december 1994, *Stb.* 1994, 934.

opgenomen. Heden hanteren de verzekeringsmaatschappijen een rekenrente van 3%.⁷⁰ De 4% rekenrente uit 1976 (wat betreft de jaarlijkse lasten) en nogmaals herhaald in 1995 (wat betreft de waardering van pensioenen) is hier niet op aangepast. De motivering van de wetgever dat het percentage is afgeleid van het percentage dat is aanvaard door de Verzekeringskamer (heden: De Nederlandsche Bank) gaat niet meer op.

Paragraaf 4.3 Doel en strekking

Artikel 3.26 tot en met 3.28 Wet IB 2001 hebben betrekking op de aftrek van de indexatielasten. Paragraaf 4.3.1 gaat hier uitgebreid op in. In paragraaf 4.3.2 komt artikel 3.29 Wet IB 2001 aan de orde, hetgeen betrekking heeft op de waardering van het pensioen in eigen beheer.

Paragraaf 4.3.1 Aftrek indexatielasten van pensioen in eigen beheer

Artikel 3.26, lid 1 Wet IB 2001 voorkomt dat de lasten van toekomstige loon- en prijsstijgingen (de indexatielasten) in aftrek worden genomen bij het bepalen van de jaarwinst en heeft derhalve een beperkende werking op het voorzichtigheidsbeginsel van goedkoopmansgebruik uit artikel 3.25 Wet IB 2001. Lid 2 bepaalt dat deze lasten mogen worden afgetrokken in het jaar dat ze zich voordoen. Op lid 1 zijn twee uitzonderingen, vastgelegd in artikel 3.27 en 3.28 Wet IB 2001.

Artikel 3.27, lid 1 Wet IB 2001 bepaalt dat de lasten wel in aanmerking mogen worden genomen indien reeds aan het betalingscriterium voldaan is. Er is bij pensioenopbouw in eigen beheer geen sprake van een betalingsverplichting en er wordt niet voldaan aan lid 2 en 3. Derhalve biedt dit artikel geen oplossing. In lid 4 is een delegatiebepaling opgenomen die verwijst naar artikel 10 Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 (hierna: Uitv. Reg. Wet IB 2001). Indien aan de eisen van lid 2 voldaan is, is er voor de toepassing van artikel 3.27, lid 1 Wet IB 2001 wel aan het betalingscriterium voldaan. Artikel 10, lid 2 Uitv. Reg. Wet IB 2001 verlangt dat bij overlijden van de dga de pensioengelden ten goede komen aan een maatschappelijk doel. Dit is een zware eis omdat de pensioengelden niet via erfrecht terecht komen bij de erfgenamen. Artikel 3.27 Wet IB 2001 strekt ertoe al het oneigenlijk gebruik in de sfeer van het eigen beheer pensioen tegen te gaan. Artikel 3.28 Wet IB 2001 biedt meer soelaas. Indien wordt uitgegaan van het actuele loon en een rekenrente van in feite ten minste 4%, wordt er geacht geen sprake

⁷⁰ D.W. Bakker, *De DGA Pensioenpocket*, Deventer: Kluwer 2007, p. 117 en 118.

te zijn van lasten van toekomstige loon- en prijsstijgingen voor toepassing van artikel 3.26 Wet IB 2001. Met in feite ten minste 4% wordt bedoeld dat de gesaldeerde rekenrente, dat wil zeggen de marktrente minus de indexatie, ten minste 4% moet bedragen.⁷¹ In het besluit van 3 juli 2008 geeft de staatssecretaris aan dat de indexatie bij open geïndexeerde pensioenen moet worden vastgesteld op 2%.⁷² Hierover volgt meer in paragraaf 4.3.2.2.

Commercieel wordt de indexatieverplichting wel gewaardeerd.⁷³ Het verdient aandacht dat de marktrente ten tijde van het invoeren van artikel 9a Wet IB 1964 aanzienlijk hoger was dan nu. Zolang de feitelijke rekenrente nog boven de 4% uit artikel 3.28 Wet IB 2001 ligt, wordt er toch rekening gehouden met een stuk toekomstige loon- en prijsstijgingen. De marktrente is echter al jaren niet meer boven de 6% (saldo van 4% rekenrente en 2% indexatie) en de feitelijke rekenrente dus ook niet.⁷⁴

Paragraaf 4.3.2 De waardering van pensioen in eigen beheer

Artikel 8, lid 6 Wet VPB 1969 verwijst naar artikel 3.29 Wet IB 2001. Dit artikel is een uitzondering op het in artikel 3.25 Wet IB 2001 geformuleerde goedkoopmansgebruik. Voor de fiscale waardering van pensioenen geldt derhalve een andere waardering dan die op grond van goedkoopmansgebruik, waarbij rekening moet worden gehouden met de actuariële grondslagen en een rekenrente van tenminste 4%.⁷⁵ Op de commerciële balans mag de pensioenverplichting opgenomen worden tegen de fiscale waarde.⁷⁶ In de toelichting bij de jaarstukken moet het verschil tussen de fiscale waarde en de waarde in het economisch verkeer worden aangegeven. Aan de hand van de commerciële balans wordt vervolgens vastgesteld of er dividend uitgekeerd kan worden.⁷⁷ Hierbij zou het uitgangspunt derhalve de fiscale waarde van de pensioenverplichting zijn. Het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen heeft op 21 september 2012 het standpunt ingenomen dat het uitgangspunt de commerciële waardering van de

⁷¹ D.W. Bakker, *De DGA Pensioenpocket*, Deventer: Kluwer 2007, p. 117.

⁷² Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP 2008/447M, *Stcrt.* nr. 133.

⁷³ C. Beishuizen en J.A.L. Borremans, 'DGA Pensioen in eigen beheer: De informatieplicht van de accountant in het kader van de waardering van de pensioenreserve', *Pensioen&Praktijk*, 2005/6.

⁷⁴ <http://www.pensioenperspectief.nl/kerncijfers/fiscale-marktrente.html>.

⁷⁵ Artikel 3.29 Wet IB 2001.

⁷⁶ Richtlijnen voor de jaarverslaggeving (grote en middelgrote ondernemingen), *RJ* 2012/271.3. onderdeel 271.318 en Richtlijnen voor de jaarverslaggeving (kleine rechtspersonen), *RJk* 2012/B14.1, onderdeel B14.110.

⁷⁷ Artikel 2:216 BW.

pensioenverplichting moet zijn.⁷⁸ Hierbij is het uitgangspunt de waarde in het economisch verkeer.

Eenzijds staat in het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) dat aan de hand van de commerciële balans wordt vastgesteld of er dividend uitgekeerd kan worden. Vanwege de goedkeuring in de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving zou moeten worden uitgegaan van de fiscale waarde van de pensioenverplichting. Anderzijds is er het standpunt ingenomen dat het uitgangspunt om dividend uit te keren de commerciële waarde van de pensioenverplichting leidend is. Dit standpunt is mijns inziens tegenstrijdig met hetgeen in het BW staat.

Met actuariële grondslagen wordt bedoeld dat het doelvermogen met behulp van actuariële rekenkunde wordt vastgesteld.⁷⁹ Hierbij wordt onder andere rekening gehouden met de sterftekans van de deelnemers. Dit wordt nader toegelicht in paragraaf 4.3.2.1. De rekenrente is een onderdeel van de actuariële grondslagen. Dit wordt behandeld in paragraaf 4.3.2.2. In paragraaf 4.3.2.3 volgt een korte conclusie. De overige verschillen tussen de fiscale en commerciële waardering zoals het vooroverlijdensrisico, direct ingaande overlijdensrisico en de kosten- en winstopslag van verzekeringsmaatschappijen worden niet besproken aangezien het niet relevant is voor mijn probleemstelling.

Paragraaf 4.3.2.1 Sterftetafels en leeftijdsterugstelling

Een sterftetafel duidt het aantal overlevenden per leeftijd van een bepaalde bevolking aan, van de geboorte tot het sterven van die bevolking⁸⁰. Kort gezegd geven sterftetafels inzicht in de sterftekansen van de bevolking gedurende een periode. Aan de hand hiervan kan bepaald worden hoeveel jaren het pensioen zal moeten uitkeren en hoeveel pensioen er derhalve aanwezig moet zijn. Levensverzekeringsmaatschappijen passen bij berekening van het doelvermogen met gebruik van sterftetafels een correctie toe, de leeftijdsterugstelling. Voor de dga is het aantrekkelijk om een leeftijdsterugstelling te hanteren omdat dit leidt tot hogere premies. Er zal immers een financiering voor het bedrag van de extra levensjaren moeten zijn. Dit resulteert in een hogere fiscaal aftrekbare dotatie per jaar.

⁷⁸ Pensioen/stamrecht eigen beheer en terugbetalen aandelenkapitaal of uitkeren dividend (Vraag & Antwoord 12-008 d.d. 210912).

⁷⁹ HR 14 januari 1959, nr. 13.808, *BNB* 1959/74.

⁸⁰ C. Devoet, *Levensverzekeringen: technische en juridische aspecten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 77.

De Hoge Raad heeft in 1996 geoordeeld dat de dga die rekening houdt met de leeftijdsterugstelling door middel van hoge jaarlijkse dotaties, niet in strijd handelt met goedkoopmansgebruik.⁸¹ Na deze uitspraak is in de wet voor de dga een restrictie opgenomen aangaande de leeftijdsterugstelling. Op grond van artikel 8, lid 6 Wet VPB 1969 kan leeftijdsterugstelling slechts worden toegepast ter correctie van het verschil tussen de gehanteerde overlevingstafel en een overlevingstafel van recentere datum⁸². Er is derhalve een risico dat het doelvermogen onvoldoende omvang blijkt te hebben (eventueel na correctie van de toegestane leeftijdsterugstelling), omdat de dga onverwacht langer leeft dan de sterftetafel weergeeft.

Paragraaf 4.3.2.2 Rekenrente en indexatie

Op grond van artikel 3.29 Wet IB 2001 moet er bij de waardering van het pensioen in eigen beheer rekening worden gehouden met een rekenrente van ten minste 4%. Indien hier niet aan wordt voldaan, wordt aangenomen dat dit deel van de rente betrekking heeft op de indexatie. De marktrente wordt elk jaar gepubliceerd in het marktrentebesluit door de staatssecretaris van Financiën.⁸³ Per 1 januari 2004 is het u-rendement de grondslag voor het berekenen van de marktrente.⁸⁴ De marktrente wordt maandelijks vastgesteld op de laagste stand van het u-rendement van die maand en de acht voorgaande maanden door het Verbond van Verzekeraars, Centrum voor Verzekeringsstatistiek.⁸⁵ Het u-rendement geeft de effectieve rente op staatsleningen met een looptijd van twee tot vijftien jaar aan.⁸⁶ Voor het waarden op grond van artikel 3.29 Wet IB 2001 wordt uitgegaan van de marktrente van de laatste maand van het boekjaar, maar met een minimum van 4%.⁸⁷ De verzekeraars hanteren als rekenrente de geldende marktrente. Commercieel gezien is de rekenrente gelijk aan de marktrente.

Na diverse jurisprudentie stelt de Hoge Raad zich op het standpunt dat voor open geïndexeerde pensioenen de door de professionele verzekeraars gehanteerde rekenrente gebruikt kan blijven

⁸¹ HR 13 maart 1996, nr. 30.705, *BNB* 1996/217.

⁸² Artikel 8, lid 6, laatste volzin Wet VPB 1969.

⁸³ Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, *Stcrt.* nr. 133.

⁸⁴ Besluit van 11 maart 2004, nr. CPP2004/517M, *V-N* 2004/18.10.

⁸⁵ L.G.M. Stevens, *Pensioen in de winstsfeer*, Deventer: Kluwer 2010, p. 119.

⁸⁶ C.J.G.M. Hendriks & J. Hermes, *Beleggingstermen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 80.

⁸⁷ L.G.M. Stevens, *Pensioen in de winstsfeer*, Deventer: Kluwer 2010, p. 119-120.

worden.⁸⁸ Open geïndexeerde pensioenen zijn pensioenen die na pensioeningangsdatum met de CAO loonindex of het consumentenprijsindexcijfer mee stijgen. Bij de dga met pensioen in eigen beheer komt een open indexpensioen vaak voor. Naar aanleiding van het arrest HR 14 april 2006,⁸⁹ waar de Hoge Raad oordeelt dat de berekening van de overdrachtswaarde van een open indexatiepensioen moet geschieden op basis van de tarieven van professionele verzekeraars, heeft de staatssecretaris in het besluit van 3 juli 2008 aangegeven dat de fictieve indexatie mag worden vastgesteld op 2%.⁹⁰

Paragraaf 4.3.2.3 Conclusie

Fiscaal en commercieel dienen zich verschillende knelpunten aan. De dga kan onverwacht langer leven dan de sterftetafel, eventueel na correctie van de leeftijdsterugstelling, weergeeft. Ten tweede is er een verschil in de gehanteerde rekenrente. Commercieel is deze gelijk aan de marktrente terwijl er fiscaal restricties zijn wat betreft de hoogte. Deze moet minimaal 4% zijn. Dit is een probleem als bij bijvoorbeeld echtscheiding een deel van de aanspraken afgestort moet worden. De fiscale verplichting moet dan omgezet worden in een commerciële waardering. Ten derde is er het verschil van indexatie. Commercieel wordt deze indexatieverplichting mee gewaardeerd. Fiscaal wordt er geen rekening gehouden met de indexatie, met uitzondering indien de marktrente hoger is dan 6%. De indexatie is volgens het besluit 2%⁹¹ en als deze percentages worden gesaldeerd komt er een percentage van 4 uit. Ook het verschil van de gehanteerde indexatie draagt bij aan het probleem bij afstorten. Commercieel zullen dan, net als bij de rekenrente, hogere bedragen worden berekend dan er fiscaal gezien aanwezig zijn indien de marktrente lager is dan 6%. Dat is al jaren het geval.

Paragraaf 4.4 Conclusie

Fiscale optimalisering van het pensioen is natuurlijk niet voorbehouden aan de dga met pensioenopbouw in eigen beheer, maar wel eenvoudiger. Bij verhoging van de pensioenaanspraken vloeien er geen hogere premies weg naar een verzekeringsmaatschappij. Er zijn geen liquiditeitsstromen die de onderneming verlaten, terwijl het fiscale voordeel zich meteen aandient.

⁸⁸ HR 28 juni 2000, nr. 34.169, *BNB* 2000/931 en HR 14 juli 2000, nr. 35.489, *BNB* 2000/1031.

⁸⁹ HR 14 april 2006, nr. 41.569, *BNB* 2006/278.

⁹⁰ Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP 2008/447M, *Stcrt.* nr. 133.

⁹¹ Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP 2008/447M, *Stcrt.* nr. 133.

Hierin schuilt tevens het gevaar van pensioenopbouw in eigen beheer. Door dat de liquiditeiten in de onderneming blijven, kan het aantrekkelijk zijn deze aan te wenden voor privéinvesteringen of dividenduitkeringen. Door de goedkeuring dat er op de commerciële balans de pensioenverplichting fiscaal mag worden gewaardeerd, wordt er meer ruimte getoond voor dividenduitkeringen dan er daadwerkelijk aanwezig is. Het CAP heeft het standpunt ingenomen dat er aangesloten moet worden bij de commerciële waarde van de pensioenverplichting.

Zoals in paragraaf 2.3 te lezen is, geldt er een afkoopverbod voor de dga. Indien dividend is uitgekeerd en later blijkt de pensioenverplichting niet voor realisatie vatbaar te zijn, kan er sprake zijn van afkoop en kan de sanctie van artikel 19b, lid 1 Wet LB 1964 van toepassing zijn.

Zoals kort aangehaald in hoofdstuk 2 ontstaat een knelpunt bij afstorten vanwege het waardeverschil tussen de commerciële en fiscale voorziening van de pensioenverplichting. Zelfs indien de financiële middelen voor afstorting van de helft van de fiscale pensioenverplichting kunnen worden onttrokken aan de onderneming, loopt dit mis. De dga is namelijk gebonden aan de beperkingen bij de waardering van het pensioen, beschreven in dit hoofdstuk. De verzekeraar werkt met de economische waarde van de pensioenkapitalen. De verschillen die ik heb onderzocht vinden hun oorzaak in de statische 4% van artikel 3.28 en 3.29 Wet IB 2001 uit 1976 en 1995. Dit is aanzienlijk gedateerd en naar mijn mening rijst de vraag of dit percentage langer houdbaar is in de tijd van een dalende marktrente.

Hoofdstuk 5 Toekomstvisies

Paragraaf 5.1 Inleiding

Nu in de vorige hoofdstukken inleiding is gegeven op het probleem en het probleem in hoofdstuk 4 duidelijk aan het licht is gekomen, komen nu enkele mogelijke oplossingen en toekomstvisies voorbij. Voor het schrijven van paragraaf 5.2 heb ik een literatuuronderzoek gedaan. De mening van diverse bekende auteurs komen aan bod. In paragraaf 5.3 wordt ingegaan op de arresten besproken in hoofdstuk 3 met de informatie uit hoofdstuk 4 in gedachte. Is er een ander standpunt van de rechtelijke instanties wenselijk in verband met de problemen gesignaleerd in hoofdstuk 4? In paragraaf 5.4 bespreek ik aanbevelingen aangaande de toekomst en de conclusie van dit hoofdstuk. Hier komt aan bod wat de wetgever mijns inziens zou moeten veranderen in zijn wetgeving over het verschil tussen de commerciële en de fiscale waarde van pensioenaanspraken.

Paragraaf 5.2 Literatuuronderzoek

In de literatuur komen diverse meningen naar voren wat betreft de waarde van de pensioenaanspraken, het al dan niet aanwezige pensioenbewustzijn van dga's en diverse toekomstvisies die onder andere inhouden dat pensioen in eigen beheer niet langer houdbaar is.

Over de waarde van pensioen benadrukt Bartel de starre houding van de fiscus betreffende het beleid van een rekenrente van 4% van pensioen in eigen beheer.⁹² Bartel stelt dat mede door de gehanteerde rekenrente van artikel 3.29 Wet IB 2001 de pensioenverplichting die opgebouwd is in eigen beheer ontoereikend is om deze verplichting later na te komen.⁹³ Het beleid zou meer dynamisch moeten zijn. Hij betoogt niet alleen meer dynamiek voor de wettelijke regels voor de waardering van pensioen maar ook voor de correcties om de voorziening in evenwicht te houden met de uitkeringen.

Staats vindt "de minimale rekenrente (...) zwaar gedateerd"⁹⁴ en vraagt zich af waarom de dga's met 4% rekenrente moeten blijven rekenen terwijl pensioenfondsen juist met de lagere rente

⁹² J.C.K.W. Bartel, 'Dga-pensioenverplichtingen', *NTFR* 2012/1068.

⁹³ J.C.K.W. Bartel, 'Dga-pensioenverplichtingen', *NTFR* 2012/1068.

⁹⁴ G.M.C.M. Staats, 'Waardeoverdracht dga-pensioen: stand van zaken', *PensioenMagazine* 2012/130.

moeten rekenen. Hij stelt dat de vraag of onderscheid moet worden gemaakt tussen een verzekeringsmaatschappij en een verzekeraar in de vorm van de eigen BV ontkennend beantwoord dient te worden.

Stevens⁹⁵ oordeelt dat er voor een vastgesteld percentage van vier in feite weinig bestaansrecht is. Hij vindt het passender als er een koppeling is met de rente die pensioenuitvoerders hanteren bij het vaststellen van de dekkingsgraad.

Schuurman⁹⁶ refereert aan een artikel van Borremans en Beishuizen over de uitholling van het dga-pensioen.⁹⁷ Zij pleiten voor het kunnen afzien van pensioen dat niet meer voor verwezenlijking vatbaar is, zonder dat een fiscale sanctie daarop onmiddellijk volgt. Ze refereren aan een uitspraak van Hof Amsterdam.⁹⁸ De rechter noemt hier een beperkt aantal voorbeelden waarbij sprake is van dwingend maatschappelijke redenen als voorwaarde. Borremans en Beishuizen vragen zich af of de crisis ook zo'n voorbeeld is, zodat fiscaal geruisloos van een deel van de pensioenvoorziening afgezien kan worden. Schuurman concludeert vervolgens dat de staatssecretaris de verhouding tussen BV en dga beperkt ziet, dus niet als dwingend maatschappelijke reden. Hij leidt dit af uit het inmiddels ingetrokken vraag- en – antwoordbesluit van 22 april 2004.

Dieleman is onlangs gepromoveerd op het onderwerp 'fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen'.⁹⁹ Over het hanteren van een vaste rekenrente van 4% is hij kritisch. Uit zijn onderzoek blijkt dat er 'geen gegronde redenen zijn om een vaste rekenrente van ten minste 4%, zoals tot op heden opgenomen in art. 3.29 Wet IB 2001, te blijven hanteren'. Een belangrijke aanbeveling op het terrein van de fiscale waardering van de pensioenverplichting is aan te sluiten bij de marktrente die verzekeringsmaatschappijen

⁹⁵ L.G.M. Stevens, *Pensioen in de winstsfeer*, Deventer: Kluwer 2010, p. 114-115.

⁹⁶ B.G.J. Schuurman, 'Pensioendenken leren van de dga's?', *PensioenMagazine* 2010, 44 en B.G.J. Schuurman, 'Crisis toont zwakte van pensioen in eigen beheer', *PensioenMagazine* 2009, 162.

⁹⁷ C. Beishuizen en J.A.L. Borremans, 'Hoe om te gaan met de uitholling dekkingsvermogen dga-pensioen?', *PensioenMagazine* 2009, 1.

⁹⁸ Gerechtshof Amsterdam, 27 november 2000, nr. 99/2650, *V-N* 2001/19.23.

⁹⁹ B. Dieleman, 'Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen', *Fiscale Monografie* nr. 140, Deventer: Kluwer 2012.

gebruiken. Zijn belangrijkste argument is dat deze optie al bij de parlementaire behandeling van artikel 3.28 Wet IB 2001 benoemd werd.¹⁰⁰

Onlangs pleitten Ter Beest en Gommer voor een aanpassing van de 4% rekenrente omdat dit recht zou doen aan de oorspronkelijke visie van de wetgever.¹⁰¹ Hiermee bedoelen zij dat het percentage van 4 gedateerd is omdat de bedoeling van de wetgever was om dit percentage gelijk te stellen met het percentage dat verzekeringsmaatschappijen gebruiken. Gezien dat percentage inmiddels drie is, zou een verlaging van het percentage uit de wet van vier naar drie te verwachten zijn. Tevens zou een variabel rentepercentage een goede oplossing zijn aldus Ter Beest en Gommer. Eerder pleitten zij al voor een al dan niet tijdelijke oplossing van de staatssecretaris om de problemen die zijn ontstaan door het besluit van 3 juli 2008 te verhelpen.¹⁰²

Kastelein noemt de financieringsfunctie van het pensioen in eigen beheer.¹⁰³ De financieringsfunctie van het pensioen nu staat lijnrecht tegenover de verzorgingsgedachte van het pensioen voor later. Deze doelstellingen spreken elkaar tegen. Op de 11^e Interpolis Pensioenlezing¹⁰⁴ gaf Dietvorst aan dat deze doelstelling van pensioen in het heden en voor de toekomst zeer strijdig met elkaar zijn.

Vennix ziet twee oorzaken van het geldtekort van de BV om de pensioenverplichting te dekken.¹⁰⁵ Ten eerste noemt hij het werkelijk behaalde rendement, dat lager is dan de 4% die fiscaal wordt aangehouden. Ten tweede noemt hij het verschil in waardering tussen commercieel en fiscaal. Hij betoogt dat de regels van pensioen in eigen beheer soepeler moeten worden omdat pensioen in eigen beheer geen 'gewoon' pensioen is. Het pensioen in eigen beheer dient anders te worden behandeld dan het reguliere werknemerspensioen aldus Vennix.

¹⁰⁰ Kamerstukken I 1975- 1976, 13.004, nr. 20b, MvA, p. 10.

¹⁰¹ P.A. Ter Beest en J.T. Gommer, 'Pensioen en dividend', *WFR* 2012/1609.

¹⁰² P.A. ter Beest en J.T. Gommer, 'Waardering van pensioen in (extern) eigen beheer', *WFR* 2009/546.

¹⁰³ M.E. Kastelein, 'Enkele ideeën over oudedagsvoorzieningen voor ondernemers', *PensioenMagazine* 2007,24.

¹⁰⁴ Te Tilburg University op 14 december 2012.

¹⁰⁵ W.J.M. Vennix, 'Pensioen in eigen beheer is geen gewoon pensioen', *WFR* 2012/1470.

Voor het afschaffen van pensioen in eigen beheer pleiten diverse auteurs. Dietvorst wijst op diverse argumenten voor afschaffing waaronder de in deze scriptie geschetste problematiek bij het afstorten in geval van echtscheiding.¹⁰⁶ Hij komt met diverse suggesties als alternatief, zoals een wettelijk verplicht pensioenfonds voor ondernemers. In een reactie hierop bepleit Schuurman dat pensioenopbouw in eigen beheer niet de juiste keuze is voor een solide pensioen.¹⁰⁷ De slechte advisering over pensioen in eigen beheer is hem een doorn in het oog. Hij acht pensioen in eigen beheer geen veilig pensioen en benoemt de mogelijkheid om een pensioenfonds op te richten voor de zzp'er en de dga. Hij gaat verder dan Dietvorst en wil de dga geheel niet meer als werknemer behandelen. Vrijburg daarentegen, ziet wel de voordelen van een pensioen in eigen beheer. Hij benadrukt vooral het aanwezige pensioenbewustzijn van de dga's en hun adviseurs en accountants.¹⁰⁸ Over het pensioenbewustzijn van dga's denkt Schuurman nadrukkelijk anders. Hij benadrukt juist het gebrek aan pensioenbewustzijn.¹⁰⁹

Paragraaf 5.3 Jurisprudentie over afstorten

In hoofdstuk 3 zijn drie belangrijke arresten geanalyseerd waarin de Hoge Raad afstorten als uitgangspunt neemt.¹¹⁰ De taak van de rechtelijke macht is om de wet te interpreteren. In dat opzicht kan de Hoge Raad of een andere rechtsprekend orgaan de wet niet wijzigen. Het wettelijke kader van deze uitspraken is de Wet VPS en de PW (en eventueel voorheen de PSW). In beginsel pleit ik voor een wettelijke verankering van het uitgangspunt dat er in geval van echtscheiding overgegaan moet worden tot afstorten in de Wet VPS of PW. Dan kan de Hoge Raad ook werkelijk zijn oordeel vellen binnen het kader van de wet. In deze paragraaf wordt inzichtelijk of en in hoeverre mijns inziens de Hoge Raad rekening had kunnen houden met de dalende markttrente waardoor het afstorten van het vereveningsdeel van het ouderdomspensioen niet zondermeer het uitgangspunt is indien om afstorten verzocht wordt.

Op basis van hetgeen in hoofdstuk 4 beschreven is, is er indien de financiële middelen binnen de onderneming zijn gehouden op grond van de fiscale waardering, toch een tekort wanneer er in

¹⁰⁶ G.J.B. Dietvorst, 'Hebben oudedagsreserve en pensioen in eigen beheer nog toekomst?', *PensioenMagazine* 2009, 167.

¹⁰⁷ B.G.J. Schuurman, 'Crisis toont zwakte van pensioen in eigen beheer', *PensioenMagazine* 2009, 162.

¹⁰⁸ S.M.M. Vrijburg, 'De kracht van pensioen in eigen beheer', *PensioenMagazine* 2010/124.

¹⁰⁹ B.G.J. Schuurman, 'Pensioendenken leren van de dga's?', *PensioenMagazine* 2010, 44.

¹¹⁰ HR 12 maart 2004, C02/319HR, *NJ* 2004,636, HR 9 februari 2007, R06/021HR, *NJ* 2007,306 en HR 20 maart 2009, R06/021HR, *LJN*: BG9458.

geval van echtscheiding afgestort zal moeten worden. In de arresten beschreven in hoofdstuk 3 is het onduidelijk of er een wanbeleid is geweest en als gevolg hiervan weinig liquiditeiten beschikbaar waren ten behoeve van het afstorten, of er problemen werden ondervonden door de commerciële waardering van de verzekeringsmaatschappijen die afwijkt van de fiscale waardering op de balans van de vennootschap. Mijns inziens zou op dit vlak nader onderzoek gedaan moeten worden per zaak. Indien geen rekening mee wordt gehouden zou de bonafide dga dezelfde sanctie worden opgelegd als de 'wanbeleid-voerende' dga.

In het arrest uit 2007 wordt zelfs aangegeven dat rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.¹¹¹ Met name in 2009 is de marktrente tot dan toe op een dieptepunt beland waardoor afstorten vrijwel onmogelijk lijkt te zijn gezien de tarieven van de verzekeraar. Toch houdt de Hoge Raad er geen rekening mee en oordeelt dat er tot afstorten moet worden overgegaan. In mijn optiek had de Hoge Raad ook de marktrente mee moeten nemen aangezien hij stelt rekening te houden met alle omstandigheden van het geval.

In HR 9 februari 2007¹¹² eist de vrouw de helft van de balanswaarde van de pensioenverplichting.¹¹³ De Hoge Raad wijst dit toe. Op grond van de Wet VPS is de man echter niet gehouden om de helft van de pensioenverplichting aan de vrouw over te dragen, maar de helft van de aanspraken. Dit wekt de vraag op of de eiseres weet waar ze recht op heeft. Ze had meer kunnen vorderen. De Hoge Raad stelt de eiseres in het gelijk en wijst de vordering toe. Slechts in voorgenoemde uitspraak doet de Hoge Raad uitspraak over een genoemd bedrag vanwege de balanswaarde. Naar aanleiding van de arresten beschreven in hoofdstuk 3 is de conclusie dat slechts wanneer de continuïteit van de onderneming in gevaar komt door de verplichting tot afstorten, de eisen van redelijkheid en billijkheid toelaten dat er geen uitvoering aan het afstorten hoeft worden gegeven. Voor de Hoge Raad kan oordelen of door de afstorting de continuïteit van de onderneming in gevaar komt, zal zij toch moeten weten om welke bedragen het gaat bij de afstorting. In deze zaak is het de hoogte van het bedrag wat moet worden afgestort echter geen geschilpunt.

¹¹¹ HR 9 februari 2007, R06/021HR, NJ 2007,306, r.o. 4.4.

¹¹² HR 9 februari 2007, R06/021HR, NJ 2007,306.

¹¹³ Onduidelijk is of het de fiscale pensioenverplichting of de commerciële pensioenverplichting betreft.

Zoals is aangegeven interpreteert de Hoge Raad de wet. Zolang de wetgever niets verandert aan de statische 4% in artikel 3.28 en 3.29 Wet IB 2001 zullen de uitspraken van de rechterlijke instanties niet wijzigen. De wet zal derhalve moeten veranderen voor de Hoge Raad bovenstaande zienswijze over zal nemen.

Als de Hoge Raad werkelijk rekening wil houden met alle omstandigheden van het geval zal er in mijn optiek een aantal elementen moeten veranderen. Ten eerste zal er een toets ontwikkeld moeten worden of er wanbeleid gevoerd is, zoals het doen van te hoge dividenduitkeringen, waardoor achteraf blijkt dat de pensioenverplichting niet nagekomen kan worden. Ten tweede zal er bij de beoordeling of de continuïteit van de onderneming in gevaar komt, uitgegaan moeten worden van de correcte aanspraken die verdeeld moeten worden. Ten derde zou de Hoge Raad rekening kunnen houden met de dalende marktrente die zorgt voor een groot verschil tussen deze marktrente en de rekenrente uit artikel 3.28 en 3.29 Wet IB 2001. Ik bepleit dat de redelijkheid en billijkheid mede inhouden dat er met deze omstandigheid rekening wordt gehouden.

Paragraaf 5.4 Aanbevelingen en conclusie

De waardering van pensioen in eigen beheer is een aanzienlijk probleem. De eenvoudigste oplossing zou zijn om het dga pensioen in eigen beheer niet meer fiscaal te stimuleren. Dit zou kunnen leiden tot afschaffen van het pensioen in eigen beheer omdat de fiscale prikkels weg zijn genomen om op deze wijze pensioen op te bouwen. Zoals in paragraaf 5.2 te lezen is, zijn diverse auteurs het met elkaar eens dat pensioenopbouw in eigen beheer geen solide toekomst meer heeft. Het voordeel van het afschaffen van pensioenopbouw in eigen beheer is dat de problematiek rondom de waardering van pensioen in eigen beheer verleden tijd is. Nadelen zijn dat sprake zal zijn van budgettaire derving en er passend overgangsrecht gecreëerd zal moeten worden. In de literatuur wordt onder andere een pensioenfonds speciaal voor dga's nader toegelicht als alternatief voor pensioen in eigen beheer.

Een andere ingrijpende oplossing kan gezocht worden in de parlementaire geschiedenis. De wetgever kan beslissen om de 4% rekenrente los te laten. Destijds bij de invoering was het een veilig percentage. Er werd aangesloten bij het percentage dat verzekeringsmaatschappijen hanteerden. De statische 4% lijkt achterhaald gezien de huidige marktomstandigheden.

Momenteel ligt de marktrente veel lager dan 4%. Daarom is er veel kritiek op de vaste rekenrente. Mijns inziens zijn er twee opties mogelijk betreffende de rekenrente. De mogelijkheden zijn een vast percentage of een variabel rentepercentage, afhankelijk van de marktrente. Deze oplossing roept nieuwe vragen op. Het percentage van vier zit verder verweven in de Wet IB 2001. Het fictieve rendement in box 3 is tevens vastgesteld op 4%. De vraag of dit percentage ook aan de marktrente gekoppeld kan worden lijkt onbespreekbaar. In de tijd van de hoogconjunctuur hebben belastingplichtigen hier ruimschoots van geprofiteerd. Daar staat tegenover dat in de tijd van laagconjunctuur en slechte economische resultaten dit gecompenseerd moet worden. Deze oplossing zou budgettair gezien niet de beste zijn, maar wel rechtdoen aan de economische situatie.

Wellicht zal het voor het inzicht van de dga zelf raadzaam kunnen zijn om de verplichting op de commerciële balans toch weer commercieel te gaan waarderen en niet gebruik te maken van de goedkeuring uit RJ 271. Zo ziet de dga welke verplichting er eigenlijk in de BV gedekt zou moeten zijn en komt hij wellicht minder snel in de verleiding om hoge dividenduitkeringen te doen. Hierdoor wordt de dividendproblematiek voor de toekomst aanzienlijk beperkt.

Een andere optie is om de huidige eind- en middelloonregelingen om te zetten in een soort beschikbare premieregeling. Deze optie is vooral bij echtscheiding aantrekkelijk, omdat dan niet de aanspraken maar de waarde verdeeld wordt die het pensioen op het moment van de echtscheiding heeft. De fiscus eist echter dat er in geval van omzetten van een eind- of middelloonregeling in een beschikbare premieregeling het ten eerste moet gaan om een zuivere beschikbare premieregeling. Ten tweede moet de economische waarde van de pensioenverplichting worden ingebracht.¹¹⁴ Opgebouwd pensioen omzetten in een beschikbare premieregeling mag niet op basis van de fiscale waarde. Hier zit het knelpunt. Voor de toekomst is het derhalve relevant dat een dga in dit opzicht beter vanaf het begin van de pensioenopbouw zichzelf een zuivere beschikbare premieregeling toe kan zeggen in de pensioenbrief.

De toevoeging van een negende lid aan artikel 19b Wet LB 1964 geldt nu alleen op pensioeningangsdatum en onder strikte omstandigheden dat de dga overtuigend aan kan tonen dat de pensioenverplichting voor een deel niet voor realisatie vatbaar is. Een dga die in

¹¹⁴ Kamerstukken I 2012-2013, 33 402, nr. D, p. 8 en 9.

aanraking komt met echtscheiding heeft hier, tenzij dit op de dag van pensionering gebeurt, niets aan. Wellicht zou de wetgever ook eens kunnen nadenken over een aanpassing van dit lid dat ook zou gelden op de scheidingsdatum. Hier zal een budgettaire derving mee gepaard gaan.

Hoofdstuk 6 Conclusie

Paragraaf 6.1 Samenvatting en beantwoording van de deelvragen

De dga heeft veel civielrechtelijke vrijheid als het gaat om het opbouwen van pensioen. Echter door de artikelen van de Wet LB 1964 en het Uitv. Besl. LB 1965 wordt deze vrijheid beperkt. Indien de dga gaat scheiden, is de Wet VPS van toepassing. De ex-partner heeft recht op verevening van het ouderdomspensioen en het bijzonder nabestaandenpensioen. De aanspraken worden dan verevend. Er kan gekozen worden voor conversie. Indien de ex-partner haar pensioenaanspraken wenst veilig te stellen, is afstorten een mogelijkheid.

Hierover is diverse rechtspraak verschenen. Een dga die zich beroept op het ontbreken van liquiditeiten en zo zijn afstortingsverplichting van zich af wil schuiven, komt bedrogen uit. Uit de reeds besproken arresten blijkt dat slechts wanneer de continuïteit van de onderneming in gevaar komt door de verplichting tot afstorten, de eisen van redelijkheid en billijkheid toelaten dat er geen uitvoering aan het afstorten hoeft worden gegeven. Waar de Hoge Raad in 2004 nog oordeelde dat de eisen van redelijkheid en billijkheid er toe kunnen leiden dat er tot afstorting dient te worden overgegaan, komt er in 2007 een soort algemene regel die stelt dat er in het algemeen tot afstorting moet worden overgegaan. Het wettelijk kader waarin de rechtspraak zich zou moeten begeven is de Wet VPS, PW en (eventueel eerder geldende) PSW. Hierin staat geen verplichting tot afstorten in het geval van echtscheiding. De rechtelijke macht wijkt hier echter veelal van af. Samenvattend concludeer ik dat de Hoge Raad steeds duidelijker heeft geformuleerd wanneer er in beginsel tot afstorting dient te worden overgegaan, maar dat de 'verplichting' tot afstorten geen wettelijke grondslag in de PW en Wet VPS heeft.

Bij pensioenopbouw in eigen beheer dienen zich voordelen aan. Er zijn geen liquiditeitsstromen die de onderneming verlaten, terwijl het fiscale voordeel zich meteen aandient. De pensioenvoorziening kan worden gebruikt om de onderneming in het heden te financieren. Hierin schuilt tevens het gevaar van pensioenopbouw in eigen beheer. Het doel van pensioen is immers een inkomensvoorziening voor later, niet voor nu. Zo spreken het doel van pensioen op zich en het doel van pensioen in eigen beheer elkaar tegen. Door dat de liquiditeiten in de onderneming blijven, kan het aantrekkelijk zijn deze aan te wenden voor dividenduitkeringen. Door de goedkeuring dat er op de commerciële balans een pensioenverplichting fiscaal mag

worden gewaardeerd, wordt meer ruimte getoond voor dividenduitkeringen dan er daadwerkelijk aanwezig is. Volgens het CAP moet er voor het doen van dividenduitkeringen uit worden gegaan van de commerciële waardering van de pensioenverplichting.

Door de beperkingen waar de dga aan gebonden is, is de waarde op de fiscale balans lager dan de waarde in het economische verkeer van de aanspraken waar de verzekeringsmaatschappij mee werkt. De verschillen die ik heb onderzocht vinden hun oorzaak in de statische 4% van artikel 3.28 en 3.29 Wet IB 2001 uit 1976 en 1995. Dit is aanzienlijk gedateerd en naar mijn mening rijst de vraag of dit percentage langer houdbaar is in de tijd van een dalende marktrente.

Samenvattend is de pensioenverplichting op de fiscale balans vaak onvoldoende gedekt doordat de regels rondom het waarderen van de pensioenverplichting fiscaal anders zijn dan economisch, in combinatie met de lage marktrente. Bij echtscheiding komt dit probleem naar voren.

Paragraaf 6.2 Conclusie en beantwoording van de probleemstelling

Mijn probleemstelling luidt:

“Wat is het verband tussen de dalende marktrente en de afstortproblematiek bij pensioen in eigen beheer en wat moet de wetgever hieraan veranderen?”

Het verband tussen de dalende marktrente en de afstortproblematiek is aan het licht gekomen in hoofdstuk 4. Door onder andere deze lage marktrente, naast de indexatieverplichting en dergelijke, is de commerciële waarde van het pensioen veel hoger dan de fiscale waarde. Wat de wetgever hieraan kan veranderen is aan bod gekomen in hoofdstuk 5, na een uitgebreide analyse van diverse literatuur.

Nu onderzocht is waar het probleem zit, de fiscale achtergrondinformatie is gegeven en enkele casussen uit de rechtspraak aan de orde zijn gekomen, breng ik diverse aanbevelingen in kaart door middel van een visie op de toekomst.

Zoals reeds in hoofdstuk 5 is aangegeven zijn er diverse toekomstperspectieven te vinden in de literatuur. Na deze oplossingen te hebben uitgewerkt ben ik tot de volgende conclusie gekomen. Het verbieden van pensioenopbouw in eigen beheer lijkt me geen passende oplossing. Er zal overgangsrecht gecreëerd moeten worden en bovendien acht ik afschaffen van een regeling die een probleem veroorzaakt kort door de bocht. Vanwege het dynamische karakter van de wereld waarin we hedendaags leven kan ik me het meest vinden in een koppeling van de marktrente aan de rekenrente uit artikel 3.29 Wet IB 2001. Een vast percentage lijkt me slechts een tijdelijke oplossing. Dit (lagere) percentage zal vroeg of laat geen recht doen aan de economische groei die nog komen gaat. Indien de wetgever een variabel percentage, gekoppeld aan de marktrente een te ingrijpende oplossing vindt (er gaat immers budgettaire derving mee gepaard), zou een koppeling tussen de te hanteren rekenrente en de rente die de pensioenuitvoerders hanteren bij het vaststellen van de dekkingsgraad de oplossing kunnen zijn.

Bronnenlijst

Boeken en artikelen

- D.W. Bakker, *De DGA Pensioenpocket*, Kluwer: Deventer 2007.
- J.C.K.W. Bartel, 'Dga-pensioenverplichtingen', *NTFR* 2012/1068, p. 1-4.
- P.A. ter Beest en J.T. Gommer, 'Pensioen en dividend', *WFR* 2012/1609.
- P.A. ter Beest en J.T. Gommer, 'Waardering van pensioen in (extern) eigen beheer', *WFR* 2009/546.
- C. Beishuizen en J.A.L. Borremans, 'Hoe om te gaan met de uitholling dekkingsvermogen dga-pensioen?', *PensioenMagazine* 2009, 1.
- C. Beishuizen en J.A.L. Borremans, 'DGA Pensioen in eigen beheer: De informatieplicht van de accountant in het kader van de waardering van de pensioenreserve', *Pensioen&Praktijk*, 2005/6.
- A.H.H. Bollen-Vandenboorn (red.), *Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*, Den Haag: SDU Uitgevers 2012.
- C. Devoet, *Levensverzekeringen: technische en juridische aspecten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 77.
- B. Dieleman, 'Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen', *Fiscale Monografie* nr. 140, Deventer: Kluwer 2012.
- G.J.B. Dietvorst, 'Hebben oudedagsreserve en pensioen in eigen beheer nog toekomst?', *PensioenMagazine* 2009, 167.
- C.J.G.M. Hendriks & J. Hermes, *Beleggingstermen*, Deventer: Kluwer 2004.
- H.J. Hofstra, *Rapport inflatieneutrale belastingheffing*, Den Haag: Staatsuitgeverij, 1978.
- M.E. Kastelein, 'Enkele ideeën over oudedagsvoorzieningen voor ondernemers', *PensioenMagazine* 2007, 24.
- M.L. Lennarts, 'Bespreking van HR 12 maart 2004', *Ondernemingsrecht* 2004, 362.
- M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Deventer: Kluwer 2006.
- M.H.M. van Oers, 'Waarde-overdracht pensioenvoorziening eigen beheer naar professionele verzekeraar bij echtscheiding', *WPNR* 1999, 6372.
- B.G.J. Schuurman, 'Pensioendenken leren van de dga's?', *PensioenMagazine* 2010, 44.
- B.G.J. Schuurman, 'Crisis toont zwakte van pensioen in eigen beheer', *PensioenMagazine* 2009, 162.
- Siegman, *Pensioen en scheiding*, Den Haag: SDU Uitgevers 2007.

Siegman, 'Ontwikkelingen ten aanzien van pensioen en scheiding bij de dga', *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2007, 52.

G.M.C.M. Staats, 'Waardeoverdracht dga-pensioen: stand van zaken', *PensioenMagazine* 2012/130.

L.G.M. Stevens, *Pensioen in de winstfeer*, Deventer: Kluwer 2010.

W.J.M. Vennix, 'Pensioen in eigen beheer is geen gewoon pensioen', *WFR* 2012/1470.

L.J.C. Vet, 'Overdracht pensioenverplichtingen: een andere weg?', *PensioenMagazine* 2012/131.

S.M.M. Vrijburg, 'De kracht van pensioen in eigen beheer', *PensioenMagazine* 2010/124.

E. Waterreus, 'De afstortingsplicht voor de DGA- Een reactie', *Pensioen & Praktijk* 2011/5, p. 18.

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 14 januari 1959, nr. 13.808, *BNB* 1959/74.

HR 8 december 1971, nr. 16.610, *BNB* 1972/26.

HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617 (Rensing/Polak)

HR 28 juni 2000, nr. 34.169, *NTFR* 2000/931.

HR 14 juli 2000, nr. 35.489, *NTFR* 2000/1031.

HR 12 maart 2004, nr. C02/319HR, *LJN*: AO1289, *NJ* 2004, 636.

HR 14 april 2006, nr. 41.569, *NTFR* 2006/559.

HR 9 februari 2007, nr. R06/021HR, *LJN*: AZ2658, *NJ* 2007, 306.

HR 1 februari 2008, nr. 43.495, *NTFR* 2008/245.

HR 20 maart 2009, nr. C07/201HR, *LJN*: BG9458.

HR 24 december 2010, nr. 09/03431, *LJN*: BM9257.

Gerechtshoven

Hof Amsterdam, 27 november 2000, nr. 99/2650, *V-N* 2001/19.23.

Hof Den Bosch 3 februari 2009, *PJ* 2009/118.

Hof Den Haag 25 november 2009, *PJ* 2010/53.

Rechtbank

Rechtbank Zutphen 25 januari 2009, *PJ* 2009, 96.

Rechtbank Den Bosch 20 mei 2009, *PJ* 2009/119.

Rechtbank Rotterdam 23 februari 2011, *PJ* 2012/32.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1974-1975, 13 004, nr. 2.

Kamerstukken II 1974-1975, 13 004, nr. 5.

Kamerstukken I 1975-1976, 13 004, nr. 20b.

Kamerstukken II 1977-1978, 14 932, nr. 1.

Kamerstukken II 1979-1980, 14 932, nr. 2.

Wet van 2 december 1980, *Stb.* 1981, 722.

Wet van 12 december 1991, *Stb.* 697.

Wet van 23 december 1994, *Stb.* 934.

Kamerstukken II 1998-1999, 26 020, nr. 104b.

Kamerstukken II 1998-1999, 36 727, nr. 3.

Kamerstukken II 2005-2006, 30 413, nr. 3.

Kamerstukken II 2005-2006, 30 655, nr. 3.

Kamerstukken II 2012-2013, 33 402, nr. 2.

Kamerstukken I 2012-2013, 33 402, nr. D.

Besluiten

Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, *Stcrt.* nr. 133.

Besluit van 11 maart 2004, nr. CPP2004/517M, V-N 2004/18.10.

Resolutie van 7 februari 1972, nr. B 72/1523, *BNB* 1972/71.

Overig

Pensioen/stamrecht eigen beheer en terugbetalen aandelenkapitaal of uitkeren dividend (Vraag & Antwoord 12-008 d.d. 210912).

Rekenrente balanswaardering eigen beheer pensioen met open indexatie (Vraag & Antwoord 09-004 d.d. 201210).

Richtlijnen voor de jaarverslaggeving (grote en middelgrote ondernemingen), *RJ* 2012/271.3. onderdeel 271.318.

Richtlijnen voor de jaarverslaggeving (kleine rechtspersonen), *Rjk* 2012/B14.1, onderdeel B14.110.

<http://www.pensioenperspectief.nl/kerncijfers/fiscale-marktrente.html>

Laatst geraadpleegd op 25 mei 2013.

<http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=37758&D1=31&D2=12-74&HDR=T&STB=G1&CHARTTYPE=1&VW=T>

Laatst geraadpleegd op 25 mei 2013.