

FP 2011-03 Pensioen, scheiding en fiscus

Inleiding

Bij een echtscheiding moet het gemeenschappelijk vermogen worden verdeeld. Dit is voor pensioenen in een aparte wet geregeld: de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding. Normaal gesproken heeft de afwikkeling van het pensioen geen fiscale gevolgen. Dat wordt echter anders indien men het pensioen afkoopt. Bij DGA's met een pensioen in eigen beheer zijn er altijd fiscale gevolgen bij de pensioenafwikkeling.

De civiele regeling: Wet VPS

Bij een 'standaard echtscheiding' zal er iets moeten gebeuren met twee stukken pensioen: het ouderdomspensioen en het partnerpensioen. Op basis van de Wet VPS en de Pensioenwet (PW), krijgt een ex-echtgenoot de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen, plus het volledige partnerpensioen dat tot de scheidingsdatum is opgebouwd. Bij het partnerpensioen telt dus ook de voorhuwelijkse opbouw mee, bij het ouderdomspensioen niet.

Indien men dat wil, kan door middel van huwelijkse voorwaarden of een echtscheidingsconvenant worden afgeweken van deze regeling. Er kan een afwijkende verdeling worden afgesproken in plaats van de 50-50 verdeling. Zelfs een verdeling 100-0 is mogelijk. Maar het is ook mogelijk de verevening te laten plaatsvinden over de opbouw van ouderdomspensioen over de jaren dat ongehuwd werd samengewoond. Men kan ook de hele verevening uitsluiten. Partijen zijn daar vrij in. Een praktisch attentiepunt daarbij is dat voor het ouderdoms- en partnerpensioen dan twee clausules moeten worden opgenomen. De verevening van ouderdomspensioen loopt via de Wet VPS; de regeling omtrent partnerpensioen is in de PW opgenomen.

Fiscale aspecten verevening

Bij een standaard verevening krijgt de ex-echtgenoot van een pensioengerechtigde (de vereveningsgerechtigde) slechts een voorwaardelijk vorderingsrecht op toekomstige uitkeringen. De vereveningsgerechtigde kan dat recht verstevigen door zich binnen twee jaar na inschrijving van het echtscheidingsvonnis te melden bij de pensioenuitvoerder. De pensioenuitvoerder is dan verplicht om rechtstreeks uit te betalen aan de vereveningsgerechtigde. In ongeveer 60% van de echtscheidingen zien we helaas dat die mededeling (het gaat via een formulier wat iedere advocaat in de la heeft liggen/moet hebben liggen en anders is op te vragen via internet) niet wordt verstuurd.

Als het vereveningsformulier wel tijdig wordt ingezonden, wordt het ouderdomspensioen in twee delen uitbetaald, en betaalt ook ieder der exen zelf belasting in box 1.

Pensioenverevening wordt niet gezien als afkoop (zie art. 19b Wet LB64).

Indien de melding niet/te laat wordt ingestuurd, dan zal het pensioenfonds het volledige pensioen uitbetalen aan de vereveningsplichtige. Die zal dan een deel van het pensioen doorbetalen aan de vereveningsgerechtigde. Deze doorbetaling is aftrekbaar als persoonsgebonden aftrekpost (art. 6.3 Wet IB01). De vereveningsgerechtigde betaalt over dit deel inkomstenbelasting op basis van art 3.105 Wet IB01. Voor scheidingen van voor de Wet VPS (1 mei 1995) was dit de standaard methode.

De afwijkende vorm van verdeling is de zogenoemde lijfrenteverevening. Op zich komt deze variant niet vaak voor, vanwege de vaak grote bedragen die er mee gemoeid zijn. De vereveningsplichtige houdt hierbij zelf alle pensioenaanspraken. Om de vereveningsgerechtigde te compenseren, stort hij een bedrag bij een verzekeringsmaatschappij als toekomstvoorziening voor de vereveningsgerechtigde. De door de vereveningsplichtige

betaalde koopsom voor de pensioenvervangende lijfrente is aftrekbaar als persoonsgebonden aftrekpost indien de lijfrenteovereenkomst wordt afgesloten bij een professionele verzekeraar. De door de vereveningsgerechtigde ontvangen termijnen zijn belast in box 1.

De aftrek als persoonsgebonden aftrekpost komt in eerste instantie in mindering op het inkomen in box 1. Vaak zal de koopsom hoger zijn dan dit inkomen. Het negatieve saldo wordt vervolgens in mindering gebracht op het eventuele inkomen in box 2 en box 3. Omdat de tarieven voor box 2 en box 3 veelal lager zijn dan in box 1 betekent dit dat de koopsom niet volledig aftrekbaar is tegen het maximale tarief. Een eventueel resterend negatief saldo kan in latere jaren worden verrekend met inkomen in box 1.

Bij een andere variant spelen fiscale factoren een grote rol. De pensioenverevening vindt dan plaats door de contante waarde van de te verevenen pensioenen te verrekenen met overige vermogensbestanddelen. Zo zou men kunnen besluiten de overwaarde in een woning, of een effectenportefeuille, te verrekenen met de contante waarde van de pensioenen.

Op basis van art. 3.102 Wet IB01 wordt degene die bijvoorbeeld de overwaarde van de woning krijgt toebedeeld in de heffing betrokken.

Omdat de vereveningsgerechtigde direct inkomstenbelasting moet betalen, en de vereveningsplichtige pas in de toekomst, zal rekening moeten worden gehouden met deze fiscale gevolgen.

Voorbeeld

X en Y gaan scheiden. X heeft een te verevenen pensioen opgebouwd met een waarde van € 300.000. Rekening houdend met een claim wegens latente belasting ad 25% bedraagt de nettowaarde € 225.000. X wenst deze aanspraken te behouden, en te verrekenen met een effectenportefeuille van € 250.000. Y ziet af van verevening met een netto waarde van € 112.500. en krijgt daarvoor de aandelen toegescheiden. Y moet daar echter direct over afrekenen, en houdt dus grofweg de helft, ongeveer € 125.000, over. Y krijgt dus in dit voorbeeld iets te veel (afgerond € 12.500) toebedeeld. Dat is dus anders dan als we van de bruto bedragen uitgaan; dan lijkt juist X meer te krijgen.

Kosten van verevening

Een pensioenuitvoerder mag volgens de WVPS de kosten van het verdelen van het pensioen aan beide ex-partners doorbelasten. Meestal krijgen de exen ieder een nota, maar de uitvoerder kan die kosten in mindering brengen op de uit te betalen pensioenbedragen. De ex-partners moeten elk de helft van de kosten betalen. Pensioenuitvoerders zijn vrij in het vaststellen van de kosten (meestal gaat het om een paar honderd euro), maar ieder fonds is daar vrij in. Deze kosten zijn niet aftrekbaar, evenmin als de kosten van de advocaat, notaris en andere adviseurs.

Eigen beheerpensioenen

Een DGA valt buiten de werking van de PW. Hij kan zijn pensioen wel verzekeren, maar die verzekering valt dan niet onder de PW. Alternatief is, het pensioen in eigen beheer op te bouwen. Ongeacht of het pensioen nu verzekerd is of niet, zal de DGA zijn pensioen bij een echtscheiding moeten verevenen. Dit is expliciet geregeld in art. 3a WVPS, en geldt voor zowel het ouderdoms- als partnerpensioen.

Als het pensioen extern is verzekerd, gelden bij de verevening dezelfde regels als voor werknemers die onder de PW vallen. Het bijzonder partnerpensioen wordt vastgesteld, en het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen wordt in beginsel 50-50 verevend.

Indien de DGA het pensioen in eigen beheer opbouwt, zal ook moeten worden verevend. In beginsel komt de vereveningsgerechtigde dan wel in een lastig parket te zitten: het hem/haar toekomende pensioen zit immers in de BV van de DGA.

Exen van DGA's vinden dit ongewenst: indien de DGA dat wil, kan hij immers allerlei snode plannen met het pensioen van de ex hebben, en die vrij eenvoudig uitvoeren. In 2004 oordeelde de Hoge Raad over een situatie waarbij de DGA dat ook deed. Zij ex vorderde dat het haar toekomende deel van het pensioen zou worden afgestort, en de Hoge Raad was het daar mee eens. De Hoge Raad wees de vordering toe op gronden van redelijkheid en billijkheid.

In 2007 ging de Hoge Raad nog een stap verder. In r.o. 4.5 stelt de Hoge Raad dat " De eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen, zullen in het algemeen meebrengen dat de tot verevening verplichte echtgenoot die als directeur en enig aandeelhouder de rechtspersoon beheerst waarin de te verevenen pensioenaanspraak is ondergebracht, dient zorg te dragen voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar van het kapitaal dat nodig is voor het aan de andere echtgenoot toekomende deel van de pensioenaanspraak.

....

De beantwoording van de vraag of daarop in een concreet geval aanspraak kan worden gemaakt, moet geschieden met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Daarbij zal de omstandigheid dat onvoldoende liquide middelen aanwezig zijn om de afstorting te effectueren slechts dan tot ontkennde beantwoording van die vraag kunnen leiden indien de vereveningsplichtige stelt en bij betwisting aannemelijk maakt dat de benodigde liquide middelen ook niet kunnen worden vrijgemaakt of van elders verkregen zonder de continuïteit van de bedrijfsvoering van de rechtspersoon en de onderneming waaraan deze is verbonden in gevaar te brengen."

In het arrest van 2007 stelt de Hoge Raad dus eigenlijk dat altijd moet worden afgestort, tenzij het bedrijf daardoor op een faillissement afstevent. De zinsnede 'dient zorg te dragen voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar van het kapitaal dat nodig is voor het aan de andere echtgenoot toekomende deel van de pensioenaanspraak' leidde tot enige discussie. Wat moet er nu precies worden afgestort? Is dat een koopsom op basis van wat een verzekeringsmaatschappij vraagt voor de pensioenen, of is dat de balanswaarde van de pensioenen?

De Hoge Raad omtrent heeft over dat laatste in juni 2010 beslist. In de betreffende casus ging het om een lijfrente in eigen beheer die in eerste instantie jaarlijks met 6% oprenting werd verhoogd. Naar aanleiding van een arrest uit 2004, besloot de BV de lijfrenteverplichting eerst contant te maken tegen 6% en zo het eindkapitaal te bepalen, en dit bedrag vervolgens weer tegen 4% contant te maken. Door deze rekenexercitie ontstond een fiscaal verlies.

In r.o. 4.2 stelt de Hoge Raad:

"Nu daarna de marktrente is gedaald, kan de oudedagsvoorziening niet volledig worden gefinancierd door belegging van het ingelegde beginkapitaal, zodat aanvullende voorzieningen nodig zijn. Uitgegaan moet worden van het werkelijk benodigde kapitaal overeenkomstig de ontwikkeling van de marktrente dat is opgenomen op de balansen van de beide vennootschappen waarbij de fiscaal voorgeschreven methode van waardering van lijfrenteverplichtingen dient te worden gevolgd."

Dit arrest kun je op twee manieren uitleggen. De eerste uitleg is dat de waarde volgens de fiscale balans bepalend is. In de tweede uitleg houdt het arrest in, dat tegen marktrente,

sterftetafels etc., dus eigenlijk tegen de tarieven die verzekeringsmaatschappijen hanteren, moet worden afgestort. Voor dat laatste valt veel te zeggen. Pensioenverevening gaat immers bij eind- en middelloonregelingen uit van opgebouwde aanspraken. De wijze waarop een pensioenrecht (fiscaal) wordt gewaardeerd is niet van belang. Aangezien nagenoeg alle DGA's met eigen beheer een eind-/middelloonregeling hebben, zijn de aanspraken bepalend voor wat er te verevenen valt. Dit betekent dat nagenoeg iedere DGA die gaat scheiden en pensioen in eigen beheer opbouwt, bij een echtscheiding een fors verlies lijdt.

Voorbeeld

Stel de gehuwde man is op 25-jarige leeftijd per (01-01-1992) in dienst van de BV gekomen, en gaat het pensioen verevenen per 31 december 2010.

Met een salaris van € 100.000 heeft hij dan eind 2010 op basis van 2% eindloon een ouderdomspensioen van € 30.998 opgebouwd, en een partnerpensioen van 70%, ofwel € 21.698. Het effect van Witteveen- en VPL-knippen laten we omwille van de eenvoud maar even buiten beschouwing.

Indien het pensioen een vaste na-indexatie kent van 2%, en we gaan voor de fiscale waardering uit van GBM/GBV 2003-2008 bedraagt de fiscale balansvoorziening tegen 4% rente € 170.125.

Commercieel zou dat, uitgaande van een leeftijdsterugstelling van 3 en 4 jaar, 10% kostenopslagen en een direct ingaand partnerpensioen € 507.595 zijn. Deze voorziening kan als volgt worden uitgesplitst:

Voorziening OP	312.079
Voorziening PP	<u>195.516</u>
Totaal	507.595

Bij afstorten zal zo ongeveer € 351.555 (€ 312.079/2 + € 195.516) moeten worden betaald. Het exacte bedrag hangt af van wat een verzekeringsmaatschappij offreert. Voor het resterende (halve) OP in eigen beheer bedraagt de fiscale voorziening ultimo 2010 € 69.173, en de commerciële voorziening is dan € 156.040.

Door dit fiscale verlies bij het afstorten, zullen de aandelen in de BV minder waard zijn. In zoverre krijgt de DGA weer wat terug van het verlies bij afstorten.

Tot slot

Normaliter verloopt de afwikkeling van pensioen volgens de Wet VPS. Bij een standaardverevening heeft dat geen directe gevolgen. Bij een tijdige melding worden beide exen ieder voor hun deel van het pensioen direct in de heffing betrokken. Als de melding niet (tijdig) gebeurt, verloopt de heffing via een aftrekpost als persoonsgebonden aftrek vs periodieke uitkering fiscaal neutraal. Een verrekening van pensioenen 'over de boedel' leidt tot fiscale gevolgen. Soms kan het zinvol zijn die gevolgen juist te forceren.

Bij DGA's met pensioen in eigen beheer leidt het afstorten van een deel van de pensioenen vaak tot een fors verlies. Dat heeft weer effect op de waarde van zijn aandelen.

Geraadpleegd

Hoge Raad, 23 januari 2004, nr 38.029

Hoge Raad, 12 maart 2004, nr C02/319HR

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

Hoge Raad, 18 juni 2010, nr 09/01539

Streamers

Pensioenverevening wordt niet gezien als afkoop

De door de vereveningsplichtige betaalde koopsom voor de pensioenvervangende lijfrente is aftrekbaar

In het arrest van 2007 stelt de Hoge Raad dus eigenlijk dat altijd moet worden afgestort, tenzij het bedrijf daardoor op een faillissement afstevent

Dit betekent dat nagenoeg iedere DGA die gaat scheiden en pensioen in eigen beheer opbouwt, bij een echtscheiding een fors verlies lijdt

De wijze waarop een pensioenrecht (fiscaal) wordt gewaardeerd is niet van belang