

# 488. Positie huwelijkspartner dga en 'omzetting' pensioen in eigen beheer

DRS. S.C.M. SCHILDER FM RV

Naar aanleiding van de brief van 1 juli 2015<sup>1</sup> wordt er in de diverse vakbladen veel gepubliceerd over de door de staatssecretaris Wiebes voorgestelde aanpassingen van het pensioen in eigen beheer. Op 24 september jl. is zijn brief in de belastingcommissie behandeld ter voorbereiding op definitieve politieke besluitvorming. Zowel in de diverse artikelen als in de brief van de staatssecretaris d.d. 1 juli 2015 ontbreekt tot op heden een zeer belangrijk aandachtspunt dat mijns inziens voorafgaand aan de oplossingsrichtingen dan wel andere oplossingen behandeld en opgelost moet worden. En dat is de positie van de huwelijkspartner<sup>2</sup> van de directeur-grootaandeelhouder (hierna dga) met pensioen in eigen beheer (hierna: PEB). In dat kader ben ik het op voorhand eens met de afsluitende woorden van de staatssecretaris in zijn brief d.d. 1 juli 2015 dat, ondanks de al lange looptijd van dit dossier, zorgvuldigheid boven snelheid gaat. Het uitstellen van de eerder genoemde invoeringsdatum van 1 januari 2016 met een extra jaar is mijns inziens een goede zaak. Verder ga ik in dit artikel ervan uit dat de dga 100% aandeelhouder is in zijn B.V. met PEB.

## Positie huwelijkspartner dga

In de eerdere en laatste brief van de staatssecretaris wordt mijns inziens onvoldoende aandacht besteed aan de positie van de huwelijkspartner (hierna partner) van de dga. De (beperkte) aandacht die er voor is, gaat over de positie van de partner nadat de oudedagsbestemmingsreserve (hierna: OBR) of het oudedagssparen in eigen beheer (hierna: OSEB) werkelijkheid is geworden.

Met geen letter wordt gesproken over de positie van de partner van de dga voorafgaand aan deze omzetting hetgeen mijns inziens zeer relevant is. De partner van de dga kan namelijk bij de huidige plannen van de staatssecretaris fors financieel nadeel leiden. Ik verwacht dan ook na de omzetting van de PEB naar OBR of OSEB een enorme aanwas van nieuwe civiele procedures als hier geen aandacht voor komt.

## Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (Wet VPS)

Pensioenrechten die onder de Wet VPS vallen, vallen niet in de wettelijke gemeenschap van goederen.<sup>3</sup> Op grond van

artikel 1:155 BW met een verwijzing naar de Wet VPS heeft de echtgeno(o)t(e) recht op pensioenverevening van de pensioenaanspraken opgebouwd ten tijde van het huwelijk, tenzij de echtgenoten de Wet VPS op juiste wijze (volgens de Wet VPS) hebben uitgesloten.

Op 1 mei 1995 is deze Wet VPS in werking getreden. De Wet VPS komt voort uit het *Boon/Van Loon*-arrest<sup>4</sup> en kent alleen rechten toe aan gehuwden en geregistreerd partners. Ongehuwd samenwonenden kunnen geen rechten ontlenen aan de Wet VPS.

Het doel van de Wet VPS is het verzekeren van een oudedagsvoorziening van de niet-werkende huwelijks- of geregistreerd partner, het simplificeren van de pensioenverdeling en het verlichten van de druk op de rechtspraak.<sup>5</sup> En dit overigens ongeacht de vorm van het huwelijksregime, zijnde de algehele gemeenschap van goederen of huwelijkse voorwaarden.

Sinds 2007 is artikel 3a (bijzonder nabestaandenpensioen) toegevoegd aan de Wet VPS. De reden daarvan is dat de dga vanaf 2007 niet onder de Pensioenwet (PW) valt en derhalve het bijzonder nabestaandenpensioen – van

1 Brief Staatssecretaris Wiebes d.d. 1 juli 2015, kenmerk DB2015/106/U.

2 Hiermee gelijkgesteld de geregistreerd partner.

3 Zie artikel BW 1:94 lid 2b: zowel ouderdoms- als nabestaandenpensioen.

4 *Boon/Van loon*-HR arrest d.d. 27 nov. 1981, NJ 1982, 503: HR besliste dat aanspraken van het OP en WP tot de wettelijke gemeenschap van goederen behoorde.

5 Prof. dr. G.J.B. Dietvorst en dr. A.H.H. Bollen-Vandenboorn 'Twintig jaar Wet VPS: tijd voor onderhoud', *Pensioenmagazine*, 2015/65.

oudsher geregeld in de vroegere PSW en in 2007 vervangen door de PW – voor de partner van de dga bij echtscheiding geregeld moest worden in de Wet VPS om niet tussen wal en schip te vallen.

De praktijk leert dat in nagenoeg alle gevallen de pensioenbrieven van de dga's die gehuwd zijn een ouderdomspensioen en partnerpensioen bevatten qua toekenning.

Kort gezegd, heeft de partner van de dga, bij een dergelijke toekenning, bij echtscheiding derhalve recht op de helft van het ten tijde van het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen (hierna OP) en 100% recht op het bijzonder nabestaandenpensioen (hierna BNP) bij (voortijdig) overlijden van de dga. Dit dus op grond van artikel 3 en 3a van de Wet VPS.

Het recht op pensioenverevening van de partner van de dga, zoals zojuist omschreven, houdt in een recht op uitbetaling van voornoemde pensioenen. Het is dus geen eigen pensioenaanspraak (behalve het BNP) van de partner van de dga. Het is een afgeleid recht van de partner op het ouderdomspensioen van de dga.

Het voorgaande is alleen niet van toepassing als de echtgenoten (voorafgaand aan het huwelijk) in de huwelijkse voorwaarden de Wet VPS hebben uitgesloten dan wel aan het einde van het huwelijk door middel van een echtscheidingsconvenant dit alsnog zijn overeengekomen.

Het betreft hier dus regelen recht, geen dwingend recht. Maar de voorwaarden van dit regelen recht zijn wel hard, namelijk bij huwelijkse voorwaarden (voorafgaand aan het huwelijk) en aan het einde van het huwelijk kunnen echtgenoten de Wet VPS uitsluiten.

Een scherpe lezer zou derhalve kunnen stellen, nu de echtgenoten bij de omzetting van PEB naar OBR of OSEB niet aan het scheiden zijn (althans dat is te hopen), dat de Wet VPS niet van toepassing is en de echtgenoten dus hiertoe verbintenrechtelijk afspraken over kunnen maken. Het lijkt erop dat Financiën en de staatssecretaris deze zienswijze voorstaan, althans mij is niet duidelijk welke zienswijze zij wel voorstaan. Want zoals ik het nu begrijp uit de diverse brieven van de staatssecretarissen tot op heden zal, naar ik vermoed, de partner van de dga (in de meeste gevallen de vrouw) afstand moeten doen van zijn/haar inmiddels (in potentie) opgebouwde rechten op grond van de Wet VPS (50% OP en 100%BNP) bij de omzetting naar OBR of OSEB.<sup>6</sup>

Tenminste zal de partner van de dga bij het kruisje inzake het nabestaandenpensioen moeten tekenen dat hij/zij daar van afziet. Maar als je het mij vraagt zal de partner dat ook moeten verklaren ter zake van het (voorwaardelijke) recht op het ouderdomspensioen van de dga. Want bij de omzetting van PEB naar OBR of OSEB is er daarna geen 'pensioen' meer in de zin van de Wet VPS en verliest de partner van de dga dus zijn/haar aanspraak op grond van de Wet VPS, hetgeen een zeer grote financiële aderlating kan zijn.

6 Uiteraard doet de dga dan ook afstand van zijn pensioenrechten. Maar economisch gezien zal/hoeft dat weinig tot geen financieel nadeel te leiden, behalve dan bij minderheidsaandeelhoudersposities. In dit artikel focus ik mij op de dga zijnde 100% aandeelhouder.

## Doel Wet VPS

Terug naar het doel van de Wet VPS.

Uitgaande van een traditionele rolverdeling (bezien vanuit twintig jaar terug bij de invoering Wet VPS) dat de man de dga is en de echtgenote (de partner) hoofdzakelijk de zorg voor de kinderen en het gezin draagt en derhalve niet of minder in staat is om eigen pensioenaanspraken op te bouwen, is zij op grond van de Wet VPS toch bij een echtscheiding verzekerd van een oudedagsvoorziening.

Uitgaande van dit doel is (vermoedelijke) stelling van Financiën dat de Wet VPS niet van toepassing is bij de omzetting van PEB naar OBR of OSEB aangezien partijen niet scheiden mijns inziens niet houdbaar en ook niet juist. Tevens is de omzetting van PEB naar OBR of OSEB waarbij de partner zijn/haar rechten op basis van de Wet VPS verliest ook niet in lijn met het doel van de Wet VPS.

Voor partners van de dga die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd lijkt c.q. is het voorgaande naar het er uitziet een minder groot probleem. Want bij de gemeenschap van

## Hoe wordt de positie van de partner van de dga die onder huwelijkse voorwaarden met koude uitsluiting maar zonder uitsluiting van de Wet VPS is gehuwd goed geborgd? Of wordt dat overgelaten aan de praktijk?

goederen zal de partner van de dga bij echtscheiding bij de verdeling recht krijgen op 50% van de OBR (mijns inziens verdisconteerd in de waarde van de aandelen) of 50% van de OSEB-verplichting. Het afzien van de aanspraken op grond van de Wet VPS komt derhalve min of meer indirect financieel weer terug via de verdeling van de gemeenschap van goederen. Dit is correct, behalve dan dat de partner wel degelijk rechten (en dus waarde) laat varen, aangezien 50% OP en 100% BNP,<sup>7</sup> in de praktijk meer is dan de helft. Daarnaast boet de juridische positie van de partner, zeker bij de OBR, aan kracht in bij een eventuele toekomstige echtscheiding. Dit gezien het arrest van de Hoge Raad<sup>8</sup> d.d. 9 februari 2007 op grond waarvan de partner afstorting kan eisen, tenzij dit ten koste gaat van de continuïteit van de onderneming. Echter, ik kan me voorstellen dat de partner die prettig gehuwd is in gemeenschap van goederen, nadat hij of zij hierover goed geïnformeerd is, hier overheen kan stappen, behalve als de echtscheiding reeds latent aanwezig is.

Nee, het gaat hier vooral om de positie van de partner die onder huwelijkse voorwaarden met koude uitsluiting<sup>9</sup>

7 BNP op basis van opbouw verzekerd. Ik ken in eigen beheer nauwelijks BNP op risicobasis toegezegd.

8 HR d.d. 9 februari 2007: ECLI:NL:HR:2007:AZ2658. Er is nadien veel nieuwe jurisprudentie op gebied van afstorting gekomen.

9 Zonder enig verrekeningbeding (finaal of periodiek). Waar wel een finaal verrekenbeding is opgenomen in de huwelijkse voorwaarden komt de positie van de partner van de dga min of meer overeen met die van gemeenschap van goederen.

is gehuwd. En waarbij de Wet VPS niet in de huwelijkse voorwaarden is uitgesloten. De praktijk leert dat de dga zeer vaak onder huwelijkse voorwaarden is gehuwd en ik dergelijke uitsluitingen van de Wet VPS sporadisch voorbij zie komen. Kortom mijns inziens gaat dit in potentie om een behoorlijk grote groep echtgenoten.

Laten we een globaal rekensommetje maken. Er zijn zo'n 150.000 dga's met PEB. Laat de helft daarvan gehuwd zijn en daarvan weer de helft op huwelijkse voorwaarden. En die helft die onder huwelijkse voorwaarden is gehuwd

## Vermogensverschuiving van in potentie € 1,1 miljard.

daarvan weer de helft onder koude uitsluiting maar zonder uitsluiting Wet VPS. En tenslotte van die laatste helft die overblijft, gaat de helft<sup>10</sup> in de toekomst scheiden. Ik denk geen irreële gedachten. Dan gaat het in potentie om een groep van partners die ongeveer 9.375 groot is. Laten we vervolgens een (voorzichtige) schatting ad € 125.000 nemen van de waarde van een dergelijke aanspraak (50% OP en 100% BNP) van de partner. Dan praten we over een potentiële vermogensverschuiving van circa € 1,1 miljard! Kortom, groot genoeg mijns inziens om gepaste aandacht te vragen voor de volgende vraag.

Hoe wordt de positie van de partner van de dga die onder huwelijkse voorwaarden met koude uitsluiting maar zonder uitsluiting Wet VPS is gehuwd, goed geborgd? Of wordt dat overgelaten aan de praktijk?

Als adviseur van de dga vraag ik me af of u voor de partner van de dga in deze situatie bereid bent een verklaring op te stellen waarbij de partner van de dga even moet tekenen bij het kruisje waarbij hij/zij afziet van zijn/haar (potentiële) afgeleide pensioenaanspraken (dit kan dus een zeer groot vermogenswaarde betreffen) zonder dat de partner op enigerlei wijze daarvoor financieel wordt gecompenseerd? En dan ga ik er overigens van uit dat u de partner van de

dga heel goed geïnformeerd heeft over zijn/haar positie.

Het laat zich niet moeilijk raden wat er gebeurt als de dga toch later gaat scheiden van zijn partner, al dan niet ingefluisterd door een scherpe advocaat. 'Ich habe es nicht gewusst', zal zijn/haar (juridische) stelling zijn.

## Conclusie

Ter voorkoming van een grote hoeveelheid toekomstige civiele procedures, alsmede om zoveel als mogelijk aansluiting te houden bij de juridische en financiële werkelijkheid tussen de dga en zijn partner (vooral) die onder huwelijkse voorwaarden is gehuwd, lijkt het mij dat de staatssecretaris (meer) aandacht c.q. een oplossing moet hebben voor de juridische en financiële positie van de partner van de dga voorafgaand aan de omzetting van PEB naar OBR of OSEB.

Een mogelijke invalshoek c.q. oplossing hiervoor kan zijn dat er bij de omzetting van PEB naar OSEB in beginsel een 'OSEB-dga' en een 'OSEB-partner-dga' ontstaat op basis van het gedachtegoed van de Wet VPS. Maar waarbij partijen de mogelijkheid wordt geboden bewust en weloverwogen een andere keuze (lees andere verdeling) te kunnen nemen zoals de Wet VPS dat ook biedt.

Tenslotte is mijn visie dat ten behoeve van de gedane voorstellen (omzetting PEB in OBR of OSEB) artikel 2 lid 1 en artikel 4 lid 1 van de Wet VPS in ieder geval zal moeten worden gewijzigd aangezien die wet slechts twee voorgeschreven vormen kent waarop echtgenoten van de Wet VPS kunnen afwijken en dat is zoals gezegd (voorafgaand aan het huwelijk) bij huwelijkse voorwaarden of bij het einde van het huwelijk met een echtscheidingsconvenant.

Vanzelfsprekend ga ik ervan uit dat bij de politieke behandeling genoeg ruimte zal worden ingeruimd voor nabestaandenvoorzieningen.

## Over de auteur

Drs. Sander Schilder FM RV is fiscaal econoom en eigenaar van SANTAX fiscaal economen te Volendam.

<sup>10</sup> Dga's scheiden in circa 50% van de gevallen.