

Compensatie in geval van afkoop pensioen oudedagsverplichting

1 uur netto-
onderwijs

Jurgen Holtermans en Frits van der Kamp

Drs. J.M.J. Holtermans cpc, fiscalist, certified pension consultant, collaborative professional en als partner verbonden aan Hendriks en Bakker te Tilburg.

Mr. F. van der Kamp CT, fiscaal adviseur familie-vermogensrecht, collaborative professional, mediator en (gast)onderzoeker aan het Fiscaal Instituut van Tilburg University.

Trefwoorden: Pensioen in eigen beheer, afkoop, oudedagsverplichting, compensatie.



Kennistoets

WWW.PE-BEDRIJFSOPVOLGING.NL

Leerdoelen

Na het lezen van dit artikel weet u:

- op welke pensioenaanspraken en uitkeringsrechten de partner en de gewezen partner van de dga in beginsel recht hebben en of zij die in geval van afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting kwijtraken;
- op welke wijze u de compensatie kunt vormgeven en welke fiscaal-juridische aandachtspunten u daarbij in acht dient te nemen.

Samenvatting

De Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen biedt de nodige kansen om op een goede wijze de toekomstvoorziening van de dga en diens (gewezen) partner te herzien, zowel vanuit fiscaal, maar zeker ook vanuit financieel- en planningsperspectief. Door de afkoop- en afstempelingsvariant zal er veel beweging ontstaan in de balansen van bv's in het mkb.

De instemmingseis voor de (gewezen) partner werpt echter de nodige fiscale vragen op. Deze raken de kern van de compensatie die de (gewezen) partner kan, dan wel moet vragen. Allereerst gaan wij in deze bijdrage in op de aanspraken die de uitfasering in wezen 'raken'.

Het wetgevingstraject en latere beleidsuitingen laten te wensen over op het vereiste punt van helderheid. Dat leidt in de praktijk tot meer vragen dan antwoorden. Met een schets van de mogelijkheden van compensatievormen alsmede de fiscale en juridische aandachtspunten daarbij kan men in de praktijk stapsgewijs verder met de compensatiefase.

1 Inleiding

De Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen biedt de directeur-grotaandeelhouder (hierna: dga) de mogelijkheid om zijn of haar pensioenaanspraken of ingegaan pensioen af te kopen met een aantrekkelijke fiscale korting op de heffingsgrondslag, dan wel om te zetten in een oudedagsverplichting.

voor de partner of omzetting in een

Een dergelijke afkoop of omzetting heeft voor de (gewezen) partner tot gevolg dat deze aanspraken en uitkeringen definitief vervallen, waarvoor de (gewezen) partner dient te worden gecompenseerd.

In paragraaf 2 gaan wij allereerst in op de positie van de (gewezen) partner wanneer de dga komt te overlijden en indien de dga en de (gewezen) partner gaan scheiden respectievelijk reeds zijn gescheiden: op welke pensioen-aanspraken en -uitkeringsrechten hebben de partner respectievelijk de gewezen partner van de dga recht?

In paragraaf 3 gaan wij nader in op de vormgeving van eventuele compensatie van de (gewezen) partner en de mogelijke fiscale gevolgen.

2 De positie van de (gewezen) partner in geval van overlijden van de dga en echtscheiding

2.1. Overlijden van de dga

2.1.1. De partner

Indien in de pensioenovereenkomst een partnerpensioen is overeengekomen, wordt na het overlijden van de dga het partnerpensioen aan de in de pensioenovereenkomst gedefinieerde partner uitgekeerd. In beginsel is de begunstigde voor het partnerpensioen de echtgenoot. Als partner in de zin van de pensioenovereenkomst kan echter ook gelden de persoon met wie de dga ongehuwd samenwoont, waarbij dan meestal enkele nader te stellen voorwaarden gelden. Hier van melden we dat we daar in dit artikel verder niet op in zullen gaan.

In de meeste pensioenovereenkomsten wordt de omvang van het na het overlijden van de dga uit te keren partnerpensioen bepaald op het bereikbaar partnerpensioen. Dit is het partnerpensioen dat de dga zou hebben bereikt, indien de dga tot de pensioeningangsdatum pensioen zou hebben

opgebouwd en de pensioenopbouw niet op een eerder moment zou hebben beëindigd.

Tussen de op het moment van overlijden van de dga daadwerkelijk opgebouwde aanspraak op partnerpensioen en de daadwerkelijke partnerpensioenuitkering kan een groot verschil bestaan. In de praktijk worden de financiële risico's daarvan vaak afgedekt door middel van een door de bv afgesloten (dalende) overlijdensrisicoverzekering op het leven van de dga, waarvan de bv de begunstigde is.

Ook wordt in de pensioenovereenkomst wel overeengekomen dat het uit te keren partnerpensioen nimmer meer kan bedragen dan de uitkering die uit de ten tijde van het overlijden van de dga door de bv op haar balans gevormde pensioenvoorziening, eventueel te vermeerderen met een uitkering uit hoofde van een overlijdensrisicoverzekering, kan worden gefinancierd. Met deze aspecten dient in het kader van de compensatie voor de partner rekening te worden gehouden, omdat dit een beperking van de pensioenaanspraken van de partner kan inhouden.

2.1.2. De gewezen partner

Voor de gewezen partner ligt de situatie anders. De gewezen partner heeft ten gevolge van de echtscheiding of beëindiging van de relatie reeds een eigen aanspraak op partnerpensioen verkregen, het bijzonder partnerpensioen. Het bijzonder partnerpensioen kan de dga niet afkopen, ook niet met schriftelijke instemming van de gewezen partner. Het is de gewezen partner zelf die eventueel tot afkoop of omzetting zou kunnen overgaan, waarbij uiteraard wel medewerking door de bv (en dus de dga) is vereist. Gaat de gewezen partner daartoe over dan wordt ook in dit geval aangesloten bij de fiscale waarde van de aanspraak op bijzonder partnerpensioen en valt een gedeelte van de commerciële pensioenverplichting vrij ten gunste van het vermogen van de bv. Het moge duidelijk zijn dat de gewezen partner niet zonder adequate compensatie tot afkoop of omzetting zal overgaan.



2.2. Echtscheiding

2.2.1. Verevening aanspraak op ouderdomspensioen

Hoofregel in geval van echtscheiding is dat op grond van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (hierna: Wet VPS) de tijdens het huwelijk opgebouwde aanspraak op ouderdomspensioen bij helfte wordt verevend. Verevening bij helfte wordt daarom ook wel als standaard verevening aangeduid. De Wet VPS is regelend recht. Partijen kunnen bij huwelijkse voorwaarden of bij echtscheidingsconvenant anders overeenkomen, zoals een ander vereveningspercentage, een andere vereveningsperiode dan wel conversie; deze afwijkingen laten wij in deze bijdrage verder onbesproken. Of de dga en de partner in gemeenschap van goederen zijn gehuwd of onder het maken van huwelijkse voorwaarden is ten aanzien van de pensioenverevening niet van belang.

Praktisch houdt de standaard verevening in dat op het moment dat het ouderdomspensioen van de vereveningsplichtige echtgenoot (lees: de dga) wordt uitgekeerd, de vereveningsgerechtigde echtgenoot (lees: de gewezen partner) een recht op uitbetaling heeft ter grootte van de helft van de (bruto) ouderdomspensioenuitkering (hierna: de vereveningsuitkering), indien en voor zover de met de uitkering corresponderende aanspraak tijdens het huwelijk is opgebouwd (hierna: de vereveningsaanspraak).

De vereveningsaanspraak en de vereveningsuitkering hebben een voorwaardelijk karakter. Vereist is dat beide gewezen echtgenoten, dus zowel de dga als de gewezen partner, in leven zijn. Zodra één van hen overlijdt, eindigt de vereveningsverplichting. Als de gewezen partner overlijdt, krijgt de dga de aanspraak op ouderdomspensioen of, als het ouderdomspensioen reeds wordt uitgekeerd, de ouderdomspensioenuitkering wederom volledig voor zichzelf. Als de

dga overlijdt, krijgt de gewezen partner het bijzonder partnerpensioen uitgekeerd, indien en voor zover dit in het kader van de echtscheiding als een eigen zelfstandige aanspraak ten gunste van de gewezen partner is afgesplitst.

2.2.2. Afsplitsing aanspraak op (bijzonder) partnerpensioen

Indien de aanspraak op partnerpensioen op kapitaalbasis is opgebouwd, verkrijgt de gewezen partner van de dga op grond van art. 3a, lid 1, Wet VPS¹ een eigen aanspraak op partnerpensioen, het bijzonder partnerpensioen. De eigen aanspraak op bijzonder partnerpensioen die de gewezen partner verkrijgt, is gelijk aan de premievrije aanspraak op partnerpensioen die de dga zou hebben verkregen, indien op het tijdstip van de scheiding de pensioenopbouw zou zijn beëindigd, anders dan door overlijden of het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.² In geval van een eerdere beëindiging van de pensioenopbouw verkrijgt de gewezen partner een eigen aanspraak op bijzonder partnerpensioen die gelijk is aan de premievrije aanspraak op partnerpensioen die de dga bij de eerdere beëindiging van de pensioenopbouw reeds heeft verkregen.³ De aanspraak op bijzonder partnerpensioen die de gewezen partner verkrijgt, is gelijk aan de volledige tot aan de beëindiging van de partnerrelatie opgebouwde aanspraak op partnerpensioen. Deze omvat dus tevens de aanspraak op partnerpensioen die eventueel is opgebouwd vóórdat de relatie begon, indien en voor zover deze niet reeds ten behoeve van een eerdere gewezen partner is afgesplitst.

[De gevolgen van onderdekking van de pensioenverplichtingen](#)

De afgelopen jaren is de marktrente fors gedaald en is de commerciële waardering van pensioenverplichtingen dienovereenkomstig gestegen. Hierdoor is in toenemende mate sprake van onderdekking van de pensioenverplichtingen.

Dit kan tot gevolg hebben dat de pensioenen niet volledig kunnen worden uitgekeerd, waarbij de vraag opkomt hoe in het kader van de compensatie een eventueel dekkingstekort aan het ouderdomspensioen (met fictieve vereveningsverplichting) en het (fictief bijzonder) partnerpensioen dient te worden toegerekend. Voor een uiteenzetting van deze problematiek verwijzen wij naar de bijdrage van Holtermans en Lukaart in deze editie.

Scenario-analyse

Indien de keuze wordt gemaakt voor afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting heeft dit tot gevolg dat de pensioenaanspraken van de dga als zodanig tenietgaan. Dit betekent niet alleen dat er geen (aanspraak op) ouderdomspensioen meer is, maar ook dat er geen (aanspraak op) partnerpensioen meer is. Dit raakt de partner van de dga in een tweetal situaties: overlijden van de dga en echtscheiding. Indien het huwelijk reeds is ontbonden raakt het ook de gewezen partner, namelijk in verband met zijn/haar recht op uitbetaling van een deel van het ouderdomspensioen van de dga uit hoofde van pensioenverevening. Het raakt de gewezen partner overigens niet in zijn/haar aanspraak op (bijzonder) partnerpensioen, want dat is na de echtscheiding afgesplitst als een eigen aanspraak ten behoeve van de gewezen partner.

Om de (gewezen) partner te beschermen voor de gevolgen van een onvermoede afkoop of omzetting introduceert de fiscale wetgever daarom in art. 38n, lid 4, Wet LB 1964 een schriftelijke instemmingsplicht door de (gewezen) partner.

Adviseurs die de dga en de (gewezen) partner begeleiden bij het vastleggen van afspraken rondom de compensatie, dienen te kunnen uitleggen welke situaties zich kunnen voordoen en wat daarvan de gevolgen zijn, zodat de potentiële pensioenderving zo goed mogelijk wordt geconcretiseerd. Een scenario-analyse kan daarbij behulpzaam zijn, waarbij de volgende elf scenario's kunnen worden onderscheiden.

Scenario's tijdens het huwelijk

1. De dga overlijdt op korte termijn;
2. De dga overlijdt op langere termijn;
3. De partner van de dga overlijdt eerder dan de dga.

Scenario's ná echtscheiding

4. De dga overlijdt kort ná echtscheiding op korte termijn;
5. De dga overlijdt geruime tijd ná echtscheiding op korte termijn;
6. De dga overlijdt kort ná echtscheiding op langere termijn;
7. De dga overlijdt geruime tijd ná echtscheiding op langere termijn;
8. De gewezen partner van de dga overlijdt kort ná echtscheiding op korte termijn;
9. De gewezen partner van de dga overlijdt geruime tijd ná echtscheiding op korte termijn;
10. De gewezen partner van de dga overlijdt kort ná echtscheiding op langere termijn;
11. De gewezen partner van de dga overlijdt geruime tijd ná echtscheiding op langere termijn.

Deze elf scenario's kunnen worden uitgewerkt en doorgerekend om een, weliswaar indicatief maar desalniettemin reëel, beeld te krijgen van de omvang van de pensioenen die de (gewezen) partner in de desbetreffende scenario's zou krijgen uitgekeerd en derhalve potentieel worden gederfd. De uitkomsten van een dergelijke scenario-analyse zijn bruikbaar zowel indien de dga en de (gewezen) partner terstond bij de afkoop of de omzetting een compensatie willen effectueren, als indien zij die willen doorschuiven naar een toekomstig moment. De pensioenuitkeringen kunnen desgewenst worden gekapitaliseerd en aldus ontstaat een indicatie van de bandbreedte waarbinnen de potentiële pensioenderving van de (gewezen) partner zich bevindt of kan een gewogen gemiddelde worden berekend. Deze potentiële pensioenderving kan worden vergeleken met de maatregelen en voorzieningen die de dga en de (gewezen) partner reeds hebben getroffen of gaan treffen – denk hierbij bijvoorbeeld aan overlijdensrisicoverzekeringen of reeds extern verzekerde pensioenaanspraken – waarna oplossingen voor eventuele resterende lacunes kunnen worden gezocht, waarvoor wordt verwezen naar paragraaf 3.2.1.1.

Een dergelijke uitwerking is te allen tijde indicatief en sterk afhankelijk van de gekozen uitgangspunten. Die dienen dan ook zorgvuldig met de betrokken dga en (gewezen) partner te worden doorgesproken en vastgesteld. Ondanks het indicatieve karakter van de scenario-analyse biedt die de dga en de (gewezen) partner wel handvatten om tot afspraken omtrent een passende compensatie te komen. De scenario-analyse dient derhalve vooral om inzicht te krijgen.

3 De compensatie van de (gewezen) partner

Vóórdát er aan het compensatievraagstuk voor de (gewezen) partner wordt toegekomen, dient eerst te worden vastgesteld waarop deze recht heeft in geval van afkoop van pensioenaanspraken dan wel de omzetting in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting.⁴ In het voorgaande zijn derhalve de wettelijke regelingen bij overlijden en scheiding op een rij gezet en is de scenario-analyse aangereikt om inzicht te krijgen in het potentiële verlies aan pensioenuitkeringen.. In deze paragraaf gaan wij nader in op de compensatie ten behoeve van de (gewezen) partner.

3.1. Inleiding partnercompensatie

De compensatie van de (gewezen) partner is in wezen volledig buitenwettelijk en vloeit voort uit de vermogensrechtelijke positie tussen echtgenoten c.q. partners. Het vraagstuk is gekoppeld aan de wettelijke instemmingseis, die wordt verbonden aan de geïntroduceerde faciliteit van pensioenafkoop of een omzetting in de oudedagsverplichting.⁵ Deze bepaling dient ter bescherming van de partner of gewezen partner tegen gevolgen van een pensioenafkoop of omzetting in de oudedagsverplichting. De wettekst rept met geen woord over compensatie, laat staan enige verplichting daartoe. Indien de (gewezen) partner echter

pensioenrechten prijsgeeft, zonder dat daar enige compensatie tegenover staat, dan stelt de wetgever in de memorie van toelichting dat in een aantal situaties sprake kan zijn van belastbare schenking voor de schenkbelasting (Successiewet). Partners, gewezen partners, dienen derhalve goed geïnformeerd de beslissingen tot afkoop of omzetting alsmede eventuele vergoedingen te nemen om het risico van schenking te voorkomen. Daar ligt een belangrijke taak voor de adviseur. We onderscheiden in dit kader telkens twee situaties, te weten een huwelijk in de wettelijke gemeenschap van goederen en een huwelijk op huwelijkse voorwaarden, inhoudende een koude uitsluiting.

3.2. Compensatie staande huwelijk

Indien er geen zicht bestaat op echtscheiding en de pensioenaanspraken worden afgekocht, of omgezet naar een oudedagsverplichting vervallen de aanspraken op zowel ouderdomspensioen als partnerpensioen. In de situatie dat er wordt omgezet naar een oudedagsverplichting, wordt de dga de rechthebbende op de aanspraken ingevolge de oudedagsverplichting.

Waardestijging aandelen bv

De bv wordt zowel in geval van afkoop als in geval van omzetting in een oudedagsverplichting van een commerciële verplichting bevrijd en in geval van afkoop ook van de fiscale (pensioen)verplichting. Daar staat tegenover dat de bv de afkoopsom van de pensioenaanspraken tegen de fiscale balanswaarde onder inhouding van loonbelasting aan de dga dient te verstrekken.

Indien de afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting heeft plaatsgevonden, zullen de aandelen in de bv in waarde zijn toegenomen met het verschil tussen de commerciële waarde van de pensioenschuld – ook wel pensioenvoorziening – en de fiscale balanswaarde daarvan. Deze waardetoeename valt toe aan de aandeelhouder(s) en, afhankelijk van het huwelijksregime, aan uiteindelijk één of beide huwelijkse partners.

Bij een daarop volgend overlijden van de dga heeft de partner, zoals hiervoor vermeld, geen aanspraken meer op partnerpensioen. Afhankelijk van het huwelijksgoederenregime kan de partner in verband met de waardestijging van de aandelen in de bv en de afkoopsom dan wel de aanspraak ingevolge de oudedagsverplichting reeds een (gedeeltelijke) compensatie hebben ontvangen voor het gemis aan partnerpensioen.

3.2.1. Gemeenschap van goederen

In de situatie dat men in gemeenschap van goederen is gehuwd komen de partner zoals gezegd reeds de waardestijging van de aandelen in de bv, de pensioenafkoopsom alsmede de gevormde aanspraak ingevolge de oudedagsverplichting ten goede via de huwelijksgoederengemeenschap. De vraag is of er daarnaast nog een aanvullende compensatie benodigd is om de partner 'schadeloos' te stellen. De staatssecretaris heeft daarover tijdens de parlementaire behandeling de volgende nogal bijzondere opvattingen geventileerd:⁶

'Van een belastbare schenking is geen sprake tussen de partners die in algehele gemeenschap zijn gehuwd (dit kan anders liggen bij afspraken in het zicht van echtscheiding). Met deze situatie wordt gelijkgesteld de situatie dat partners zijn gehuwd onder uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen maar met een wederkerig finaal verrekenbeding bij overlijden en echtscheiding alsof ze in wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd. Ook in die situatie zal schenkbelasting niet aan de orde komen. Bij andere vormen van huwelijkse voorwaarden is met het oog op de schenkbelasting wel de vraag relevant of sprake is van passende compensatie van de partner.'

Dit lijkt een geste van begunstigend beleid door de staatssecretaris te zijn. Daar passen echter wel enkele kritische kanttekeningen bij. Zo is de uitlating van de staatssecretaris (nog) niet in een goedkeurend beleidsbesluit geformuleerd, maar slechts een reactie op vragen tijdens de parlementaire behandeling.

Dergelijke uitlatingen die als medewetgever zijn gegeven, hebben niet de status van goedkeurend beleid als uitvoerder waarop in rechte een beroep kan worden gedaan.⁷

Daarnaast kan de vraag worden gesteld of er geen schenking plaatsvindt van de dga aan de partner. Immers, de pensioenaanspraken worden, vóór afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting, geregeerd door de werking van de Wet VPS. Dit houdt in dat de aanspraken niet in de gemeenschap vallen⁸ en in beginsel toebehoren aan de dga als werknemer en deelnemer aan de pensioenregeling.

Tot slot lijkt het voor de hand te liggen dat de partnerverzorging bij overlijden van de dga aandacht verdient. Immers, na afstempeling of prijsgeven⁹ van het verschil tussen de commerciële en fiscale waarde, gevolgd door afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting gaan de partnerpensioenaanspraken teloor. Daarin is in beginsel naast een belangrijk verzorgingsaspect ook een schenkingsaspect besloten. De afstempeling behelst in wezen het prijsgeven van het verschil tussen enerzijds de werkelijke juridische aanspraken tegen commerciële grondslagen gewaardeerd én anderzijds de aanspraken, tegen de fiscale grondslagen gewaardeerd.

Het door de staatssecretaris gegeven voorbeeld om een schenking te voorkomen, komt erop neer dat de dga en de partner staande huwelijk een verdeling van de oudedagsverplichting overeenkomen die is gebaseerd op de verdeling van de aanspraken op ouderdomspensioen en (bijzonder) partnerpensioen bij een als het ware fictieve scheiding, ten gevolge waarvan door de partner een groter aandeel in de oudedagsverplichting kan en in de meeste gevallen zal worden verkregen dan de helft.¹⁰ Dat deze aanspraak wederom in de huwelijksgemeenschap valt, is een verontwaardigend aspect. De partner krijgt derhalve in het geheel géén compensatie.

Eveneens zeer bezwaarlijk is, dat daarmee de zwaarste sanctie over het hoofd wordt gezien.

De aanspraak ingevolge de oudedagsverplichting kan immers niet staande huwelijk worden gedeeld, zoals dat met het

dga pensioen staande huwelijk evenmin mag. De sanctie van art. 19b Wet LB 1964 is dan integraal van toepassing en leidt tot belastingheffing over de gehele aanspraak ingevolge de oudedagsverplichting alsmede tot in rekening brengen van revisierente.¹¹

Slechts in geval van echtscheiding geldt immers een uitzondering, maar die is volgens de letter van de wet niet van toepassing in geval van een deling staande huwelijk.¹²

3.2.1.1. Vormgeving compensatie algemeen

Hoe kan de partner dan wel worden gecompenseerd? Immers, het belang van een goede verzorging bij een overlijden van de dga ligt voor de hand.

In geval van een goed huwelijk lijkt een onmiddellijke compensatie niet het meest voor de hand. Immers, de kans dat er in het geheel geen echtscheiding volgt, maakt het vaststellen van de hoogte van een directe compensatie tot een lastige exercitie.

Gedacht kan worden aan de volgende mogelijkheden:

1. Partijen spreken in geval van een eventuele echtscheiding een zodanige vergoeding af dat, rekening houdend met tussentijdse wijzigingen, de dga aan de partner een zodanige vergoeding biedt, dat de partner daarmee niet in een mindere positie terecht komt dan hij of zij zou zijn geweest bij een bevrozing van de pensioenaanspraken per 1 juli 2017.¹³

Van een dergelijke afspraak kan onderdeel uitmaken dat:

- door de partner tijdens het huwelijk opgebouwde pensioenaanspraken niet of in beperkte mate worden verevend;
- door de dga extern opgebouwde pensioenaanspraken zoveel als ten behoeve van de compensatie nodig is ten behoeve van de partner worden verevend, waarbij de vereveningsperiode zich ook tot de vóór-huwelijkse periode kan uitstrekken;

Wat deze twee laatstvermelde mogelijkheden betreft geldt wel dat dit in huwelijkse voorwaarden dient te worden vastgelegd!

2. De partner krijgt een bij een professionele verzekeraar ondergebrachte premievrije voortzetting van het partnerpensioen.

3. Partijen komen overeen dat de dga op zijn of haar leven een levensverzekering sluit met bij overlijden de partner als begunstigde. Er kan daarbij een periodieke (netto) uitkering worden verzekerd. Daarbij zal het bruto partnerpensioen moeten worden herrekend naar een netto periodieke uitkering.

Ook kan men een éénmalige risico-uitkering met een dalende uitkering verzekeren, afhankelijk van de leeftijd van de beide partners, waarbij tevens het partnerpensioen op netto basis gecijferd dienen te worden.

4. Ook een testamentaire bepaling kan worden afgesproken. Daarin kan de dga een deel van de nalatenschap ter grootte van het verwachte of afgesproken 'verlies' van de partner aan deze laatste doen toekomen. Een belangrijk

nadeel van deze afspraak is dat een testament geen tweezijdige rechtshandeling is en daardoor immer gewijzigd kan worden. Deze vorm is dan ook in beginsel niet aanbevelenswaardig.

Het belangrijkste fiscale aandachtspunt bij vorenstaande mogelijkheden is het volgende. Indien in de gemeenschap van goederen dergelijk afspraken worden gemaakt, zal de uitkering onder de heffing van erfbelasting komen te vallen bij overlijden van de dga. Er wordt immers in ieder geval de helft van de premies of betalingen onttrokken aan de gemeenschap. Daar dient rekening mee te worden gehouden bij de vaststelling van de hoogte van de compensatie.

3.2.1.2. Notariële akte?

Naast fiscale aspecten bij de compensatie speelt bij een gemeenschap van goederen tevens het volgende. Op straffe van nietigheid van de overeenkomst, dient een afwijkende gerechtigdheid van de gemeenschap, dan wel andere vermogensrechtelijke afspraken te worden overeengekomen bij huwelijkse voorwaarden.¹⁴

3.2.1.3. Fiscale gevolgen voor de Wet IB 2001?

In het kader van echtscheiding betaalde bedragen ter verrekening van pensioenrechten, zijn belast voor de ontvanger en aftrekbaar voor de betalende dga op grond van art. 6.3 en 3.102, lid 3, Wet IB 2001. Op de daadwerkelijke vermogensrechtelijke uitvoering van de (passende) compensatie is art. 3.102, lid 3, Wet IB 2001 niet van toepassing, aldus de staatssecretaris wederom in de rol van wetgever. Staande huwelijk is deze uitleg wellicht denkbaar. Indien echter een voorwaardelijke vergoeding wordt overeengekomen, ligt de 'pensioenverrekening onder opschortende voorwaarde van echtscheiding' zeer dicht aan tegen art. 3.102, lid 3, Wet IB 2001, zodat uitvoering van de compensatie wel degelijk fiscale gevolgen heeft (belast bij de partner en aftrekbaar bij de dga).

Ook op dit punt is verduidelijking in een beleidsbesluit zeer gewenst voor de praktijk.

3.2.2. Huwelijkse voorwaarden: koude uitsluiting

Bij een huwelijk met koude uitsluiting, is zeer wel denkbaar dat in de huwelijkse voorwaarden eveneens de toepassing van de Wet VPS geheel is uitgesloten. Ook het recht op bijzonder partnerpensioen bij scheiding kan bij huwelijkse voorwaarden worden uitgesloten.¹⁵ Indien beide situaties aan de orde zijn hoeft slechts een compensatieafpraak te worden gemaakt voor de situatie dat de dga tijdens het huwelijk overlijdt. Voor de situatie dat partijen gaan scheiden hoeft dan geen compensatie te worden gemaakt, omdat de partner in laatstbedoelde situatie sowieso geen rechten heeft.

Is de Wet VPS wel van toepassing en behoren de aandelen van de pensioen-bv geheel in het privévermogen van de dga, dan speelt schenking volgens de staatssecretaris in vrijwel alle gevallen, tenzij er een passende compensatie wordt overeengekomen.

Wat betreft de vormgeving van de compensatie verwijzen wij naar de hiervoor behandelde alternatieven.

Als aanvulling daarop geldt dat bij gescheiden vermogens eenvoudig erfbelastingheffing kan worden voorkomen door kruislings een risicoverzekering af te sluiten. De uitkering(en) na overlijden van de dga kunnen dan vrij van erfbelasting worden genoten.¹⁶

Bij huwelijkse voorwaarden, houdende koude uitsluiting zonder enige 'opwarming' in de vorm van een periodiek of (beperkt) finaal verrekenbeding, ligt een directe compensatie voor de hand. Deze directe compensatie kan dan plaatsvinden door een schriftelijke overeenkomst tussen partijen. Een notariële akte is daarbij niet nodig. Echter, vanwege het belang van een juiste informatie van partner, alsmede de legalisering van de handtekening kan het zeer aan te bevelen zijn om daarvan een notariële akte op te maken. Met het oog op de latere afwikkeling, een relatief hoge omvang van de compensatie, de bewijskracht en de zekerheid dat de afspraak nog steeds vastligt – in de kluis – kan die afspraak bij voorkeur door de notaris in een notariële akte worden vormgegeven.

Op het punt van schenking is enige nuancering aan te brengen. In de literatuur wordt ingegaan op alle vereisten van schenking, te weten de 'verarming', 'verrijking' en de 'bevoordelingsbedoeling' en zeer kritisch onderscheid bepleit tussen de 'bewustheid' van de 'bevoordelingsbedoeling'.¹⁷ Tevens wordt de vraag aan de orde gesteld of er sprake is van een voorwaardelijke schenking dan wel een onvoorwaardelijke schenking.¹⁸ Ook de auteurs die het standpunt van een onvoorwaardelijke schenking huldigen, stellen vervolgens vast dat de hoogte van de schenking niet kan worden vastgesteld. Dat schept een forse onduidelijkheid omtrent het antwoord op de vraag of en wanneer er schenkbelasting verschuldigd kan zijn. Voorzichtig kan men concluderen dat de echtscheidingskans van 100% bij de vaststelling van een compensatie zonder uitzicht op een dergelijke scheiding voorbijgaat aan de realiteit.

Kortom, op het punt van de schenkbelastingaspecten zou nader beleid niet misplaatst zijn. Daarin zou meer houvast kunnen worden gevonden om aan de veelheid aan zowel theoretische als praktische vragen zo goed mogelijk het hoofd te bieden.

3.3. Compensatie bij reeds geëffectueerde scheiding

Indien er reeds een scheiding heeft plaatsgevonden zal er veelal directe compensatie aan de orde komen. Immers, er ontstaat bij scheiding op grond van art. 3a, lid 1, Wet VPS een eigen aanspraak op bijzonder partnerpensioen. De gewezen partner heeft derhalve een eigen recht om af te kopen of om te zetten naar een oudedagsverplichting. Ter zake van de vereveningsaanspraken op het ouderdomspensioen zal de dga die wenst af te kopen of om te zetten wel zelf kunnen handelen, maar daarvoor de instemming van de gewezen partner nodig hebben. De gewezen partner zal in een dergelijk geval (directe) compensatie vragen alvorens in te stemmen. Daarbij staan de eerder vermelde vormen open.

In geval van deze compensatie moet bedacht worden dat een fiscale 'verrekening' wegens afstempelen of afkoop altijd in 'het kader van echtscheiding' speelt en leidt tot een aftrekbare post voor de dga uit hoofde van art. 6.3 Wet IB 2001. Voor de gewezen partner zal de bijtelling in box 1 op grond van art. 3.102, lid 3, Wet IB 2001 plaatsvinden. Aangezien de bewoordingen van de wetgever 'in het kader van echtscheiding' ontvangen bedragen ter verrekening van pensioen geen tijdsbeperking vermelden, kan deze verrekening niet zonder fiscale gevolgen blijven.

4 Conclusies

- Het uitfaseren van het pensioen in eigen beheer is begonnen. De wezenlijke theoretische vraagpunten liggen op tafel en raken de kern van de afwikkeling tussen de dga en diens (gewezen) partner.
- Hoewel er voldoende mogelijkheden zijn om te compenseren, is niet alleen de vraag wat 'moet' en wat 'kan' maar tevens wat 'wettelijk mogelijk' en 'praktisch haalbaar' is.
- Het is aan de wetgever in dit traject een serieus handvat te bieden. De adviseur zal immers met of zonder hulp van de wetgever de dga en diens (gewezen) partner door dit woud mogen gidsen en niet alleen laatstbedoelden maar ook zichzelf voor valkuilen dienen te behoeden!

Noten

- 1 Dit betreft de volgende situaties: echtscheiding, ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed, dan wel beëindiging van een geregistreerd partnerschap anders dan door de dood, vermissing of omzetting van een geregistreerd partnerschap in een huwelijk.
- 2 Art. 3a, lid 2, Wet VPS.
- 3 Art. 3a, lid 3, Wet VPS.
- 4 Art. 38, lid 2, onderdeel a en b, Wet LB 1964.
- 5 Art. 38n, lid 4, Wet LB 1964.
- 6 Kamerstukken I 2016-2017, 34552, E.
- 7 G.M.C.M. Staats, 'Het einde van het dga-pensioen', *TFO* 2017/148.1 en C.A.H. Luijken, 'Wijziging wettelijk kader pensioen in eigen beheer, de schenkbelastingaspecten!', *FTV* augustus 2017, nr. 37.
- 8 Art. 1:94, lid 2, onderdeel b, BW.
- 9 Art. 38n, lid 2, Wet LB 1964.
- 10 Brief Staatssecretaris van 3 november 2016, kenmerk 2016-0000190243. In het voorbeeld is de verhouding 27% voor de dga en 73% voor de partner.
- 11 Art. 38p, lid 4, Wet LB 1964.
- 12 Art 19b, lid 3, Wet LB 1964.
- 13 Een dergelijke afspraak kan nooit een 'doen alsof' afspraak zijn, omdat het praktisch niet mogelijk is om verevening, laat staan conversie en partnerpensioen, na te bootsen als er niet echt pensioen wordt uitgekeerd.
- 14 Art. 1: 115 BW.
- 15 Art. 3a Wet VPS.
- 16 Art. 13 Successiewet 1956 is dan niet van toepassing.
- 17 C.A.WE. Zandvoort-Gerritsen en J.H.J. Jansen, 'Peb-Talk: Schenkingsperikelen rondom uitfasering pensioen in eigen beheer', *WPNR* 2017/7148, par. 3 en 4.
- 18 P.G.H. Albert, 'Wet infasering PEB (Partnerproblematiek En Beroepsaansprakelijkheid)', *NTRF* 2017/131, p. 2; C.A.WE. Zandvoort-Gerritsen en J.H.J. Jansen, 'Peb-Talk: Schenkingsperikelen rondom uitfasering pensioen in eigen beheer', *WPNR* 2017/7148, par. 4.2.1-4.2.3.