

# De oudedagsverplichting

## Enkele praktische zaken in geval van overlijden

Mw. mr. drs. E. Smits

Hoewel er meer duidelijkheid is gekomen over hoe de Belastingdienst aankijkt tegen de afwikkeling van de ODV ingeval van overlijden, blijven nog veel vragen onbeantwoord. Voor de praktijk een ongewenste situatie, aldus mr. drs. Eva Smits.

Met de Handreiking ODV-aanspraken en overlijden (versie 4 april 2018) en de Handreiking oudedagsverplichting en vererving van de termijnen (versie 8 mei 2018) hebben we meer duidelijkheid gekregen hoe de Belastingdienst aankijkt tegen de afwikkeling van de ODV in geval van overlijden. Maar in de praktijk leven nog diverse onbeantwoorde vragen.

### Is de ODV een verknocht goed waarvan de waarde moet worden verrekend?

De fiscale wetgever en de Belastingdienst gaan ervan uit dat de ODV verknocht is<sup>1</sup>. In de parlementaire behandeling heeft de wetgever, naar aanleiding van een vraag van de NOB of de ODV-aanspraak deel uitmaakt van een eventuele tussen echtelieden bestaande huwelijksgemeenschap

zodat de aanspraak bij een eventuele echtscheiding (cursivering ES) verdeeld moet worden tussen de partners of dat deze een verknochte aanspraak van de dga is, geantwoord dat wanneer het pensioen in eigen beheer is omgezet in een ODV er geen sprake meer is van pensioen in de zin van de Wet VPS. De in de Wet VPS vastgelegde verdeling is daarom in beginsel niet van toepassing op een ODV-aanspraak. Voorts verwijst de wetgever in zijn antwoord voor wat betreft de verknochtheid van pensioenrechten naar het arrest Boon/Van Loon<sup>2</sup>, waarin de Hoge Raad heeft aangegeven dat de aard van de pensioenrechten met zich meebrengt dat deze niet toegeëld kunnen worden aan een ander, maar dat de verknochtheid zich niet verzet tegen een waardeverrekening ten gunste van de andere echtgenoot. Het lijkt op basis van die gedachte aannemelijk dat een oudedagsvoorziening die niet onder de Wet VPS valt eveneens in de gemeenschap valt en tussen partijen verrekend wordt.

In de Handreiking april 2018 stelt de Belastingdienst zich ingeval van overlijden vervolgens op het volgende standpunt: 'Het huwelijksgoederenregime is van belang om te bepalen of een gedeelte van de ODV verrekend dient te worden. Indien sprake is van algehele gemeenschap van goederen behoort de ODV tot de huwelijksgemeenschap

Eva Smits is fiscalist en specialist estate planning, en als associate partner verbonden aan Hendrikx en Bakker te Tilburg



meenschap. Aangezien de aard van de ODV met zich meebrengt dat deze niet toegedeeld kan worden aan een ander dan de dga, dient de helft van de ODV verrekend te worden (Kamerstukken I 2016/2017, 34 552, E, blz. 82). In het geval van koude uitsluiting zonder finaal verrekenbeding valt de gehele ODV in de nalatenschap.<sup>73</sup>

In de Handreiking mei 2018 staat vervolgens: ‘De aanspraak ingevolge een ODV gaat derhalve niet als gevolg van een huwelijk in gemeenschap van goederen vanzelf over naar de andere echtgenoot; er ontstaat bij die echtgenoot alleen een vordering op de nalatenschap.’<sup>74</sup>

*Enkele opmerkingen met betrekking tot de zienswijze van de Belastingdienst*

Op de eerste plaats merk ik op dat het standpunt van de Belastingdienst ingeval van overlijden is gebaseerd op hetgeen de wetgever heeft geantwoord naar aanleiding van een vraag van de NOB over echtscheiding. De wetgever heeft daarbij tevens verwezen naar het arrest Boon/Van Loon, hetgeen eveneens is geweest in het kader van een echtscheiding.

Op de tweede plaats merk ik op dat het nog maar de vraag is of een ODV wel of geen verknocht goed is. Als een ODV kan worden vergeleken met pensioen, kan op basis van het arrest Boon/Van Loon worden verdedigd dat de ODV een verknocht goed is<sup>5</sup>. Bij overlijden van de dga valt de ODV in de nalatenschap van de dga. Indien echtgenoten in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, doet zich vervolgens de vraag voor of de waarde van de ODV moet worden verrekend. Mijns inziens kan niet zo maar worden verwezen naar het arrest Boon/Van Loon, om op basis daarvan te concluderen dat de waarde moet worden verrekend. Dit arrest is namelijk geweest in het kader van een echtscheidingszaak. En voorts is door de Hoge Raad opgemerkt dat in geval de gemeenschap wordt ontbonden als gevolg van de dood van een der echtgenoten verrekening niet hoeft plaats te vinden. De verknochtheid van het ouderdomspensioen aan de persoon van de rechthebbende staat eraan in de weg dat een verrekening moet plaatsvinden ten behoeve van de erfgenamen van de overleden andere echtgenoot, nu na het overlijden de zorg voor de persoon van deze laatste geen gewicht meer in de schaal werpt. Evenmin kunnen in geval de man overlijdt, zijn erfgenamen aanspraak

maken op een verrekening ter zake van het aan de vrouw toekomende weduwepensioen.

Wanneer een ODV moet worden vergeleken met de bancaire lijfrente<sup>6</sup>, dan kan worden verdedigd dat de ODV geen verknocht goed is en tot de gemeenschap van goederen behoort. Ingeval van overlijden van de dga behoort de onverdeelde helft van de ODV-aanspraken dan tot de nalatenschap<sup>7</sup>. Verrekening is dan niet aan de orde.

Het is dan ook nog maar de vraag of het standpunt van de Belastingdienst juist is. Het gaat het bestek van dit artikel echter te buiten om hier verder op in te gaan.

Het is nog maar de vraag  
of een ODV wel of geen verknocht  
goed is

### Wettelijke verdeling, quasi-wettelijke verdeling en ouderlijke boedelverdeling

Het Centraal Aanspreekpunt voor Pensioenen (hierna: CAP) heeft in haar Handreiking van april 2018<sup>8</sup> bevestigd dat de verkrijging van de ODV-aanspraak door de langstlevende op grond van de wettelijke verdeling voldoet aan de voorwaarden van artikel 38p Wet LB en derhalve kwalificeert als een zuivere ODV. In de Handreiking van mei 2018 is voorts bevestigd dat de ODV zuiver blijft ingeval van verkrijging van de ODV-aanspraak door de langstlevende op grond van een quasi-wettelijke verdeling waarbij de langstlevende alle goederen, inclusief de ODV-aanspraak, aan zichzelf toedeelt<sup>9</sup>. Tevens is bevestigd dat de ODV zuiver blijft ingeval van de ouderlijke boedelverdeling<sup>10</sup> en de voorwaardelijke (partiële) ouderlijke boedelverdeling waarbij de langstlevende ervoor kiest om de ODV-aanspraak aan zichzelf toe te delen<sup>11</sup>. In al deze gevallen is de ODV zuiver en zijn de ODV-uitkeringen als loon uit vroegere dienstbetrekking onderworpen aan de inhouding van loonheffing. Voorts is artikel 32, lid 3 SW van overeenkomstige toepassing

voor de aanspraken ingevolge de ODV<sup>12</sup>. De verkrijging van ODV-aanspraken is op grond van artikel 32, lid 1, sub 5 SW vrijgesteld van erfbelasting. Bij de langstlevende partner leidt de verkrijging van ODV-aanspraken op grond van artikel 32, lid 2 SW tot imputatie van de partnervrijstelling.

Opvallend is het verschil in bewoordingen tussen het antwoord met betrekking tot de quasi-wettelijke verdeling en het antwoord met betrekking tot de voorwaardelijke (partiële) ouderlijke boedelverdeling. Bij de quasi-

Zonder verdelingsbevoegdheid in het testament geldt bij ODV-termijnen uitkering volgens erfdelen

wettelijke verdeling blijft de ODV zuiver indien alle goederen, inclusief de ODV-aanspraak, aan de langstlevende worden toebedeeld. Bij de voorwaardelijke (partiële) ouderlijke boedelverdeling blijft de ODV zuiver als de langstlevende ervoor kiest om de ODV-aanspraak aan zichzelf toe te delen. De vraag is of dit een bewuste woordkeuze is geweest.<sup>13</sup> Net als Bögemann en Staats<sup>14</sup>, kan ik me niet voorstellen dat als de langstlevende op grond van de quasi-wettelijke verdeling uitsluitend de ODV-aanspraak aan zichzelf toedeelt de ODV onzuiver wordt. Dit lijkt ook niet in lijn met de strekking van de overige antwoorden in de Handreiking.

Belangrijk aandachtspunt is dat de ODV uitsluitend zuiver blijft ingeval van toedeling aan de langstlevende of aan één van de andere erfgenamen op grond van een in het testament opgenomen verdelingsbevoegdheid. Is er geen verdelingsbevoegdheid in het testament opgenomen, dan moeten de ODV-termijnen aan de erfgenamen worden uitgekeerd overeenkomstig de erfdelen. Afwijkende verdelingen door erfgenamen onderling zijn niet toegestaan en leiden tot een onzuivere ODV<sup>15</sup>. Het gevolg hiervan is dat over de volledige waarde van de ODV loonheffing en revisierente is verschuldigd<sup>16</sup>.

## De invloed van de waarde van de ODV-aanspraak op de omvang van de vorderingen van kinderen

### Praktijkvraag

Bij de afwikkeling van een nalatenschap waarbij de wettelijke verdeling van toepassing was en de langstlevende en de twee kinderen ieder voor een gelijk deel erfgenaam, liep ik tegen de vraag aan hoe de ODV nou precies uitwerkt. Wat is de invloed van de waarde van de ODV-aanspraak op de omvang van de vorderingen van de kinderen?<sup>17</sup> In de literatuur heb ik daar nog weinig over gelezen.

Stel de nalatenschap bestaat uit liquide middelen van € 1.000.000 en een ODV-aanspraak van € 500.000<sup>18</sup>. Op grond van de wettelijke verdeling verkrijgt de langstlevende de liquide middelen en de ODV-aanspraak. De kinderen verkrijgen hun 1/3-erfdeel in de vorm van een vordering op de langstlevende. Maar wat is nu de waarde van deze vordering? En is er eventueel een verschil tussen de civiele waarde van de vordering en de fiscale waarde van de vordering? Onderstaand bespreek ik een aantal mogelijke zienswijzen.

### Fiscale waarde vorderingen kinderen

- Optie 1: Voor de fiscale waarde van de nalatenschap zou men zich op het standpunt kunnen stellen dat de ODV-aanspraken, als gevolg van de vrijstelling, op nihil moeten worden gewaardeerd. De fiscale waarde van de nalatenschap bedraagt dan € 1.000.000 (= € 1.000.000 + € 0). De fiscale waarde van de vorderingen bedraagt dan € 333.333 (€ 1.000.000 / 3).<sup>19</sup>
- Optie 2: Een ander standpunt zou kunnen zijn dat de fiscale waarde van de nalatenschap € 1.500.000 (= € 1.000.000 + € 500.000) bedraagt. Het feit dat de verkrijging van ODV-aanspraken is vrijgesteld voor de erfbelasting heeft immers geen invloed op de totale waarde van de nalatenschap. De vrijstelling is namelijk een persoonlijke vrijstelling voor de verkrijger van de ODV-aanspraken. De fiscale waarde van de vorderingen is dan € 500.000 (= € 1.500.000 / 3).<sup>20</sup> Het in aanmerking nemen van een belastinglatentie is mijns inziens niet aan de orde nu de verkrijging van de ODV-aanspraken is vrijgesteld van erfbelasting en er derhalve geen samenloop van belastingheffing plaatsvindt.

Berekening uitkering per jaar							Fiscale waarde ODV	
Jaar	Stand ODV begin boekjaar	Aantal uitkeringsjaren	Uitkering	Stand ODV begin BJ +/- uitkering	Oprenting vlg art 12.3a UR LB (2019)	Stand ODV eind boekjaar	Art 6 UBSW	Fiscale waarde uitkering
					0,269%			
1	€ 500.000,00	20	€ 25.000,00	€ 475.000,00	€ 1.277,75	€ 476.277,75	0,85	€ 21.250,00
2	€ 476.277,75	19	€ 25.067,25	€ 451.210,50	€ 1.213,76	€ 452.424,26	0,85	€ 21.307,16
3	€ 452.424,26	18	€ 25.134,68	€ 427.289,58	€ 1.149,41	€ 428.438,98	0,85	€ 21.364,48
4	€ 428.438,98	17	€ 25.202,29	€ 403.236,69	€ 1.084,71	€ 404.321,40	0,85	€ 21.421,95
5	€ 404.321,40	16	€ 25.270,09	€ 379.051,31	€ 1.019,65	€ 380.070,96	0,85	€ 21.479,57
6	€ 380.070,96	15	€ 25.338,06	€ 354.732,89	€ 954,23	€ 355.687,13	0,64	€ 16.216,36
7	€ 355.687,13	14	€ 25.406,22	€ 330.280,90	€ 888,46	€ 331.169,36	0,64	€ 16.259,98
8	€ 331.169,36	13	€ 25.474,57	€ 305.694,79	€ 822,32	€ 306.517,11	0,64	€ 16.303,72
9	€ 306.517,11	12	€ 25.543,09	€ 280.974,02	€ 755,82	€ 281.729,84	0,64	€ 16.347,58
10	€ 281.729,84	11	€ 25.611,80	€ 256.118,04	€ 688,96	€ 256.806,99	0,64	€ 16.391,55
11	€ 256.806,99	10	€ 25.680,70	€ 231.126,29	€ 621,73	€ 231.748,02	0,48	€ 12.326,74
12	€ 231.748,02	9	€ 25.749,78	€ 205.998,24	€ 554,14	€ 206.552,38	0,48	€ 12.359,89
13	€ 206.552,38	8	€ 25.819,05	€ 180.733,33	€ 486,17	€ 181.219,50	0,48	€ 12.393,14
14	€ 181.219,50	7	€ 25.888,50	€ 155.331,00	€ 417,84	€ 155.748,84	0,48	€ 12.426,48
15	€ 155.748,84	6	€ 25.958,14	€ 129.790,70	€ 349,14	€ 130.139,84	0,48	€ 12.459,91
16	€ 130.139,84	5	€ 26.027,97	€ 104.111,87	€ 280,06	€ 104.391,93	0,36	€ 9.370,07
17	€ 104.391,93	4	€ 26.097,98	€ 78.293,95	€ 210,61	€ 78.504,56	0,36	€ 9.395,27
18	€ 78.504,56	3	€ 26.168,19	€ 52.336,37	€ 140,78	€ 52.477,16	0,36	€ 9.420,55
19	€ 52.477,16	2	€ 26.238,58	€ 26.238,58	€ 70,58	€ 26.309,16	0,36	€ 9.445,89
20	€ 26.309,16	1	€ 26.309,16	€ -	€ -	€ -	0,36	€ 9.471,30
Totaal			€ 512.986,11					€ 297.411,60

- Optie 3: Men zou zich ook op het standpunt kunnen stellen dat de ODV-aanspraken fiscaal volgens de waarderingsregels van de periodieke uitkeringen moeten worden gewaardeerd<sup>21</sup>. Artikel 18, lid 2 SW jo artikel 21, lid 14 SW jo artikel 6, laatste kolom UB SW is dan van toepassing. De aanspraken ingevolge een ODV kwalificeren mijns inziens als een periodieke uitkering als bedoeld in artikel 18, lid 2 SW. Artikel 18, lid 2 SW kent een ruime omschrijving en omvat niet alleen de uitkering welke afhankelijk is van levens- of sterfttekansen, maar ook de tijdelijke, niet van levens- en sterfttekansen afhankelijke en op vastgestelde tijdstippen verschuldigde uitkeringen<sup>22</sup>.

Voor de fiscale waardering van de ODV-aanspraken moet dan eerst de hoogte van de ODV-uitkeringen en de looptijd worden bepaald. Dit is onder meer afhankelijk van de vraag of de ODV-termijnen al zijn ingegaan op het moment van overlijden van de erflater. En uiteraard van de hoogte van de ODV.<sup>23</sup>

Stel dat erflater ten tijde van overlijden 50 jaar is en de ODV-termijnen derhalve nog niet zijn ingegaan. De periode waarin de ODV-termijnen moeten worden uitgekeerd bedraagt dan 20 jaar. De ODV-uitkeringen en de fiscale waarde van de ODV-uitkeringen kunnen dan dan worden berekend zoals in bovenstaande tabel.



Bij een tweede huwelijk van een dga kwam de vraag op of de ODV kon worden gelegateerd aan de echtgenote met een tweetrapsmaking waarbij de kinderen uit het eerste huwelijk verwachters zijn.

De fiscale waarde van de ODV-uitkeringen bedraagt in totaal € 297.411. De fiscale waarde van de nalatenschap bedraagt dan € 1.297.411 (= € 1.000.000 + € 297.411) en de fiscale waarde van de vorderingen van de kinderen derhalve € 432.470 (= € 1.297.411 / 3). Op basis van de jurisprudentie werken de waarderingsvoorschriften van de successiewet immers door in de fiscale waardering van onderbedelingsvorderingen en legaten<sup>24</sup>.

#### *Beoordeling optie 1, 2 en 3*

Optie 1 lijkt mij niet juist. Mijs inziens staat de vrijstelling erfbelasting voor ODV-aanspraken los van de waardering van ODV-aanspraken. Een vrijstelling leidt niet tot een nihil-waardering. Ik ben het derhalve met Staats en Baard eens dat een vrijstelling iets wezenlijks anders is dan een waarderingsmethode en dat een waardering op nihil niet juist lijkt.

Optie 2 gaat er mijs inziens aan voorbij dat de fiscale waarde van de nalatenschap moet worden bepaald op grond van artikel 21 SW. Vervolgens moet per verkrijger worden bekeken of een vrijstelling van toepassing is. Optie 3 lijkt mij dan ook het meest juist voor de bepaling van de fiscale waarde van de vorderingen van de kinderen.

#### *Civiele waarde vorderingen kinderen*

Voor de civiele waarde van de nalatenschap geldt mijs inziens dat rekening moet worden gehouden met een belastinglatentie<sup>25</sup>. Vanuit praktisch oogpunt zou kunnen worden aangesloten bij het voorgeschreven 30%-percentage van de erfbelasting. Dit is echter niet verplicht en kan te laag zijn afhankelijk van de hoogte van het overige inkomen. De civiele waarde van de nalatenschap bedraagt dan € 1.350.000 (= € 1.000.000 + € 500.000 -/- 30% van € 500.000). De civiele waarde van de vorderingen van de kinderen bedragen derhalve € 450.000 (= € 1.350.000 / 3).

#### **Legaat en keuzelegaat (tegen inbreng)**

Wil men de discussie rondom de invloed van de ODV-aanspraken op de waarde van de onderbedelingsvorderingen omzeilen<sup>26</sup>, dan kan dat door een legaat of keuzelegaat (al dan niet tegen inbreng van de waarde) in het testament op te nemen. In de Handreiking van april 2018 is aangegeven dat de ODV zuiver blijft indien de ODV krachtens legaat toekomt aan één van de erfgenamen<sup>27</sup>. In de Handreiking van mei 2018 is vervolgens bevestigd dat de ODV ook zuiver blijft ingeval de langst-

levende de ODV verkrijgt op basis van een keuzelegaat (al dan niet tegen inbreng van de waarde), mits de langstlevende tevens erfgenaam is<sup>28</sup>.

Opvallend is het verschil in bewoordingen. Bij het legaat wordt gesproken over één van de erfgenamen en bij het keuzelaat over de langstlevende. Ik ga er vanuit dat dit geen bewust onderscheid is en dat ook bij een keuzelegaat geldt dat de ODV zuiver blijft zolang het keuzelegaat toekomt aan één van de erfgenamen, niet zijnde de langstlevende.

#### *Praktijkvraag*

Naar aanleiding van een gebroken gezinssituatie waarbij de dga voor de tweede keer was gehuwd en twee kinderen had uit zijn eerste huwelijk, kwam de vraag op of de ODV kon worden gelegateerd aan zijn tweede echtgenote met een tweetrapsmaking waarbij de twee kinderen de verwachters zijn. Wij hebben deze vraag voorgelegd aan het CAP. Volledigheidshalve hierna de letterlijke vraagstelling.

#### *Situatie:*

*Dga heeft uit zijn eerste huwelijk twee kinderen, A en B en dga is voor de tweede keer en onder het maken van huwelijkse voorwaarden (koude uitsluiting zonder enig verrekbeding) gehuwd met ega, die zelf uit een eerder huwelijk één kind C heeft.*

*Dga zet zijn PEB om in een ODV en neemt in zijn testament op dat ega voor 0,001% en zijn twee kinderen A en B ieder voor 49,9995% erfgenaam zijn. Nu ega erfgenaam is, hoe gering ook, kan dga in zijn testament ten behoeve van haar een legaat opnemen ter zake van de resterende uitkeringen uit hoofde van de ODV.*

*Ega heeft in haar testament haar eigen kind C als enig erfgenaam opgenomen.*

*Stel nu dat dga na ontvangst van vier ODV-termijnen overlijdt. De resterende zestien termijnen worden dan aan ega uitgekeerd. Stel nu dat ega na zeven jaar overlijdt. Er zijn dan inmiddels elf ODV-termijnen uitgekeerd. Als ik de handreiking ODV-aanspraken en overlijden en de parlementaire geschiedenis correct begrijp, dan moeten de resterende negen ODV-termijnen aan de erfgenamen van de ega worden uitgekeerd. Dat is dus kind C.*

*Dat is niet de bedoeling van de dga geweest. Die heeft de wens om na het overlijden van ega de resterende uitkeringen aan zijn eigen kinderen A en B te doen toekomen.*

#### *Vraag:*

*Kan deze wens van dga worden ingevuld door een tweetrapsmaking op het legaat te zetten? Dus dat ega als bezwaarde de ODV-termijnen ontvangt en dat het recht op de resterende ODV-uitkeringen na haar overlijden op grond van de tweetrapsmaking aan de kinderen A en B worden uitgekeerd, die in het testament van dga als verwachters worden aangewezen?*

*De kinderen A en B zijn erfgenamen van dga, dus in zoverre is daar geen strijdigheid met de Wet LB 1964 te onderkennen.*

Het letterlijke antwoord luidde als volgt:

*Wanneer ten tijde van het overlijden van de ODV-gerechtigde nog geen ODV-termijnen zijn ingegaan, dienen de ODV-termijnen binnen twaalf maanden na het overlijden in te gaan. De termijnen dienen te worden uitgekeerd aan de erfgenamen van de ODV-gerechtigden, voor zover dit natuurlijke personen zijn. Wanneer ten tijde van het overlijden van de ODV-gerechtigde de ODV-termijnen reeds zijn ingegaan, gaat het recht op de nog niet uitgekeerde termijnen over op zijn erfgenamen, voor zover dit natuurlijke personen zijn.*

*De door u beschreven tweetrapsmaking is een combinatie van een opschortende voorwaarde (voor de kinderen) en een ontbindende voorwaarde (voor de nieuwe partner). Ten tijde van het overlijden van de dga moet worden getoetst of de nieuwe partner ook erfgenaam is. Zo ja dan kwalificeert zij na het overlijden van de dga als 'toegelaten' gerechtigde tot de ODV-termijnen.*

*Bij het overlijden van de nieuwe partner krijgt de ontbindende c.q. opschortende voorwaarde effect. Gaan de termijnen dan naar de twee kinderen die erfgenaam zijn van de dga, dan kwalificeren zij als 'toegelaten' gerechtigde tot de ODV-termijnen. Zouden de kinderen zijn vooroverleden, dan moeten de resterende ODV-termijnen worden uitgekeerd aan de erfgenamen van de nieuwe partner, voor zover dit natuurlijke personen zijn.*

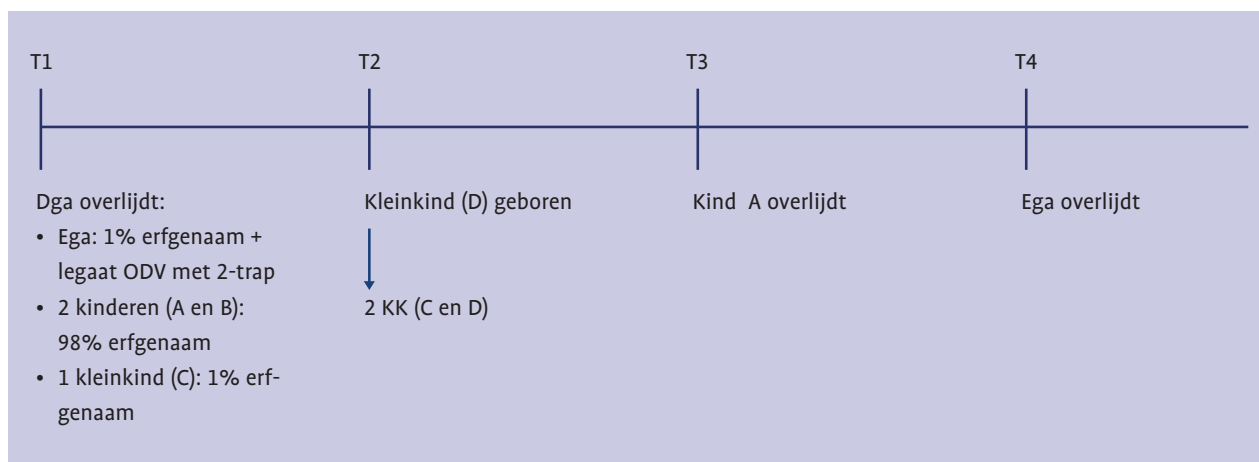


De ODV blijft in dit geval dus zuiver. Dat is goed nieuws voor de praktijk gezien het aantal gebroken gezinssituaties. Het is echter niet altijd wenselijk dat de langstlevende tevens tot erfgenaam moet worden benoemd, hoe klein het erfdeel van de langstlevende ook is. De langstlevende krijgt immers recht op een deel van alle goederen en schulden van de nalatenschap. Indien dit niet wenselijk is, kunnen bepaalde goederen en schulden worden gelegateerd aan de kinderen, zoals bijvoorbeeld de aanmerkelijkbelangaandelen in de onderneming. Een ander aandachtspunt kan zijn dat de langstlevende als erfgenaam aan de verdelingstafel mag plaatsnemen. Wanneer dit niet gewenst is, kan een afwikkelingsbewind worden ingesteld waarbij de kinderen tot afwikkelingsbewindvoerder worden benoemd. In de praktijk bestaat vaak de behoefte om de ODV-aanspraken te laten

toekomen aan de langstlevende en heeft het de voorkeur dit ook mogelijk te maken zonder dat de langstlevende erfgenaam is<sup>29</sup>.

Voor wat betreft de laatste opmerking in het antwoord van het CAP voor de situatie dat de kinderen zijn vooroverleden, het CAP gaat er naar ik aanneem vanuit dat dga geen kleinkinderen heeft. Maar stel nu dat de dga wel kleinkinderen (de kinderen van de kinderen van de dga uit het eerste huwelijks) heeft. De ODV blijft dan mijns inziens zuiver ingeval de kleinkinderen eveneens voor tenminste een klein deel erfgenaam zijn van dga. Uiteraard kan dit alleen gelden voor kleinkinderen die reeds ten tijde van het overlijden van dga bestaan<sup>30</sup> Een zorgvuldige formulering van de tweetrapsbepaling is dus vereist.

### Een voorbeeld



Dga overlijdt. In zijn testament heeft hij bepaald dat ega voor 1% erfgenaam is en krachtens legaat de ODV-aanspraken verkrijgt. Op het legaat rust een tweetrapsbepaling. ega is bezwaarde en kinderen A en B (uit het eerste huwelijk van dga) zijn verwachters, waarbij is opgenomen dat de regels van plaatsvervulling van toepassing zijn. Verder zijn tot erfgenamen benoemd: kinderen A en B tezamen voor 98% en kleinkind C voor 1%. Bij het overlijden van dga blijft de ODV zuiver. De langstlevende die tevens erfgenaam is, verkrijgt immers de ODV-aanspraken.

Na het overlijden van dga wordt een tweede kleinkind D geboren. Kleinkinderen C en D zijn beiden kinderen van kind A. Vervolgens overlijdt kind A. En vervolgens overlijdt ega.

Als gevolg van het overlijden van ega verkrijgen kind B en de twee kleinkinderen C en D op grond van het tweetrapslegaat de resterende ODV-aanspraken. Kind B is erfgenaam van dga en verkrijgt een deel van de ODV-aanspraken krachtens legaat van dga. Voor kleinkind C geldt eveneens dat zij erfgenaam is van dga en een deel

van de ODV-aanspraken krachtens legaat van dga verkrijgt. Kleinkind D is echter geen erfgenaam van dga, maar verkrijgt wel krachtens legaat een deel van de ODV-aanspraken van dga. Kleinkind D kwalificeert derhalve niet als 'toegelaten' gerechtigde tot de ODV-termijnen. De ODV wordt dan mijns inziens in zijn geheel onzuiver. Het betreft immers een rechtstreekse verkrijging van dga. In de Handreiking april 2018 is aangegeven dat dan de gehele aanspraak wordt belast met loonheffing en revisierente<sup>31</sup>. Er is geen sprake van een situatie genoemd in praktijkvraag 5<sup>32</sup>, waarbij de resterende ODV-aanspraken worden verkregen van een overleden erfgenaam van de dga (kind A).

In de Handreiking april 2018<sup>33</sup> is aangegeven dat als de ODV-aanspraken in eerste instantie vererven naar de vier erfgenamen van de dga (A, B, C en D) en vervolgens één van de erfgenamen van de dga (A) overlijdt, de geërfde ODV-aanspraak moet vererven naar de erfgenamen van A. Als dit niet het geval is en het door A geërfde gedeelte van de ODV toekomt aan een derde die geen erfgenaam is, is voor dat gedeelte sprake van een onzuivere ODV. Ik leid hieruit af dat in dit geval niet de gehele ODV onzuiver wordt.

In het gegeven voorbeeld kan mijns inziens worden voorkomen dat de ODV onzuiver wordt door de tweetrapsbepaling zodanig te formuleren dat de tweetrap alleen doorwerkt naar kleinkinderen die ten tijde van het overlijden van de dga reeds bestonden. Een andere oplossing zou zijn een tweetrapsmaking ten aanzien van de erfstelling<sup>34</sup>.

### **In de ODV-overeenkomst is de begunstigde aangewezen**

In de Handreiking van mei 2018 is bevestigd dat de ODV zuiver blijft indien in de ODV-overeenkomst een begunstigde is aangewezen én deze begunstigde op grond van het testament degene is die de ODV-aanspraken verkrijgt en tevens erfgenaam is<sup>35</sup>. Voor de praktijk is dit een welkome bevestiging. Een begunstiging in de ODV-overeenkomst geeft de langstlevende immers meer zekerheid. De ODV-overeenkomst kan namelijk niet, zoals een testament, eenzijdig worden aangepast.

De vraag is dan of in dat geval sprake is van een derdenbeding<sup>36</sup>. Wanneer de ODV-aanspraak kwalificeert als een derdenbeding, valt de ODV-aanspraak niet in de nalatenschap. Het lijkt in dat geval overbodig specifieke bepalingen met betrekking tot de ODV-aanspraken in het testament op te nemen. Wel moet de begunstiging in de ODV-overeenkomst overeenstemmen met de erfgenamen van de ODV-gerechtigde om te voorkomen dat de ODV onzuiver wordt.

**Civiele duiding van de ODV-aanspraak is ook van belang bij beneficiaire aanvaarding**

### **Beneficiaire aanvaarding**

De civiele duiding van de ODV-aanspraak is eveneens van belang wanneer de nalatenschap beneficiair wordt aanvaard. Als de ODV-aanspraak in de nalatenschap valt, kunnen geen ODV-uitkeringen worden genoten zolang de vereffening niet is voltooid of er een ruimschoots voldoende-verklaring is afgegeven. In de praktijk kan dit betekenen dat de langstlevende partner een tijd geen inkomen heeft. Voorts kan in dat geval de 12-maandstermijn waarbinnen men nog kan kiezen voor de aankoop van een lijfrente als bedoeld in artikel 3.125 Wet IB of een lijfrenterekening of een lijfrentebeleggingsrecht als bedoeld in artikel 3.126a Wet IB te kort zijn. Hoe hiermee om te gaan in de praktijk blijft nog de vraag. Misschien moet de dga toch overwegen om al tijdens leven een lijfrente aan te kopen<sup>37</sup>. Hier moeten dan uiteraard wel voldoende middelen voor zijn.

### **Tot slot**

Hoewel er dus meer duidelijkheid is gekomen over hoe de Belastingdienst aankijkt tegen de afwikkeling van de ODV ingeval van overlijden, blijven nog veel vragen onbeantwoord. Voor de praktijk een ongewenste situatie.



## Noten

- 1 Kamerstukken I 2016-2017, 34 552, E, p. 82 en Handreiking ODV-aanspraken en overlijden (versie 4 april 2018), p. 2.
- 2 Hoge Raad 27 november 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4271.
- 3 Handreiking ODV-aanspraken en overlijden (versie 4 april 2018), p. 2.
- 4 Handreiking oudedagsverplichting en vererving van de termijnen (versie 8 mei 2018), p. 2.
- 5 In dezelfde zin drs. M.A.B. Bögemann en mr. dr. G.M.C.M. Staats, 'Een kritische beschouwing van de oudedagsverplichting', WFR 2018/217, p. 6.
- 6 Evenals de wetgever doet, zie Kamerstukken II, 2016/2017, 34 552, nr 69, p. 3.
- 7 In dezelfde zin drs. M.A.B. Bögemann en mr. dr. G.M.C.M. Staats, 'Een kritische beschouwing van de oudedagsverplichting', WFR 2018/217, p. 6.
- 8 Handreiking ODV-aanspraken en overlijden (versie 4 april 2018), scenario 1.
- 9 Handreiking oudedagsverplichting en vererving van de termijnen (versie 8 mei 2018), vraag 2.
- 10 Handreiking oudedagsverplichting en vererving van de termijnen (versie 8 mei 2018), vraag 5.
- 11 Handreiking oudedagsverplichting en vererving van de termijnen (versie 8 mei 2018), vraag 5.
- 12 Art. 38p, lid 4 Wet LB 1964.
- 13 Zie ook mw. mr. M.M.J. Schuurman-van Nifterik, 'Handreiking ODV-aanspraken en overlijden: de riemen blijven zwak, maar de koers is gezet', KWEP 2018-03, p. 2 en 3. En drs. M.A.B. Bögemann en mr. dr. G.M.C.M. Staats, 'Een kritische beschouwing van de oudedagsverplichting', WFR 2018/217, p. 5.
- 14 drs. M.A.B. Bögemann en mr. dr. G.M.C.M. Staats, 'Een kritische beschouwing van de oudedagsverplichting', WFR 2018/217, p. 5.
- 15 Handreiking oudedagsverplichting en vererving van de termijnen (versie 8 mei 2018), vraag 1 en vraag 7
- 16 Art. 38p, lid 4 Wet LB jo artikel 19b (oud) Wet LB jo artikel 30i AWR.
- 17 In mijn artikel 'Meer duidelijkheid over de afwikkeling van de oudedagsverplichting bij overlijden', JBN 2017/12-55, p. 3 heb ik reeds opgemerkt dat de Handreiking ODV-aanspraken en overlijden (versie 13 oktober 2017) verder niet ingaat op de omvang van de vorderingen van de kinderen. Ook mr. T. Denekamp en drs. M.C.B. Bril vragen zich dit af in hun artikel 'Uitfasering pensioen in eigen beheer: handreiking ODV-aanspraken en overlijden', VFP 2017-12, p. 2.
- 18 Ter vereenvoudiging ga ik in dit voorbeeld ervan uit dat de aandelen van de B.V. in handen zijn van de kinderen.
- 19 Zie ook hetgeen mr. dr. G.M.C.M. Staats en mr. C.B. Baard bespreken in het kader van de afwikkeling van de bancaire lijfrente, 'De afwikkeling van de nabestaandenlijfrente', Estate Planner Digitaal 2016/4, p. 4.
- 20 Zie ook hetgeen mr. dr. G.M.C.M. Staats en mr. C.B. Baard bespreken in het kader van de afwikkeling van de bancaire lijfrente, 'De afwikkeling van de nabestaandenlijfrente', Estate Planner Digitaal 2016/4, p. 4. In zijn artikel 'Uitfasering pensioenen in eigen beheer in de notariële praktijk', FBN 2018/11-50 lijkt T. Hoogwout ook van deze benaderingswijze uit te gaan.
- 21 MFAS gaat hier vanuit, zie nieuwsbrief nr 46-2018, p 2.
- 22 Zie aantekening 3 op artikel 18 Vakstudie Successiewet.
- 23 Voor een uitgebreide uiteenzetting over de looptijd en hoogte van de ODV-uitkeringen bij overlijden verwijs ik naar mijn artikel 'Meer duidelijkheid over de afwikkeling van de oudedagsverplichting bij overlijden', JBN 55, december 2017, en mijn artikel 'Afwikkeling oudedagsverplichting bij overlijden', PE-tijdschrift bedrijfsopvolging, oktober 2017.
- 24 Zie HR 11 december 2015, BNB 2016/54 en HR 13 december 1995, BNB 1996/70.
- 25 Voor de fiscale waardering kan mijns inziens geen belastinglatentie in aanmerking worden genomen omdat de verkrijging van de ODV-aanspraken is vrijgesteld van erfbelasting en er derhalve geen samenloop van belastingheffing plaatsvindt.
- 26 Of acht men het niet wenselijk dat een vrijstelde ODV-aanspraak toch deels wordt belast als gevolg van de daarmee samenhangende onderbedelingsvordering.
- 27 Handreiking ODV-aanspraken en overlijden (versie 4 april 2018), scenario 4.
- 28 Handreiking oudedagsverplichting en vererving van de termijnen (versie 8 mei 2018), vraag 3.
- 29 Zie ook drs. M.A.B. Bögemann en mr. dr. G.M.C.M. Staats, 'De fiscale en civielrechtelijke gevolgen van overlijden bij een oudedagsverplichting', WPNR 2018/7183, p. 3. En mw. mr. M.M.J. Schuurman-van Nifterik, 'Handreiking ODV-aanspraken en overlijden: de riemen blijven zwak, maar de koers is gezet', KWEP 2018-03.
- 30 Art. 4:9 BW.
- 31 Handreiking ODV-aanspraken en overlijden (versie 4 april 2018), p. 2.
- 32 Handreiking ODV-aanspraken en overlijden (versie 4 april 2018), praktijkvraag 5, p. 6.
- 33 Handreiking ODV-aanspraken en overlijden (versie 4 april 2018), praktijkvraag 5.
- 34 De vraag is of een tweetrapsmaking ten aanzien van de erfstelling wenselijk is aangezien de kleinkinderen dan erven van dga en tarief 18%-36% van toepassing is.
- 35 Handreiking oudedagsverplichting en vererving van de termijnen (versie 8 mei 2018), vraag 6.
- 36 Zie ook mw. mr. M.M.J. Schuurman-van Nifterik, 'Handreiking ODV-aanspraken en overlijden: de riemen blijven zwak, maar de koers is gezet', KWEP 2018-03, p. 5. En drs. M.A.B. Bögemann en mr. dr. G.M.C.M. Staats, 'De fiscale en civielrechtelijke gevolgen van overlijden bij een oudedagsverplichting', WPNR 2018/7183, p. 5.
- 37 Uiteraard geen bancaire lijfrente, want dan speelt hetzelfde probleem.