

Fiscale gevolgen van compensatie partner bij uitfasering pensioen in eigen beheer

EB 2018/98

De fiscale gevolgen van compensatie van de partner bij uitfasering van pensioen in eigen beheer kent de nodige haken en ogen. In deze bijdrage ga ik in op de vragen onder welke omstandigheden het achterwege laten van compensatie een met schenkbelasting belaste bevoordeling kan opleveren en onder welke omstandigheden een compensatie belast is met inkomstenbelasting en een persoonsgebonden aftrek kan opleveren.

1. Inleiding

De op 1 april 2017 in werking getreden Wet uitfaseren pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen (*Stb.* 2017, 115, *Stb.* 2017, 116) biedt de directeur-grootaandeelhouder (DGA) de mogelijkheid om op een fiscaal gunstige wijze van zijn of haar in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken af te komen. Gekozen kan worden voor afkoop met een aantrekkelijke korting op de heffingsgrondslag of voor omzetting in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting. In beide situaties vindt daaraan voorafgaand een belastingvrije afstempeling van pensioenaanspraken plaats. Belangrijk onderdeel bij de praktische uitwerking van het uitfaseren is dat de (gewezen) partner medewerking dient te verlenen. Hij of zij dient op grond van art. 38n, lid 4 Wet LB 1964 persoonlijk het bij de Belastingdienst in te dienen meldingsformulier mede te ondertekenen. De (gewezen) partner zal daarbij ongetwijfeld de vraag stellen of, hoe en in welke mate hij of zij voor de noodzakelijke medewerking gecompenseerd wordt in verband met het potentieel verlies van uitkeringsrechten en eventueel bij echtscheiding zelf te verkrijgen pensioenaanspraken. Deze compensatie is één van de meest besproken en tevens één van de minst duidelijke aspecten van het uitfaseren van in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken, met name betreffende de fiscale gevolgen.

2. Wanneer leidt uitfasering tot een schenking?

Tijdens de parlementaire behandeling zijn vooral vragen gesteld over mogelijke schenkingsaspecten die kunnen optreden, indien de DGA zijn of haar partner niet op een passende manier compenseert voor het potentieel verlies aan pensioenuitkeringsrechten en -aanspraken. Uit de antwoorden van de Staatssecretaris van Financiën kan het volgende worden geconcludeerd:

1. Uitfasering in geval van gemeenschap van goederen en niet in het zicht van echtscheiding.
In deze situatie is geen sprake van een schenking.
2. Uitfasering in geval van gemeenschap van goederen en wel in het zicht van echtscheiding.
Het feit dat sprake is van een op handen zijnde echtscheiding leidt in deze situatie tot de conclusie dat sprake is van een schenking indien de DGA en zijn of haar partner geen passende compensatie overeenkomen.
3. Uitfasering in geval van huwelijksvoorwaarden met een wederkerig finaal verrekenbeding zowel bij echtscheiding als bij overlijden en niet in het zicht van echtscheiding.
Een wederkerig finaal verrekenbeding zowel bij echtscheiding als bij overlijden lijkt wat de financiële uitkomst betreft zozeer op een huwelijksgemeenschap dat deze voor de beoordeling of sprake is van een schenking op één lijn worden gezet. Deze situatie leidt tot de conclusie dat geen sprake is van een schenking.
4. Uitfasering in geval van huwelijksvoorwaarden met een wederkerig finaal verrekenbeding zowel bij echtscheiding als bij overlijden en wel in het zicht van echtscheiding.
Een wederkerig finaal verrekenbeding zowel bij echtscheiding als bij overlijden lijkt wat de financiële uitkomst betreft zozeer op een huwelijksgemeenschap dat deze voor de beoordeling of sprake is van een schenking op één lijn worden gezet. Deze situatie leidt tot de conclusie dat, indien sprake is van een op handen zijnde echtscheiding, sprake is van een schenking indien de DGA en zijn of haar partner geen passende compensatie overeenkomen.
5. Uitfasering in geval van huwelijksvoorwaarden zonder een wederkerig finaal verrekenbeding zowel bij echtscheiding als bij overlijden (koude uitsluiting) en niet in het zicht van echtscheiding.
Deze situatie leidt tot de conclusie dat sprake is van een schenking indien de DGA en zijn of haar partner geen passende compensatie overeenkomen;
6. Uitfasering in geval van huwelijksvoorwaarden zonder een wederkerig finaal verrekenbeding zowel bij echtscheiding als bij overlijden (koude uitsluiting) en wel in het zicht van echtscheiding.
Deze situatie leidt tot de conclusie dat sprake is van een schenking indien de DGA en zijn of haar partner geen passende compensatie overeenkomen.

Kort samengevat is de conclusie dat in geval van uitfasering in het zicht van echtscheiding en in geval van koude uitsluiting sprake is van een schenking indien de DGA en zijn of haar partner geen passende compensatie overeenkomen.

¹ Drs. J.M.J. Holtermans CPC is fiscalist, certified pension consultant, collaborative professional en partner bij Hendrixx en Bakker te Tilburg.

3. Wat is een passende compensatie?

Dit is van geval tot geval te beoordelen aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden. Uitgangspunt voor het vaststellen van een passende compensatie lijkt mij te zijn hetgeen de partner aan potentiële pensioenuitkeringsrechten en -aanspraken prijsgeeft door in te stemmen met de uitfasering. Daarbij dient niet uit het oog te worden verloren dat de partner van de DGA staande huwelijk slechts voorwaardelijke rechten heeft, die hij of zij pas kan effectueren in geval van overlijden van de DGA (partnerpensioen) of in geval van echtscheiding (het recht op uitkering van een deel van het ouderdomspensioen van de DGA én een aanspraak op bijzonder partnerpensioen). Maar ook in geval van echtscheiding blijven de rechten grotendeels voorwaardelijk; het aan de partner uit te keren pensioen dient eerst daadwerkelijk tot uitkering te komen, dat wil zeggen dat de partner de DGA dient te overleven.

Ten aanzien van de voorwaardelijke rechten van de partner kan op de datum van uitfasering bij wijze van een fictieve echtscheidingsdatum een actuariële berekening worden gemaakt en een (indicatie van de) commerciële waarde worden berekend. Een dergelijke commerciële waarde kan als uitgangspunt voor de compensatie dienen. Daarbij dient uiteraard rekening te worden gehouden met de solvabiliteit en liquiditeit van de BV en dient een eventuele onderdekking naar evenredigheid over de aanspraken op ouderdoms- en partnerpensioen te worden verdeeld (zie HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693). Tevens dient in de berekening te worden betrokken de vraag of de BV de risico's van bepaalde uitkeringsverplichtingen heeft verzekerd (risicoverzekering op het leven van de DGA) of extern heeft verzekerd (een partnerpensioenverzekering).

Omdat het (meestal) de DGA is die zijn of haar partner dient te compenseren, speelt ook de fiscale behandeling van de compensatie voor de Wet IB 2001 een wezenlijke rol. Deze is namelijk van invloed op de vraag of bij het vaststellen van de compensatie al dan niet rekening dient te worden gehouden met een inkomstenbelastinglatentie.

4. Wanneer wordt een compensatie van de partner bij uitfasering in de heffing van de inkomstenbelasting betrokken?

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat een door de DGA aan de partner bij wijze van compensatie betaalde vergoeding zich in beginsel in de vermogenssfeer afspeelt en geen belastbaar feit voor de inkomstenbelasting vormt (*Kamerstukken II 2016/17, 34555, 5, p. 21*). Een en ander is vermeld voor de situatie staande huwelijk en niet in het zicht van echtscheiding. Voor de situatie dat de uitfasering plaatsvindt in het zicht van de echtscheiding is voor de *schenkbelasting* vermeld dat dit in voorkomende situaties wel tot een belastbare schenking kan leiden (*Kamerstukken II 2016/17, 34555, 5, p. 20*). De vraag of compensatie van de partner bij uitfasering in het zicht van echtscheiding (of ná de echtscheiding) gevolgen kan hebben

voor de *inkomstenbelasting* is tijdens de parlementaire behandeling niet als zodanig aan de orde gekomen.

Op deze vraag wordt ingegaan in het onlangs op de website van het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen (CAP) gepubliceerde standpunt van de Kennisgroep Verzekeringsproducten en Assurantiebelasting (KVA) (vragen en antwoorden d.d. 18 juli 2018). De KVA onderscheidt een drietal situaties met de volgende daarbij behorende fiscale gevolgen:

1. **Uitfasering staande huwelijk en niet in het zicht van echtscheiding.**
Een directe of voorwaardelijke compensatie van de gewezen partner heeft geen gevolgen voor de inkomstenbelasting. Deze speelt zich af in de vermogenssfeer. De compensatie wordt ook niet beschouwd als een compensatie ter zake van de pensioenverevening. De compensatie van de partner is niet bij die partner belast en niet aftrekbaar als persoonsgebonden aftrek bij de DGA.
2. **Uitfasering in het zicht van echtscheiding, waarbij de daarmee samenhangende compensatie van de (gewezen) partner onderdeel uitmaakt van het echtscheidingsconvenant.**
De compensatie van de (gewezen) partner is bij die (gewezen) partner belast (art. 3.102, lid 3 Wet IB 2001) en aftrekbaar als persoonsgebonden aftrek bij de DGA (art. 6.3, lid 1, onderdeel d Wet IB 2001).
3. **Uitfasering ná echtscheiding, waarbij reeds in het verleden pensioenverevening en verzelfstandiging van het bijzonder partnerpensioen heeft plaatsgevonden en thans de daarmee samenhangende compensatie van de gewezen partner ná de echtscheiding plaatsvindt.**
De compensatie van de gewezen partner is bij die gewezen partner belast (art. 3.102, lid 1, Wet IB 2001) en aftrekbaar als persoonsgebonden aftrek bij de DGA (art. 6.3, lid 1, onderdeel b Wet IB 2001).

Indien het standpunt van de KVA wordt gevolgd, speelt uitfasering staande huwelijk en niet in het zicht van echtscheiding zich in de netto vermogenssfeer af. Dit betekent dat bij de vaststelling van de compensatie rekening dient te worden gehouden (lees: de compensatie dient te worden verminderd) met een belastinglatentie.

Uitfasering in het zicht van echtscheiding speelt zich daarentegen in de bruto inkomenssfeer af. Dit betekent dat bij de vaststelling van de compensatie geen rekening hoeft te worden gehouden met een belastinglatentie. De DGA kan het bedrag van de compensatie immers als persoonsgebonden aftrek in mindering op zijn inkomen brengen, terwijl de partner voor het bedrag van de compensatie wordt belast.

5. Wat wordt onder compensatie verstaan en waar kan deze uit bestaan?

De KVA maakt in de uitwerking van haar standpunt geen onderscheid tussen de wijze waarop men is gehuwd: ge-

meenschap van goederen of huwelijkse voorwaarden (al dan niet met koude uitsluiting). Ook gaat de KVA niet in op de vraag wat nu precies onder compensatie wordt verstaan. Vermeld wordt slechts dat de compensatie kan bestaan uit een directe compensatie of een voorwaardelijke compensatie. Onder een voorwaardelijke uitkering wordt verstaan een compensatie bij echtscheiding die plaatsvindt volgens de methode “alsof de Wet VPS nog van toepassing zou zijn”. Voor de fiscale behandeling van de compensatie van de partner maakt het overigens niet uit of de compensatie bestaat uit een directe compensatie of een voorwaardelijke compensatie.

De compensatie kan diverse vormen aannemen, zoals een gedeelte van de netto afkoopsom of een gedeelte van de aanspraak ingevolge de oudedagsverplichting. Met name in geval van een voorwaardelijke uitkering kan worden gedacht aan een nader vast te stellen eenmalige vergoeding of periodieke uitkering bij ontbinding van het huwelijk (anders dan door overlijden), die bijvoorbeeld bij huwelijkse voorwaarden wordt overeengekomen. Een ander denkbaar alternatief kan zijn het gedeeltelijk extern verzekeren van de door de DGA opgebouwde pensioenaanspraak, voor zover toekomend aan de partner. In feite is dan sprake van afstorting van pensioen vooraf, waarbij naar mijn mening terecht de vraag kan worden gesteld of er dan wel sprake is van uitfaseren.

In de praktijk is in de meeste gevallen, waarbij de DGA en zijn of haar partner in gemeenschap van goederen zijn gehuwd of een wederkerig finaal verrekenbeding bij echtscheiding en overlijden zijn overeengekomen, op grond van de uitlatingen door de Staatssecretaris van Financiën afgezien van een formele compensatie. Maar men kan zich afvragen of het feit dat het vanwege de afstempeling van de pensioenaanspraken toegenomen vermogen van de pensioenuitvoerende BV reeds op grond van het huwelijksvermogensrecht bij helfte wordt gedeeld respectievelijk verrekenend, niet óók een vorm van compensatie is die in de onder 4.2 bedoelde situatie tot heffing en aftrek in de inkomstenbelasting kan leiden. Dit is niet ondenkbaar. Indien partijen in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, vloeit de geldelijke tegenwaarde van (een gedeelte van) de prijsgegeven pensioenaanspraken immers direct in het vermogen van de (aanstaande gewezen) partner terug door een waardestijging van de aandelen in de BV. Op grond van de uitlatingen van de Staatssecretaris van Financiën in zijn brieven van 16 november 2016 met kenmerk 2016-0000204976 en 3 november 2016 met kenmerk 2016-0000190243 kan worden geconcludeerd dat de Staatssecretaris van Financiën deze waardestijging reeds als een vorm van passende compensatie beschouwt en dat tussen de DGA en zijn of haar partner niet aanvullend hoeft te worden gecompenseerd. In dergelijke situaties ziet de Staatssecretaris van Financiën immers geen aanleiding om een schenking te constateren.

Deze situatie is fiscaal gezien niet erg verschillend van die waarbij pensioenaanspraken met bijvoorbeeld de overbede-

ling van de eigen woning worden verrekend. Daarvan staat inmiddels wel vast dat de gewezen echtgenoot die de woning krijgt toegedeeld en daarbij wordt overbedeeld in de inkomstenbelastingheffing wordt betrokken en de andere gewezen echtgenoot een persoonsgebonden aftrekpost heeft, ook al wordt niet met zoveel woorden overeengekomen dat de pensioenaanspraken worden verrekend. Zie Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5584, welke uitspraak naar mijn mening tevens een serieuze basis biedt voor voormelde zienswijze ten aanzien van de compensatie. Weliswaar zijn er na uitfasering geen te verrekenen pensioenaanspraken meer, maar heeft er wel een verschuiving plaatsgevonden van latent belast (bruto) vermogen buiten de huwelijksgemeenschap – de onder de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (Wet VPS) vallende pensioenaanspraken die op grond van art. 1:94, lid 2, letter b BW niet tot de huwelijksgemeenschap behoren – naar onbelast (netto) vermogen binnen de huwelijksgemeenschap of op grond van een verrekenbeding te verrekenen vermogen – de aandelen in de BV, waarop uiteraard wel een aanmerkelijkbelangclaim rust die eerst nog in mindering op de waarde van de aandelen komt.

Indien partijen een wederkerig finaal verrekenbeding bij echtscheiding en overlijden zijn overeengekomen, heeft een bevestigend antwoord tot gevolg dat de (gewezen) partner wordt belast voor de compensatie die is belichaamd in de verrekenvordering, terwijl de DGA een in omvang even grote verrekenplicht als persoonsgebonden aftrekpost kan opvoeren. Gelet op het feit dat zonder uitfasering er vanwege de hoge(re) commerciële waarde van de pensioenverplichtingen geen verrekenbaar vermogen in de BV zou resteren, is niet ondenkbaar dat de verrekenvordering respectievelijk -schuld fiscaal kwalificeert als een bedrag dat in het kader van echtscheiding wordt ontvangen respectievelijk voldaan ter zake van de verplichting tot verrekening van pensioenrechten (art. 3.102, lid 3, onderdeel b Wet IB 2001 en art. 6.3, lid 1, onderdeel d Wet IB 2001).

Bij de hiervoor beschreven situaties speelt naar mijn mening ook de uitspraak van de Hoge Raad van 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1180, een relevante rol. Daarin besliste de Hoge Raad dat het met de (ratio van de) Wet VPS strookt om afgekochte pensioenrechten bij de verdeling van een huwelijksgemeenschap op een zo veel mogelijk gelijke wijze in aanmerking te nemen als niet afgekochte pensioenrechten. Dit betekent dat een afkoopsom of daarvoor in de plaats komend goed niet als vanzelf in de huwelijksgoederengemeenschap valt of dient te worden verrekend. In feite is hierbij sprake van een zaaksvervanging. De vraag die vervolgens in het kader van het uitfaseren opkomt, is of deze benadering uitsluitend ziet op de daadwerkelijke afkoopsom respectievelijk aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting, of tevens ziet op de vrijvalwinst. Ik neig vooralsnog naar het laatste, omdat naar mijn mening de commerciële waarde van de pensioenaanspraken uitgangspunt is (zie HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693). Het achterwege laten van een passende compensatie in geval van in gemeenschap van

goederen gehuwden of in geval van een wederkerig finaal verrekenbeding zowel bij echtscheiding als bij overlijden, kan zodoende wel eens anders uitvallen dan partijen bij de uitfasering hadden gedacht en onvermoed tot een schenking leiden. Óók indien partijen de daadwerkelijk ontvangen afkoopsom of aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting in de juiste verhoudingen hebben verdeeld. Dit laatste zegt namelijk niets over de vrijvalwinst; die komt dan veelal ten goede aan beide partijen, ieder voor de helft.

6. Kan de gewezen partner een eigen aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting krijgen?

In vraag en antwoord 18-006 van 24 mei 2018 heeft het CAP twee mogelijkheden uitgewerkt hoe een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting in geval van echtscheiding over DGA en partner kan worden verdeeld. Deze mogelijkheden hebben bijzonder veel gemeen met de systematiek rondom pensioenverevening en conversie, zoals die uit de toepassing van de Wet VPS voortvloeit voor aanspraken op ouderdomspensioen. De methoden zijn als volgt:

1. De aanspraak ingevolge de oudedagsverplichting kan (gedeeltelijk) worden omgezet in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting met de gewezen partner als uitkeringsgerechtigde. In geval van overlijden van de DGA worden de uitkeringen ingevolge de oudedagsverplichting niet meer aan de gewezen partner uitgekeerd, tenzij deze als (mede-)erfgenaar kwalificeert. In geval van overlijden van de gewezen partner worden de uitkeringen ingevolge de oudedagsverplichting weer volledig aan de DGA uitgekeerd. Deze wijze van afwickelen lijkt sterk op pensioenverevening.
2. De aanspraak ingevolge de oudedagsverplichting kan (gedeeltelijk) worden vervreemd aan de gewezen partner. Hierbij ontstaat voor de gewezen partner een eigen aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting. In geval van overlijden van de DGA heeft dit geen gevolgen voor de uitkeringen aan de gewezen partner. In geval van overlijden van de gewezen partner worden de uitkeringen ingevolge de oudedagsverplichting aan zijn of haar erfgenamen uitgekeerd. Deze wijze van afwickelen lijkt sterk op conversie. Bij deze wijze van afwickelen kan de gewezen partner de verplichtingen uit hoofde van zijn of haar verkregen eigen aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting desgewenst laten overdragen aan een eigen BV.

Aan deze uitwerking door het CAP ligt geen civielrechtelijke wettelijke basis ten grondslag en deze is dan ook niet juridisch afdwingbaar. De uitwerking is gebaseerd op fiscale wetgeving, te weten art. 38p, lid 4 Wet LB 1964 juncto art. 19b, lid 3 Wet LB 1964: een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting wordt niet fiscaal onzuiver ingeval een werknemer of gewezen werknemer in het kader van een echtscheiding een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting geheel of gedeeltelijk vervreemdt aan zijn echtge-

noot of gewezen echtgenoot, dan wel omzet in een zodanige aanspraak met als gerechtigde die echtgenoot of gewezen echtgenoot, waarbij die verkregen aanspraak of omgezette aanspraak voor de toepassing van deze wet wordt geacht de voortzetting te zijn van de aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting van de werknemer of gewezen werknemer.

7. Conclusie

Uitfasering van in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken verloopt niet in alle gevallen zonder fiscale slag of stoot. Uitfasering kan namelijk leiden tot een schenking of heffing en aftrek in de inkomstenbelasting. De KAV heeft haar standpunt daarover onlangs gepubliceerd.

Vindt uitfasering niet plaats in het zicht van echtscheiding, dan kan ervan worden uitgegaan dat geen sprake is van schenking en dat er geen gevolgen voor de inkomstenbelasting zijn, mits voor passende compensatie wordt gezorgd. In geval van in gemeenschap van goederen gehuwden of bij een wederkerig finaal verrekenbeding zowel bij echtscheiding als bij overlijden dienen DGA en partner ondanks de uitlatingen in het wetgevingsproces van de Staatssecretaris van Financiën niet voetstoots aan te nemen dat passende compensatie achterwege kan blijven en dat dan geen sprake is van een schenking. De uitspraak van de Hoge Raad van 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1180, kan namelijk tot een afwijkende conclusie leiden.

Vindt uitfasering wel in het zicht van echtscheiding (of daarna) plaats, dan is bij gebreke van een passende compensatie sprake van een schenking, maar zijn er geen gevolgen voor de inkomstenbelasting; er wordt immers geen compensatie tussen DGA en partner betaald. Is daarentegen wel sprake van een passende compensatie teneinde een schenking te voorkomen, dan wordt de compensatie bij de partner als inkomen en bij de DGA als persoonsgebonden aftrek in aanmerking genomen.

Compensatie kan op diverse manieren vorm krijgen. Een van de mogelijkheden is het verdelen van de aanspraak ingevolge de oudedagsverplichting bij echtscheiding. Het CAP heeft daartoe een tweetal mogelijkheden uitgewerkt die veel gemeen hebben met verevening respectievelijk conversie volgens de Wet VPS.