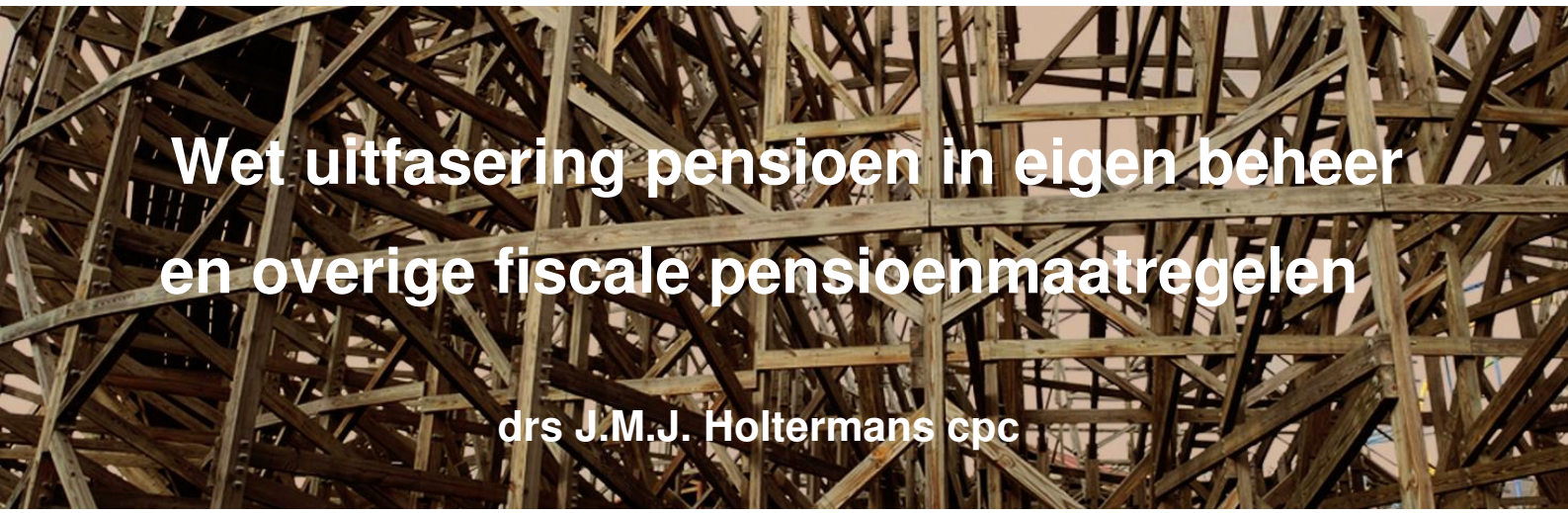
Hendrikx+Bakker



Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen

drs J.M.J. Holtermans cpc

Wet uitfasering pensioen in eigen beheer
en overige fiscale pensioenmaatregelen

drs J.M.J. Holtermans cpc

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	3
2.	Voor welk probleem is de Wet Uitfasering een oplossing	3
2.1.	Het probleem	4
2.2.	De oplossing	5
3.	De uitfaseringsmogelijkheden nader beschouwd	6
3.1.	Niets doen	6
3.2.	Afkopen	6
3.3.	Omzetten in een oudedagsverplichting	8
3.4.	Externe pensioenverzekeringen	10
3.5.	Maatregelen tegen anticiperend gedrag	10
3.6.	Afwikkeling van de fiscale actiefpost ter zake van overgedragen indexatieverplichtingen	11
4.	Voor welke uitfaseringsmogelijkheid gaat de DGA kiezen?	12
4.1.	Niets doen	13
4.2.	Afkopen	14
4.3.	Omzetten in een oudedagsverplichting	15
5.	Uitfaseren in de praktijk: enkele rekenvoorbeelden	15
5.1.	Uitgangspunten	15
5.2.	Niets doen	16
5.3.	Afkoop pensioenaanspraken op 1 april 2017	17
5.4.	Omzetten in een oudedagsverplichting op 1 april 2017 + uitkering vanaf AOW-leeftijd	18
6.	Schriftelijke instemming door de partner of de gewezen partner	19
6.1.	Schriftelijke instemming	19
6.2.	De partner	20
6.3.	De gewezen partner	21
7.	Compensatie van de partner en de gewezen partner	24
7.1.	Compensatie in verband met potentiële pensioenderving	24
7.2.	Geen compensatie, wel schenking?	24
7.3.	Wanneer compenseren?	25
7.4.	Inkomstenbelastingheffing?	26
8.	De positie van de partner en de gewezen partner in geval van overlijden van de DGA en echtscheiding	26
8.1.	Overlijden van de DGA	26
8.1.1.	De partner	26
8.1.2.	De gewezen partner	27
8.2.	Echtscheiding	27
8.2.1.	Verevening aanspraak op ouderdomspensioen	27
8.2.2.	Afsplitsing aanspraak op (bijzonder) partnerpensioen	28
8.2.3.	Beëindiging relatie met de ongehuwd samenwonende partner	28
8.3.	De gevolgen van onderdekking van de pensioenverplichtingen	29
9.	Scenario-analyse	30
9.1.	Voorbeeld	32
10.	Derden-aandeelhouders	44
11.	De rol van de adviseur	44

© 2017 – Hendrikx en Bakker

1. Inleiding

De Wet Uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen (Wet Uitfasering) biedt de directeur-grootaandeelhouder (DGA) de mogelijkheid om van de knelpunten rondom de pensioenwaarderingsverschillen (commercieel vs fiscaal) af te komen en zijn/haar pensioenaanspraken op een fiscaal aantrekkelijke manier af te wikkelen.

Het was aanvankelijk de bedoeling dat de Wet Uitfasering op 1 januari 2017 in werking zou treden. Vanwege een breed in de media verkondigd vermeend belastinglek is de stemming over het wetsvoorstel in de Eerste Kamer eind december 2016 echter uitgesteld. Het vermeende belastinglek is door de wetgever onderzocht en deze constateerde uiteindelijk dat van een lek geen sprake kan zijn. Na een korte tussenpauze, resulterend in een novelle waarin de laatste vermeende fiscale weeffouten zijn gladgestreken, treedt de Wet Uitfasering op 1 april 2017 in werking.

In deze publicatie ga ik uitsluitend in op de uitfasering van het pensioen in eigen beheer. De overige fiscale pensioenmaatregelen die per 1 januari 2017 in werking zijn getreden blijven in deze publicatie onbesproken.

2. Voor welk probleem is de Wet Uitfasering een oplossing?

De Wet Uitfasering beoogt een oplossing te bieden voor knelpunten die voortvloeien uit het verschil tussen enerzijds de wettelijk voorgeschreven fiscale waarde en anderzijds de bedrijfseconomische of commerciële waarde van de pensioenverplichtingen. De fiscale waardering is gebaseerd op artikel 3.26 tot en met artikel 3.29 Wet IB juncto artikel 8 lid 6 Wet VPB, resulterend in een rekenrente van ten minste 4%, geen leeftijdsterugstelling (behoudens een technische correctie in geval van een verouderde sterftetafel; leeftijdsterugstelling staat voor het bewust kijken in de sterftetafel bij een jongere leeftijd dan de daadwerkelijke leeftijd om zo te anticiperen op een toekomstige stijging van de gemiddelde levensduur van de gehele bevolking of van een bevolkingsgroep), geen indexatie, geen latent partnerpensioen vóór de pensioendatum, geen kosten- en winstopslag. Dit alles bij elkaar resulteert al jarenlang in een (te) lage fiscale waardering ten opzichte van de commerciële waardering, die de werkelijke omvang van de pensioenverplichtingen weerspiegelt en uitgaat van een (thans zeer lage) marktrente, wel leeftijdsterugstelling, wel indexatie, wel latent partnerpensioen vóór de pensioendatum, wel kosten- en winstopslag. In de praktijk bedraagt de commerciële waarde van pensioenverplichting al snel meer dan het drievoudige van de fiscale waarde.

2.1. Het probleem

In de praktijk levert dit waarderingsverschil een aantal knelpunten op, waarvan ik als belangrijkste vermeld:

- De **dividendklem**. Vanwege het door de dalende marktrente steeds verder toegenomen verschil tussen de fiscale en de hogere commerciële waarde van de pensioenverplichtingen is de winstreserve niet of niet volledig vrij uitkeerbaar. Sinds de invoering van het nieuwe vennootschapsrecht (flex-wetgeving) per 1 oktober 2012 geldt namelijk de uitkeringstest van artikel 2:216 Burgerlijk Wetboek. Op grond van deze uitkeringstest neemt de Belastingdienst sindsdien het standpunt in, dat dient te worden beoordeeld of de BV ná het terugbetalen van aandelenkapitaal of ná het uitkeren van dividend nog in staat is om het pensioen op zowel de korte als de lange termijn volledig uit te keren. Het ná terugbetaling van aandelenkapitaal of ná uitkering van dividend resterende vermogen van de BV is daarbij maatgevend, waarbij eventuele overlijdensrisicoverzekeringen ook in ogenschouw worden genomen. Voor deze beoordeling moeten alle activa en passiva van de BV op de waarde in het economische verkeer worden gesteld. Voor de pensioenverplichtingen geldt daarbij de (hogere) commerciële waarde. Indien de BV vanwege de terugbetaling van aandelenkapitaal of de uitkering van dividend niet langer aan haar pensioenuitkeringsverplichtingen kan voldoen, is volgens de Belastingdienst sprake van een fiscaal ongeoorloofde (gedeeltelijke) afkoop van pensioen. Gevolg daarvan is dat de volledige pensioenaanspraak op grond van artikel 19b Wet LB acuut in de belastingheffing wordt betrokken en tevens op grond van artikel 30i Algemene wet inzake rijksbelastingen revisierente in rekening wordt gebracht. ;

- De **afstortingsverplichting bij echtscheiding**. In geval van echtscheiding worden tijdens de huwelijkse periode opgebouwde aanspraken op ouderdomspensioen verevend en worden aanspraken op partnerpensioen verzelfstandigd ten behoeve van de ex-partner. De vereveningsgerechtigde ex-partner heeft op grond van HR 7 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658, in beginsel recht op afstorting, d.w.z. het onderbrengen van zijn of haar uitkeringsrechten en pensioenaanspraken buiten de onderneming van de BV bij welke de pensioenaanspraken in eigen beheer zijn opgebouwd en die door de DGA wordt beheerst. De hiermee gepaard gaande bedragen zijn vanwege de lage rentestand de laatste tijd vaak zelfs hoger dan de door de BV gevormde fiscale pensioenvoorziening voor de totale pensioenaanspraak en in een belangrijk aantal gevallen kan er niet worden afgestort omdat de middelen daartoe niet toereikend zijn;

- De **onderdekking**. Vanwege het jarenlang niet of onvoldoende onderkende verschil tussen de fiscale en de commerciële waarde(ring) van de pensioenverplichtingen is per saldo in een belangrijk aantal situaties onvoldoende “gespaard” en kampen veel BV’s met een onderdekking van de pensioenverplichtingen: na aftrek van de schulden zijn de bezittingen onvoldoende om de pensioenen levenslang te kunnen uitkeren. Onderdekking bestaat overigens niet uitsluitend ten opzichte van de commerciële waardering maar ook ten opzichte van de fiscale waardering.

2.2. De oplossing

De oplossing die de Wet Uitfasering biedt, is dat de op 31 maart 2017 in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken fiscaal onbelast kunnen worden afgestempeld naar het niveau dat aansluit bij de fiscale waarde van de pensioenverplichtingen vóór de afstempeling.[1] Dit betekent praktisch dat het verschil tussen de fiscale en de commerciële waarde van de pensioenverplichtingen zonder fiscale gevolgen vrijvalt ten gunste van de winstreserve van de BV. In de praktijk zal dit effect bij de meeste BV's niet of nauwelijks worden herkend, omdat kleine vennootschappen in de zin van het jaarrekeningrecht ex Titel 9 van Boek 2 BW de pensioenverplichtingen vaak nog steeds tegen de fiscale waarde op de balans in de commerciële jaarrekening opnemen.

Vervolgens wordt de mogelijkheid geboden om vanaf 1 april 2017 de afgestempelde pensioenaanspraken met een korting af te kopen,[2] dan wel om te zetten in een zogenoemde oudedagsverplichting.[3] Valt de keuze op afkoop of omzetting dan moet de partner schriftelijk met de afkoop of omzetting instemmen. Dit laatste geldt ook voor de ex-partner die jegens de BV potentiële pensioenuitkeringsrechten heeft in de vorm van een vereveningsaanspraak of aanspraak op bijzonder partnerpensioen; het gaat hierbij voor de ex-partner dus om pensioenaanspraken die niet volledig zijn afgestort. Daartoe dient hij/zij het via de website van de Belastingdienst te downloaden meldingsformulier te ondertekenen. Dit formulier moet binnen één maand ná de datum van afkoop of omzetting bij de Belastingdienst worden ingediend.

Het is overigens niet verplicht om de pensioenaanspraken op één van deze twee manieren af te wikkelen. Het is ook mogelijk om niets te doen en alles bij het oude te laten.[4] De pensioenaanspraken blijven dan ongewijzigd in stand en worden niet afgestempeld. Het verschil tussen de fiscale en de commerciële waarde van de pensioenverplichtingen blijft dan bestaan en dientengevolge ook de dividendklem, de (latente) afstortingsverplichting bij echtscheiding en de eventuele onderdekkingsproblematiek.

In alle gevallen geldt dat in beginsel vanaf 1 april 2017 geen pensioenaanspraken in eigen beheer meer kunnen worden opgebouwd. Het eigen beheer lichaam dat op grond van artikel 19a lid 1 letter(s) d (en e) Wet LB als toegelaten verzekeraar van pensioenaanspraken van de DGA gold, is dat vanaf 1 april 2017 niet meer. Er geldt echter een coulanceperiode tot 1 juli 2017, die is bedoeld voor enkele praktische afwikkelingen, zoals het premievrij maken van de pensioenaanspraken, het aanpassen van de pensioenovereenkomst, het terughalen van extern verzekerde pensioenkapitalen en de formele besluitvorming daartoe.[5] Tijdens deze coulanceperiode is het ook nog toegestaan om in eigen beheer pensioenaanspraken op te bouwen. Deze lopen in de afwikkeling mee. Het voorgaande betekent dus dat de DGA en zijn/haar BV zo nodig nog formeel moeten overeenkomen en op de juiste manier moeten vastleggen dat de pensioenopbouw uiterlijk 30 juni 2017 24:00 uur wordt beëindigd. Het besluit daartoe dient vóór 1 juli 2017 te worden genomen.

---

[1] Artikel 38n lid 2 Wet LB.
[2] Artikel 38n lid 2 letter a juncto artikel 38o Wet LB.
[3] Artikel 38n lid 2 letter b juncto artikel 38p Wet LB.
[4] Artikel 38n lid 1 Wet LB.
[5] Artikel IIIA Wet Uitfasering.

De DGA kan uiteraard wel pensioen (blijven) opbouwen bij een verzekeraar of beroepspensioenfonds (en in uitzonderingsgevallen ook zelfs bij een bedrijfstakpensioenfonds). Daarnaast blijft het ook mogelijk om een oudedagsvoorziening te regelen in de vorm van een lijfrente of door te sparen op een lijfrenterekening of lijfrentebeleggingsrecht, waarvan de premie respectievelijk inleg binnen de wettelijke kaders van de Wet IB in box 1 aftrekbaar blijft. Dit vereist in de meeste gevallen wel een nieuwe, althans aangepaste, pensioenovereenkomst.

3. De uitfaseringsmogelijkheden nader beschouwd

3.1. Niets doen

Kiezen de DGA en zijn/haar eventuele partner voor deze mogelijkheid dan behoudt de DGA zijn/haar pensioenaanspraken of reeds ingegaan pensioen zoals die tot en met 31 maart 2017 zijn opgebouwd of reeds worden uitgekeerd. Vanaf 1 april 2017 wikkelt de DGA zijn/haar pensioenaanspraken of ingegaan pensioen af op grond van een overgangsregeling en op basis van de fiscale en civielrechtelijke wetgeving per 31 december 2016.[6]

Dit betekent dat de pensioenverplichtingen jaarlijks actuarieel worden opgerent en de pensioenaanspraken of pensioenen eventueel worden geïndexeerd. Dit laatste uiteraard slechts indien dit in de pensioenovereenkomst is overeengekomen. De uit te keren pensioenen worden belast in box 1.

Er vindt bij deze mogelijkheid geen belastingvrij afstempelen plaats! De hiervoor geschetste problematiek ten gevolge van de waarderingsverschillen tussen de fiscale en commerciële waardering van de pensioenverplichtingen, resulterend in de dividendklem en de afstortingsproblematiek bij echtscheiding, blijft behouden. Ouderdoms- en partnerpensioenen moeten levenslang worden uitgekeerd of tot de pot leeg is. Bij dit laatste kijkt de belastingdienst ook in de toekomst kritisch mee hoe de pot leeg is geraakt en blijft het risico van een fiscaal ongeoorloofde (fictieve) afkoop met alle gevolgen van dien op de loer liggen.[7]

3.2. Afkopen

Kiezen de DGA en zijn/haar eventuele partner voor deze mogelijkheid, dan koopt de DGA zijn/haar pensioenaanspraken of ingegaan pensioen ná het belastingvrij afstempelen in één van de kalenderjaren 2017 (vanaf 1 april), 2018 of 2019 af met korting en in zijn geheel tegen de fiscale waarde op het moment van daadwerkelijke afkoop.[8] De afkoop moet binnen één maand worden gemeld via het te downloaden meldingsformulier.[9] Indien de B.V. nog geen loonheffingsnummer heeft, dient dit tijdig te worden

[6] Artikel 38n lid 1 Wet LB.
[7] Artikel 19b lid 1 Wet LB juncto artikel 30i AWR.
[8] Artikel 38o lid 1 Wet LB.
[9] Artikel 38n lid 5 Wet LB.

aangevraagd. De aangifte en afdracht van de op de afkoopsom in te houden loonheffing dient immers plaats te vinden binnen een maand na afloop van de maand waarin de afkoop plaatsvindt.

De (ex-)partner moet ten bewijze van zijn/haar schriftelijke instemming dit meldingsformulier mede-ondertekenen.[10] Tot het moment van daadwerkelijke afkoop behoudt de DGA premievrije pensioenaanspraken. Deze worden nog actuarieel opgerent en eventueel geïndexeerd, tenzij de DGA zijn/haar pensioenaanspraken al eerder heeft omgezet in aanspraken ingevolge een oudedagsverplichting, zie paragraaf 3.3.

De DGA krijgt op de in de belastingheffing te betrekken afkoopsom een korting. Deze korting bedraagt in het kalenderjaar 2017 34,5% van de fiscale waarde van de pensioenverplichtingen per 31 december 2015.[11] In geval van een gebroken boekjaar wordt de korting berekend over de fiscale waarde per het einde van het boekjaar dat in het kalenderjaar 2015 eindigt. Vanwege de korting wordt de effectieve belastingdruk over de afkoopsom lager, hetgeen een prikkel beoogt te bewerkstelligen om tot afkoop over te gaan.

Koopt de DGA om welke reden dan ook niet in het kalenderjaar 2017 af maar in een later kalenderjaar dan wordt de korting op een lager percentage gesteld. In het kalenderjaar 2018 bedraagt de korting 25%[12] en in het kalenderjaar 2019 19,5%.[13] De korting wordt ook in de kalenderjaren 2018 en 2019 berekend over de fiscale waarde van de pensioenverplichtingen per 31 december 2015 of per het einde van het gebroken boekjaar dat in het kalenderjaar 2015 eindigt.

De korting wordt dus niet over de daadwerkelijke afkoopsom berekend. Er wordt ook een gedeelte van de afkoopsom zonder korting belast, namelijk de toename van de fiscale waarde van de pensioenverplichtingen vanaf 1 januari 2016 dan wel vanaf het boekjaar dat in 2015 aanvangt tot en met de datum van daadwerkelijke afkoop.

Een uitzondering op het voorgaande geldt voor een ten tijde van afkoop reeds ingegaan pensioen. Als het pensioen van de DGA is ingegaan, wordt de korting berekend over de fiscale waarde van de pensioenverplichtingen direct vóór het afstempelen ten tijde van de afkoop en niet per 31 december 2015.[14] Dat leidt in de regel tot een lagere kortingsgrondslag.

In geval van onderdekking ten opzichte van de fiscale waarde van de pensioenverplichtingen en dus de als zodanig te belasten afkoopsom, wordt geen verdere tegemoetkoming verleend. Dit betekent dat de DGA alsdan afrekent over een afkoopsom die hij/zij in werkelijkheid niet ontvangt respectievelijk ten koste van de korting gaat. Indien een dergelijke situatie zich voordoet, zal de DGA hoogstwaarschijnlijk niet tot afkoop overgaan.

[10] Artikel 38n lid 4 Wet LB.
[11] Artikel 38o lid 1 Wet LB.
[12] Artikel IV Wet Uitfasering.
[13] Artikel V Wet Uitfasering.
[14] Artikel 38o lid 2 Wet LB.

Anders dan bij andere vormen van (fictieve) afkoop gebruikelijk is, wordt geen 20% revisierente[15] in rekening gebracht. Dit vloeit voort uit het feit dat de afkoop niet wordt getroffen door de toepassing van artikel 19b Wet LB (oud) en het is ook nog uitdrukkelijk in artikel 38o lid 3 Wet LB bepaald.

3.3. Omzetten in een oudedagsverplichting

Kiezen de DGA en zijn/haar (ex-)partner voor deze mogelijkheid dan zet de DGA zijn/haar pensioenaanspraken of ingegaan pensioen ná het belastingvrij afstempelen in één van de kalenderjaren 2017 (vanaf 1 april), 2018 of 2019 in zijn geheel en tegen de fiscale waarde per de omzettingsdatum om in aanspraken of een terstond ingaande uitkering ingevolge een oudedagsverplichting.[16] De omzetting moet binnen één maand worden gemeld via het te downloaden meldingsformulier[17]. De (ex-)partner moet ten bewijze van zijn/haar schriftelijke instemming dit meldingsformulier mede-ondertekenen.[18]

Ook ná omzetting kan de DGA tot en met het kalenderjaar 2019 de aanspraken of de reeds ingegane uitkering ingevolge de oudedagsverplichting gefaciliteerd in zijn geheel afkopen.[19] De afkoopsom wordt dan op eenzelfde manier in de belastingheffing betrokken als een afkoopsom pensioenaanspraken als bedoeld in paragraaf 3.2, derhalve met toepassing van de voor dat kalenderjaar geldende korting en zonder revisierente.

De oudedagsverplichting wordt vanaf de datum van omzetting jaarlijks opgerent tot de DGA de AOW-leeftijd bereikt.[20] Oprenting vindt feitelijk plaats met het U-rendement; dit is een rendementsmaatstaf welke maandelijks wordt gepubliceerd door het Verbond van Verzekeraars cq. het Centrum voor Verzekeringsstatistiek. Vervolgens dient de DGA het bedrag van de oudedagsverplichting binnen twee maanden ná het bereiken van de AOW-leeftijd aan te wenden voor de aankoop bij een verzekeringsmaatschappij van een direct ingaande levenslange of tijdelijke oudedagslijfrente. Alternatief is afstorten naar een geblokkeerde lijfrenterekening of lijfrentebeleggingsrecht (banksparen), waarna het saldo op annuïtaire basis in 20 jaar wordt uitgekeerd. Het aankopen van een uitgestelde lijfrente of het afstorten naar een geblokkeerde lijfrenterekening of lijfrentebeleggingsrecht mag overigens ook te allen tijde vóórdat de DGA de AOW-leeftijd bereikt.[21] In dit laatste geval wordt de tot dat moment opgerente oudedagsverplichting afgestort.

[15] Artikel 30i AWR.
[16] Artikel 38p Wet LB.
[17] Artikel 38n lid 5 Wet LB.
[18] Artikel 38n lid 4 Wet LB.
[19] Artikel 38p lid 5 Wet LB.
[20] Artikel 38p lid 1 Wet LB.
[21] Artikel 38p lid 2 letter a onder 1° Wet LB.

Doet de DGA niets, dan is de DGA verplicht de oudedagsverplichting via de BV af te wikkelen en wordt het op het daadwerkelijke moment van ingang van de uitkeringen aanwezige bedrag van de oudedagsverplichting in 20 jaar uitgekeerd.[22]

Indien het pensioen van de DGA reeds op 1 april 2017 is ingegaan, wordt de uitkeringsperiode ingekort met het aantal jaren dat de DGA al AOW ontvangt.[23] Dit geeft overigens een mismatch indien het reeds ingegaan pensioen aanvankelijk is uitgesteld tot na de AOW-leeftijd.

De DGA kan desgewenst tot vijf jaar vóór de AOW-leeftijd tot uitkering overgaan, waarbij de uitkeringstermijn dienovereenkomstig wordt verlengd.[24]

Indien de DGA overlijdt nádat de uitkeringen ingevolge de oudedagsverplichting zijn ingegaan, dan geldt dat de oudedagsverplichting gedurende de resterende periode aan de erfgenamen/natuurlijke personen van de DGA wordt uitgekeerd.[25] Heeft de DGA geen testament dan zal op grond van de wettelijke verdeling[26] uitsluitend de langstlevende partner de resterende uitkeringen ingevolge de oudedagsverplichting ontvangen. Heeft de DGA wel een testament dan hangt het van de inrichting en uitvoering van het testament af wie de resterende uitkeringen ingevolge de oudedagsverplichting ontvangt. Opgemerkt zij dat de uitkering zich niet lijkt te kunnen laten sturen krachtens een legaat; een legataris is immers geen erfgenaam. Indien de legataris daarnaast ook erfgenaam is, bestaat wellicht nog wel enige ruimte om te sturen.

Overlijdt de DGA vóórdat de uitkeringen ingevolge de oudedagsverplichting zijn ingegaan, dan geldt dat de op dat moment aanwezige oudedagsverplichting binnen een periode van twaalf maanden tot uitkering dient te komen aan de erfgenamen/natuurlijke personen van de DGA.[27] De oudedagsverplichting wordt dan in 20 jaar uitgekeerd, tenzij de erfgenamen/natuurlijk personen binnen twaalf maanden kiezen voor een lijfrente, een lijfrenterekening of lijfrentebeleggingsrecht.

Overlijden de erfgenamen op hun beurt, dan wordt vervolgens uitgekeerd aan hun erfgenamen totdat de volledige uitkeringstermijn van 20 jaar is verstreken en de oudedagsverplichting volledig is uitgekeerd.

Onder meer de artikelen 19a en 19b Wet LB, zoals die op 31 december 2016 luidden, blijven van overeenkomstige toepassing op de aanspraken of uitkeringen ingevolge de oudedagsverplichting.[28] Dit betekent dat een oudedagsverplichting kan worden overgedragen naar een andere toegelaten pensioenuitvoerder, zoals een andere eigen BV of een verzekeraar.

[22] Artikel 38p lid 2 aanhef Wet LB.
[23] Artikel 38p lid 2 letter a onder 3° Wet LB.
[24] Artikel 38p lid 2 letter a onder 2° Wet LB.
[25] Artikel 38p lid 3 Wet LB.
[26] Artikel 4:13 e.v. BW.
[27] Artikel 38p lid 2 letter b Wet LB.
[28] Artikel 38p lid 4 Wet LB.

3.4. Externe pensioenverzekeringen

Veel DGA's hebben een gedeelte van hun pensioen extern verzekerd. Als een pensioenverzekering is opgebouwd tijdens de DGA-periode kan het pensioenkapitaal naar de BV worden teruggehaald. Vaak gebeurt dat bij expiratie op de pensioendatum maar een dergelijk terughalen naar de BV kan ook op een eerder moment.

In de aanloop naar de invoering van de Wet Uitfasering zijn de nodige pensioenverzekeringen afgekocht en is het pensioenkapitaal naar de BV teruggehaald. De idee hierachter is (was) dat ook dit pensioenkapitaal dan in de fiscale gunstregelingen en faciliteiten kan worden meegenomen. Dit blijkt een verkeerde inschatting te zijn geweest. Omdat de aanvankelijk extern verzekerde pensioenaanspraken door het terughalen naar de BV gaan kwalificeren als in eigen beheer uitgevoerde pensioenaanspraken, heeft dit tot gevolg dat indien de DGA tot afkoop overgaat, ook deze pensioenaanspraken moeten worden afgekocht. De gehele in eigen beheer uitgevoerde pensioenaanspraken moeten immers worden afgekocht. De DGA kan dus niet van de korting profiteren ter zake van de uit het teruggehaalde pensioenkapitaal in eigen beheer ontstane pensioenaanspraken. De reeds in 2016 of nog vóór 1 juli 2017 naar de BV teruggehaalde extern verzekerde pensioenaanspraken werden namelijk per 31 december 2015 niet in eigen beheer uitgevoerd.

Pleister voor het bloeden is dat in geval van afkoop geen revisierente in aanmerking wordt genomen. Voor de DGA die niet zonder korting wil of kan afkopen, zit er niet veel anders op dan te kiezen voor omzetting in een oudedagsverplichting (paragraaf 3.3.) of zijn/haar pensioenaanspraken ongewijzigd in stand laten (paragraaf 3.1).

Terughalen naar eigen beheer kan overigens niet meer ná 30 juni 2017. Ook niet als de DGA kiest voor de mogelijkheid uitgewerkt in paragraaf 3.1: niets doen, waarbij de DGA zijn/haar in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken (op grond van de coulanceperiode) uiterlijk op 30 juni 2017 24:00 uur premievrij maakt. De overgangsregeling waarbij de per 31 december 2016 geldende wetgeving van toepassing blijft,[29] geldt namelijk uitsluitend voor de tot en met 30 juni 2017 in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken. De op 30 juni 2017 nog niet naar de BV teruggehaalde[30] doch extern verzekerde pensioenaanspraken vallen daar niet onder en ook de delegatiebepaling van artikel IIIA Wet Uitfasering ziet daar niet op.

3.5. Maatregelen tegen anticiperend gedrag

In verband met de aangekondigde uitfasering van het pensioen in eigen beheer en de daarbij behorende fiscale stimuleringsmaatregelen is ongetwijfeld een aantal DGA's geadviseerd of zelf op het idee gekomen om nog extra pensioenaanspraken op te bouwen – denk hierbij aan inkoop pensioen of salarisstijging – die vervolgens verondersteld werden tegen de lage fiscale waarde en met korting te kunnen worden afgekocht.

[29] Artikel 38n lid 1 Wet LB.

[30] Het verzoek dient vóór 1 juli 2017 bij de verzekeraar te zijn ingediend en de afhandeling dient binnen de gebruikelijke termijnen plaats te vinden.

Indien de pensioenopbouw in 2016 én 2017 (tot en met 30 juni) echter méér dan 150%[31] hoger is dan de pensioenopbouw in 2015 kan dit meerdere niet met korting worden afgekocht,[32] zulks op straffe van een fiscaal ongeoorloofde (fictieve) afkoop. Ook kan dit gedeelte niet worden omgezet in een oudedagsverplichting. Het voorgaande betekent dus dat de excessieve pensioenopbouw in 2016 en 2017 (tot en met 30 juni) een pensioenaanspraak in eigen beheer blijft. Koopt de DGA deze excessieve pensioenopbouw 2016 en 2017 (tot en met 30 juni) toch af, dan wordt de DGA over dit gedeelte normaal (lees: zonder korting) belast en wordt bovendien revisierente in rekening gebracht. Gelet op het korte tijdsverloop zal de revisierente dan overigens niet de volle 20% belopen, maar een aanzienlijk lager percentage.[33]

3.6. Afwikkeling van de fiscale actiefpost ter zake van overgedragen indexatieverplichtingen

Indien in het verleden de pensioenverplichtingen jegens de DGA van de ene B.V. naar de andere B.V. zijn overgedragen, heeft deze waardeoverdracht plaatsgevonden tegen de commerciële waarde inclusief eventuele toekomstige indexatieverplichtingen. De in de overdrachtswaarde begrepen vergoeding voor eventuele toekomstige indexatieverplichtingen heeft de overdragende B.V. ten tijde van de overdracht op grond van een wettelijke bepaling[34] niet in aftrek mogen brengen maar moeten activeren als vooruitbetaalde pensioenpremie. De overnemende B.V. heeft diezelfde toekomstige indexatieverplichtingen mogen passiveren, zodat ter zake geen fiscale vrijval plaatsvond.

De overgedragen indexatieverplichtingen ter zake waarvan de overdrachtswaarde is geactiveerd, kunnen in de toekomst ten laste van de fiscale winst worden gebracht naar mate premievrije pensioenaanspraken of pensioenuitkeringen daadwerkelijk worden geïndexeerd. De B.V. die daadwerkelijk indexeert, dient haar indexatie ten laste van de gepassiveerde indexatievoorziening te brengen.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer werd aanvankelijk door de Staatssecretaris van Financiën toegelicht dat indien bovenstaande situatie zich heeft voorgedaan de geactiveerde pensioenpremie in het jaar van afkoop of omzetting ineens ten laste van de winst van de desbetreffende B.V. kan worden gebracht. De afkoopsom waarover dient te worden afgerekend omvat dan tevens de fiscale actiefpost ter zake van de overgedragen indexatieverplichtingen, waarover ook de korting wordt verstrekt. In geval van omzetting wordt de fiscale actiefpost ter zake van de overgedragen indexatieverplichtingen in een oudedagsverplichting omgezet. Aldus zou een sluitend geheel ontstaan waar iedereen mee kon instemmen.

[31] Dit percentage wordt naar rato verhoogd met maximaal 25% (tot 175%), indien nog tijdens de coulanceperiode tot 1 juli 2017 pensioenaanspraken worden opgebouwd.
[32] Artikel 38q Wet LB.
[33] Artikel 30i lid 3 AWR.
[34] Artikelen 3.26 tot en met 3.28 Wet IB.

Vervolgens gaf de Staatssecretaris van Financiën een onhandig antwoord op de vraag hoe fiscaal dient te worden omgegaan met de per invoering van de Wet Uitfasering indexatieverplichtingen ter zake van premievrij te maken pensioenaanspraken. Heel kort samengevat: ineens als verplichting nemen. Dit leidde tot grote krantenkoppen in de media waarbij werd gesteld dat aanzienlijke aftrekposten zouden ontstaan. De Staat zou met de Wet Uitfasering geen twee miljard euro ophalen, het zou de Staat tot wel vijf miljard euro kosten! Dit was voor de Staatssecretaris van Financiën aanleiding om de stemming in de Eerste Kamer uit te stellen en een nader onderzoek in te stellen.

Naar aanleiding van het nader onderzoek concludeerde de Staatssecretaris van Financiën dat de in de media gesignaleerde mogelijkheden om aanzienlijke bedragen ten laste van de winst te brengen onjuist zijn. Maar daar bleef de conclusie niet bij. Uit het nader onderzoek volgde ook dat de hiervoor vermelde aftrek van de fiscale actiefpost ter zake van de overgedragen indexatieverplichtingen niet mogelijk is. Met andere woorden, er was aanvankelijk een foutieve toelichting gegeven. Maar omdat de Staatssecretaris van Financiën laatstbedoelde conclusie onwenselijk vond, is in een novelle de volgende aanvullende regeling opgenomen.[35]

Indien sprake is van overgedragen indexatieverplichtingen ter zake waarvan de overdrachtswaarde is geactiveerd, wordt daarmee als volgt omgegaan:

- indien de DGA zijn of haar pensioenverplichtingen afkoopt, wordt de fiscale actiefpost ter zake van de overgedragen indexatieverplichtingen ineens ten laste van de winst van de overdragende B.V. gebracht;
- indien de DGA zijn of haar pensioenverplichtingen omzet in een oudedagsverplichting, wordt de fiscale actiefpost ter zake van de overgedragen indexatieverplichtingen in jaarlijks gelijke delen ten laste van de winst van de overdragende B.V. gebracht gedurende de periode te rekenen vanaf het jaar van omzetting tot het jaar dat de DGA de 87 jarige leeftijd bereikt.

Aan deze mogelijkheid tot aftrek van de fiscale actiefpost ter zake van de overgedragen indexatieverplichtingen is de voorwaarde verbonden dat de desbetreffende actiefpost is opgenomen in een op uiterlijk 20 september 2016 ingediende aangifte vennootschapsbelasting en de indexatielasten op grond van de artikelen 3.26 tot en met 3.28 Wet IB nog niet ten laste van de winst zijn gebracht. Na commentaar op laatstbedoelde voorwaarde (met name de datum) keurt de Staatssecretaris van Financiën in een besluit goed dat onder voorwaarden artikel 34e, lid 4 Wet Vpb ook van toepassing is, indien de aangifte niet vóór 20 september 2016 is ingediend maar wel sprake is van vóór 20 september 2016 overgedragen pensioenverplichtingen.

4. Voor welke uitfaseringsmogelijkheid gaat de DGA kiezen?

Die vraag is niet eenvoudig te beantwoorden. Een groot aantal variabelen speelt een rol, zoals:

[35] Artikel 34e, lid 4 Wet Vpb.

- welk box 1 inkomen heeft de DGA nog meer ten tijde van de afkoop respectievelijk te zijner tijd naast de uitkering ingevolge de oudedagsverplichting (voorheen eigen beheer pensioenuitkering) en de AOW?;
- welke praktische (cashflow) mogelijkheden heeft de BV of heeft de DGA zelf privé om de loonheffing over de afkoopsom te voldoen en is de DGA emotioneel bereidt een relatief hoog bedrag ineens aan belasting te betalen?
  NB. De af te dragen loonheffing is zelfs door middel van crowdfunding te financieren;
- staat de pensioenverplichting onder water?
  Zo ja, uitsluitend ten opzichte van de commerciële waarde of ook ten opzichte van de fiscale waarde?;
- zit de pensioenverplichting in de juiste BV of moet die nog worden overgedragen naar een andere BV?;
- heeft de DGA geanticipeerd op de Wet Uitfasering en extra pensioen ingekocht?;
- heeft de DGA zijn/haar extern verzekerd pensioen reeds in 2016 naar de BV teruggehaald of kan dat nog vóór 1 juli 2017 plaatsvinden?;
- wat gaat de DGA met de netto afkoopsom doen?;
- heeft de DGA een eigenwoningschuld bij de BV?
  Zo ja, kan de DGA die herfinancieren (om de loonheffing te betalen) of gaat de DGA de eigenwoningschuld aflossen?;
- heeft de DGA een rekening courant schuld of andere schuld aan de BV?;
- stopt de DGA de netto afkoopsom weer als eigen vermogen terug in de BV, maakt de DGA er een TBS-lening van of gaat de DGA beleggen in box 3?;
- wie houdt de aandelen in de BV?;
- heeft de DGA een partner en welke pensioenaanspraken zijn voor hem of haar getroffen?;
- zijn pensioenaanspraken voor een eventuele ex-partner (volledig) afgestort of zitten die nog (gedeeltelijk) in de BV?;

Bovenstaande opsomming is zeker niet limitatief en geeft slechts een idee van de diversiteit aan relevante feiten en omstandigheden die van geval tot geval in enerzijds de advisering aan en anderzijds de afweging en besluitvorming door de DGA en zijn/haar eventuele (ex-)partner dienen te worden betrokken.

Vertaald naar voor- en nadelen geeft dat het volgende overzicht (wederom niet limitatief).

4.1. Niets doen

Voordelen:

- toekomstig inkomen in box 1;
- de pensioenverplichting kan nog worden overgedragen naar een andere BV;
- ten tijde van ingang van het pensioen kunnen de pensioenaanspraken eventueel worden afgestempeld bij een te lage dekkingsgraad;

- geen compensatie nodig voor de (ex-)partner voor het verlies aan potentiële pensioenaanspraken;
- partner behoudt partnerpensioen (voor wat het waard is; dit hangt uiteraard af van dekking en eventuele overlijdensrisicoverzekering);
- partner behoudt in geval van een toekomstige echtscheiding de vereveningsaanspraak op ouderdomspensioen en de te verzelfstandigen aanspraak op bijzonder partnerpensioen;
- ex-partner behoudt de vereveningsaanspraak op ouderdomspensioen en de verzelfstandigde aanspraak op bijzonder partnerpensioen (= eigen recht van de ex-partner waarover de DGA niets kan beslissen).

Nadelen:

- dividendklem beperkt mogelijk dividenduitkeringen;
- meer administratieve lasten (commerciële en fiscale pensioenberekeningen);
- kosten in verband met in stand houden van de BV, tenzij de DGA gaat afstorten naar een verzekeraar;
- in geval van (toekomstige) echtscheiding vindt pensioenverevening plaats en verzelfstandiging van het partnerpensioen, eventueel gepaard gaand met een afstortingsverplichting.

4.2. Afkopen

Voordelen:

- geen dividendklem meer, want de pensioenvoorziening wordt afgestempeld en afgekocht;
- netto afkoopsom komt vrij beschikbaar en kan bijvoorbeeld worden aangewend voor aflossing van schulden aan de BV (schulden in verband met de eigen woning, rekening courant, overige leningen);
- in geval van een zuivere pensioen BV wordt liquidatie mogelijk; geen kosten in verband met in stand houden pensioen BV.

Nadelen:

- directe cash out in verband met de af te dragen loonbelasting;
- geen korting over volledige afkoopsom; afkoopsom gedeeltelijk belast tegen maximaal 52% (denk hierbij met name aan een in 2016 of uiterlijk vóór 1 juli 2017 nog naar de BV teruggehaald extern verzekerd pensioenkapitaal) en mogelijk zelfs gedeeltelijk met revisierente;
- in geval van onderdekking ten opzichte van de fiscale waardering toch a
- frekenen op basis van hogere, feitelijk niet aanwezige fiscale waarde;
- geen toekomstig inkomen in box 1;
- verplichte instemming door de (ex-)partner;
- compensatie voor de partner voor het verlies aan potentiële pensioenaanspraken;
- compensatie voor de ex-partner, tenzij de vereveningsaanspraak op ouderdomspensioen en de aanspraak op bijzonder partnerpensioen volledig zijn afgestort;

- staande huwelijk maken of aanpassen van huwelijkse voorwaarden teneinde de partner te compenseren voor het verlies aan potentiële pensioenaanspraken;
- geen inhaal van pensioentekort mogelijk via derde pijler voorzieningen, zoals lijfrente;
- als aandelen in een (pensioen-)BV in handen van kinderen/derden zijn, leidt dit mogelijk tot schenking of is aanpassing van statuten vereist.

4.3. Omzetten in een oudedagsverplichting

Voordelen:

- geen dividendklem meer, want de pensioenvoorziening wordt afgestempeld en omgezet;
- toekomstig inkomen in box 1;
- een in 2016 of uiterlijk vóór 1 juli 2017 nog naar de BV teruggehaald extern verzekerd pensioenkapitaal hoeft niet tegen 52% te worden afgerekend;
- in geval van onderdekking ten opzichte van de fiscale waardering toch omzetten op basis van hogere, feitelijk niet aanwezige fiscale waarde. Ten tijde van ingang van de uitkeringen kunnen de aanspraken eventueel worden afgestempeld bij een te lage dekkingsgraad.

Nadelen:

- kosten in verband met in stand houden van de BV, tenzij de DGA gaat afstorten naar een verzekeringsmaatschappij (lijfrente) of bank (lijfrenterekening of -beleggingsrecht)
- verplichte instemming door de (ex-)partner;
- compensatie voor de partner voor het verlies aan potentiële pensioenaanspraken;
- compensatie voor de ex-partner, tenzij vereveningsaanspraak ouderdomspensioen en bijzonder partnerpensioenaanspraak volledig zijn afgestort;
- staande huwelijk maken of aanpassen van huwelijkse voorwaarden teneinde de partner te compenseren voor het verlies aan potentiële pensioenaanspraken;
- geen inhaal van pensioentekort mogelijk via derde pijler voorzieningen, zoals lijfrente;
- als aandelen in een (pensioen-)BV in handen van kinderen/derden zijn, leidt dit mogelijk tot schenking of is aanpassing van statuten vereist.

5. Uitfaseren in de praktijk: enkele rekenvoorbeelden

5.1. Uitgangspunten

Onderstaande rekenvoorbeelden zijn ontleend aan voorbeelden uit de Memorie van toelichting en heb ik ten behoeve van de uitwerking aangevuld met enkele extra uitgangspunten. De rekenvoorbeelden zijn niet bedoeld om een vergelijking te maken ten behoeve van de beoordeling welke mogelijkheid fiscaal het meest gunstig is; daarvoor zijn meer gegevens nodig en gaat het bestek van deze publicatie te buiten.

Uitgangpunt is een DGA, geboren op 1 oktober 1958, die dus op 1 januari 2026 de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt.[36] Dit is ook de pensioenleeftijd die in de pensioenovereenkomst is overeengekomen. Op 31 december 2015 heeft de DGA afgerond € 35.000 aan ouderdomspensioenaanspraak opgebouwd. In 2016 heeft geen opbouw meer plaatsgevonden. Het partnerpensioen bedraagt 70% daarvan.

De pensioenverplichting per 31 december 2015 heeft een commerciële (balans)waarde van (afgerond) € 900.000 en een fiscale (balans)waarde van (afgerond) € 300.000; dit zijn de uitgangspunten bij de voorbeelden uit de Memorie van toelichting.

Deze (balans)waarden renten actuarieel op in de jaren daaropvolgend. Daarnaast is sprake van indexatie van de premievrije pensioenaanspraken; deze is gesteld op 0,5% per jaar.

Datum	**Fiscale waardering** in €	**Commerciële waardering** in €
31 december 2015	300.000	900.000
31 maart 2017	320.751	912.398

5.2. Niets doen

Indien de DGA en zijn/haar eventuele partner er voor kiezen de reeds opgebouwde aanspraken ingevolge het pensioen in eigen beheer niet af te kopen of om te zetten in een oudedagsverplichting, blijft met betrekking tot de tot en met 31 maart 2017 in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken de regelgeving in de vennootschapsbelasting en loon- en inkomstenbelasting per 31 december 2016 gelden.
Aan deze reeds opgebouwde pensioenaanspraken kan niet meer worden gedoteerd. Actuariële oprenting van de tot en met 31 maart 2017 opgebouwde aanspraken op basis van de hiervoor genoemde huidige regelgeving vindt nog wel plaats, evenals indexatie indien dit in de pensioenovereenkomst is overeengekomen.

Vanaf 1 januari 2026 ontvangt de DGA uit ons voorbeeld ouderdomspensioen overeenkomstig onderstaande tabel, waarin tevens de fiscale en commerciële waardering per 31 december van het desbetreffende jaar zijn vermeld. Voor de commerciële waardering gelden overigens telkens dezelfde actuariële grondslagen als die per 31 maart 2017; deze zullen in werkelijkheid van jaar tot jaar anders zijn, zodat de commerciële waardering in werkelijkheid dus ook zal wijzigen ten opzichte van onderstaande kolom.

[36] Vooralsnog is de AOW-gerechtigde leeftijd 67 jaar en 3 maanden. Op de website van de SVB kan indicatief de individuele verwachte AOW-gerechtigde leeftijd worden benaderd.

Jaar	Bruto pensioenuitkering in €	Fiscale waardering in €	Commerciële waardering in €
2026	36.847	505.785	1.058.839
2027	37.031	494.413	1.023.494
2028	37.216	482.629	988.374
2029	37.403	470.422	935.532
2030	37.590	457.805	918.934
2035	38.539	389.356	749.053
2040	39.512	315.753	589.908
2045	40.510	243.156	445.190

In bovenstaande tabel eindigt de uitkeringstermijn in 2045, hetgeen ongeveer overeenkomt met de levensverwachting van de DGA en bovendien een globale vergelijking mogelijk maakt met de omzetting in een oudedagsverplichting. In werkelijkheid zal de pensioenuitkering eerder of later kunnen eindigen, waarna eventueel nog een partnerpensioen wordt uitgekeerd.

Uitgangspunt bij de pensioenuitkeringen volgens deze tabel is uiteraard dat de BV voldoende liquide is om deze pensioenuitkeringen ook daadwerkelijk te kunnen uitkeren. Indien dit niet het geval is, kan de DGA direct voorafgaand aan ingang van de pensioenuitkeringen op 1 januari 2026 de pensioenaanspraken afstempelen tot een bij het alsdan aanwezige dekkingsvermogen behorende pensioenuitkering.[37] Die wettelijke mogelijkheid blijft bestaan.

Uit de tabel volgt duidelijk welke impact de commerciële waardering op het vrij uitkeerbare vermogen heeft. In 2026 is het verschil tussen de fiscale en de commerciële waardering ruim € 550.000. Dit is dus de dividendklem, die in geval van mogelijkheid 1: niets doen, blijft bestaan. In de loop der tijd neemt dit verschil tussen de fiscale en de commerciële waardering af, maar de ruimte om dividend uit te keren wordt hierdoor de eerstkomende jaren behoorlijk beperkt.

5.3. Afkoop pensioenaanspraken op 1 april 2017

Bij afkoop op 1 april 2017 vormt de fiscale waarde van € 320.751 het uitgangspunt voor de vaststelling van de grondslag voor de belastingheffing. Uitsluitend op de fiscale (balans)waarde zoals die luidde op 31 december 2015 (i.c. € 300.000) wordt een korting verleend van 34,5%. Vanwege het salaris van de DGA in 2017 bedraagt het marginale belastingtarief 52%. De heffing over de afkoopsom verloopt dan als volgt.

[37] Artikel 19b lid 8 Wet LB (2016).

Verschuldigde loonbelasting	
(100% -/- 34,5%) x € 300.000 x 52%	€ 102.180
Verschuldigde loonbelasting	
100% x (€ 320.751 -/- € 300.000) x 52%	€ 10.790
Totaal loonbelasting	€ 112.970

Totaal netto afkoopsom	
€ 320.751 -/- € 112.970	€ 207.781

Er is geen revisierente verschuldigd.

Voorafgaand aan de afkoop worden de pensioenaanspraken afgestempeld en valt de pensioenverplichting in 2017 commercieel vrij met € 591.647 (= € 912.398 -/- € 320.751) Dit bedrag kan eventueel (gefaseerd) als (bruto) dividend worden uitgekeerd, zulks dus naast de afkoopsom.

5.4. Omzetten in een oudedagsverplichting op 1 april 2017 + uitkering vanaf AOW-leeftijd

In geval van omzetten op 1 april 2017 in een oudedagsverplichting wordt € 320.751 gereserveerd als oudedagsverplichting. Indien deze omzetting plaatsvindt in 2018 of 2019 kan het bedrag van de alsdan inmiddels actuarieel opgerente fiscale waarde worden omgezet. Dit is een bedrag van € 343.398 in 2018 respectievelijk € 367.995 in 2019.

In alle gevallen rent vanaf het moment van omzetting het bedrag van de oudedagsverplichting op met het zogenoemde U-rendement. Zowel de actuariële oprenting van de pensioenverplichtingen tot en met het moment van omzetting als de oprenting van de oudedagsreserve met het U-rendement zijn aftrekbaar van de fiscale winst.

Ten gevolge van de actuariële oprenting van de pensioenverplichtingen leidt omzetting in een later jaar (2018 of 2019) tot een hogere oudedagsverplichting dan indien de omzetting plaatsvindt op 1 april 2017. Ook de eventuele indexatie van de pensioenaanspraken vanaf 1 april 2017 leidt tot een hoger bedrag dat in een oudedagsverplichting wordt omgezet. Dit kan dus worden benut als een sturingsmechanisme.

De uitkeringen ingevolge de oudedagsverplichting gaan voor de DGA uit het voorbeeld in per 1 januari 2026. Op dat moment is de oudedagsverplichting met het U-rendement van stel 0,5% per jaar opgerent tot € 335.789. Na ingang van de uitkeringen is het U-rendement jaarlijks 0,5%. Dit geeft de volgende reeks uitkeringen.

Jaar	Beginstand oudedags-verplichting in €	Bruto uitkering in €	Oprenting in €
2026	335.789	16.789	1595
2027	320.595	16.873	1519
2028	305.240	16.958	1441
2029	289.723	17.043	1363
2030	274.044	17.128	1285
2035	193.163	17.560	878
2040	108.022	18.004	450
2045	18.458	18.458	0

Voorafgaand aan de omzetting worden de pensioenaanspraken afgestempeld en valt de pensioenverplichting in 2017 commercieel vrij met € 591.647 (= € 912.398 -/- € 320.751). Dit bedrag kan eventueel (gefaseerd) als (bruto) dividend worden uitgekeerd, zulks dus naast de toekomstige uitkeringen ingevolge de oudedagsverplichting.

6. Schriftelijke instemming door de partner of de gewezen partner

Indien de keuze wordt gemaakt voor afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting, heeft dit tot gevolg dat de pensioenaanspraken van de DGA als zodanig verdwijnen. 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, te weten het overlijden van de DGA en in geval van een 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.

Om de partner of de gewezen partner te beschermen tegen de gevolgen van een onvermoede afkoop of omzetting introduceert de fiscale wetgever daarom in artikel 38n lid 4 Wet LB de eis van een schriftelijke instemming door de partner of de gewezen partner.

6.1. Schriftelijke instemming

De schriftelijke instemmingsplicht als bedoeld in artikel 38n lid 4 Wet LB beoogt te waarborgen dat de partner of de gewezen partner wordt gekend in het besluit van de DGA om zijn/haar pensioenaanspraken af te kopen of om te zetten in een oudedagsverplichting én dat de DGA en de partner of de gewezen partner met elkaar een passende compensatie overeenkomen voor het (potentiële) verlies aan pensioenaanspraken en -uitkeringen van respectievelijk aan de partner of de gewezen partner. Deze schriftelijke instemming op

grond van de fiscale wetgeving bestaat naast de toestemming als bedoeld in artikel 3a lid 6 Wet VPS, op grond waarvan de echtgenoot van de DGA, waaronder begrepen de geregistreerd partner van de DGA,[38] toestemming dient te geven om de aanspraak op partnerpensioen bij overeenkomst tussen de DGA en de pensioenuitvoerende vennootschap te verminderen. Ik merk hierbij op dat artikel 3a lid 6 Wet VPS uitsluitend de echtgenoot betreft en niet de gewezen echtgenoot, omdat in geval van echtscheiding de tot en met de datum van ontbinding van het huwelijk opgebouwde aanspraak op partnerpensioen reeds op grond van artikel 3a lid 2 of lid 3 Wet VPS als een eigen aanspraak ten behoeve van de gewezen echtgenoot zelf wordt afgesplitst, ook wel bekend als het bijzonder partnerpensioen.

De schriftelijke instemming dient te blijken uit de ondertekening door de partner of de gewezen partner van het via de website van de Belastingdienst te downloaden meldingsformulier.[39] Het volledig ingevulde en ondertekende meldingsformulier dient vervolgens uiterlijk binnen één maand na de afkoop of de omzetting te worden ingediend bij de Belastingdienst.

De instemming ex artikel 38n lid 4 eerste volzin Wet LB dekt niet dezelfde lading als de toestemming als bedoeld in artikel 3a lid 6 Wet VPS. De toestemming als bedoeld in artikel 3a lid 6 Wet VPS dient namelijk te worden gegeven door de echtgenoot van de DGA en ziet uitsluitend op de vermindering bij overeenkomst tussen de DGA en de pensioenuitvoerende vennootschap van de aanspraak op partnerpensioen ten behoeve van die echtgenoot. Artikel 3a lid 6 Wet VPS schrijft niet voor op welke wijze de toestemming dient te worden gegeven. De instemming als bedoeld in artikel 38n lid 4 eerste volzin Wet LB daarentegen dient schriftelijk te worden gegeven door de partner of de gewezen partner van de DGA en ziet op alle door de DGA in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken waarvan de DGA nog de rechthebbende is. Daarbij wordt wat de partner betreft verwezen naar het partnerbegrip als bedoeld in artikel 1 PW. Dit laatste is opmerkelijk nu de DGA niet onder de PW valt en zodoende de vraag opkomt wat de eventuele uitbreidende werking van de verwijzing naar het partnerbegrip als bedoeld in artikel 1 PW kan zijn.

6.2. De partner

Artikel 1 PW verstaat onder partner: echtgenoot, geregistreerd partner of partner in de zin van de pensioenovereenkomst. Met partner in de zin van de pensioenovereenkomst wordt bedoeld de niet-gehuwde en niet-geregistreerde partner waarmee de deelnemer een partnerrelatie in de zin van de pensioenovereenkomst heeft. In de praktijk komt dit neer op de ongehuwd samenwonende partner. De in artikel 1 PW gedefinieerde partner omvat derhalve meer relaties dan de echtgenoot uit artikel 3a lid 6 Wet VPS.

Partner als bedoeld in artikel 1 PW is dus ook de ongehuwd samenwonende partner, waarbij in de pensioenovereenkomst aanvullende voorwaarden kunnen worden gesteld. Het staat ook de DGA vrij om in de pensioenovereenkomst met de BV een partnerpensioen overeen te komen ten behoeve van een

[38] Artikel 1 lid 2 letter a Wet VPS.
[39] Artikel 38n lid 5 Wet LB.

ongehuwd samenwonende partner. Veelal is hieraan de voorwaarde verbonden dat sprake is van een (notariële) samenlevingsovereenkomst, maar noodzakelijk is dit niet. Zo definieert de Belastingdienst in haar modelpensioenovereenkomsten voor de DGA de partner als: de echtgenoot, de geregistreerde partner en de ongehuwde persoon, niet zijnde een bloed- of aanverwant in de eerste graad, met wie de DGA duurzaam een gezamenlijke huishouding voert. Deze modelpensioenovereenkomsten zijn in de praktijk veelvuldig gebruikt. Dit komt mede omdat een aantal advieskantoren deze modelpensioenovereenkomsten inhoudelijk ongewijzigd onder eigen naam en met een eigen kenmerknummer door de Belastingdienst hebben laten goedkeuren. Het scharnierpunt ligt voor wat de ongehuwd samenwonende partner betreft in veel gevallen dus bij het duurzaam een gezamenlijke huishouding voeren. Daarvan is in de praktijk eerder sprake dan menig DGA (of zijn/haar adviseur) zich bewust zal zijn, met een aanspraak op partnerpensioen ten behoeve van de ongehuwd samenwonende partner (met wie geen notarieel samenlevingscontract is gesloten) tot gevolg.

Kortom, niet uitsluitend de echtgenoot en de geregistreerde partner dienen hun schriftelijke instemming te geven. In voorkomende situaties dient ook de ongehuwd samenwonende partner schriftelijke instemming te verlenen. Zien de DGA en zijn/haar adviseur dit over het hoofd, dan bestaat de kans dat de ongehuwd samenwonende partner ten onrechte geen althans niet tijdig schriftelijke instemming verleent. Stempelt de DGA zijn/haar pensioenaanspraken vervolgens af, gevolgd door afkoop of omzetting, dan zal de Belastingdienst de waarde in het economisch verkeer van de gehele pensioenaanspraak vóór afstempeling in de heffing betrekken[40] en tevens revisierente in rekening brengen.[41]

Ten aanzien van de partner die schriftelijk moet instemmen met afkoop of omzetting, geldt verder dat, indien de partner een echtgenoot of een geregistreerd partner is, het niet noodzakelijk is dat die echtgenoot of die geregistreerd partner daadwerkelijk afgeleide of eigen pensioenaanspraken of pensioenuitkeringen kan verkrijgen. Denk hierbij aan de wellicht sporadisch voorkomende situatie dat de DGA geen partnerpensioen is overeengekomen en dat de DGA en zijn/haar partner bij huwelijkse voorwaarden pensioenverevening hebben uitgesloten. De Staatssecretaris van Financiën gaat er van uit dat dit in de praktijk geen problemen zal opleveren, omdat een dergelijke partner geen belang heeft bij het onthouden van schriftelijke instemming.

6.3. De gewezen partner

Het begrip gewezen partner is niet als zodanig in artikel 1 PW gedefinieerd maar verschijnt in artikel 57 PW ten tonele. Nu artikel 39n lid 4 Wet LB in de eerste volzin voor wat betreft het begrip partner wel naar artikel 1 PW verwijst maar in de tweede volzin voor wat het begrip gewezen partner betreft niet naar artikel 57 PW verwijst, komt de vraag op hoe het begrip gewezen partner als bedoeld in artikel 39n lid 4 tweede volzin Wet LB moet worden uitgelegd. Gelet op de verwijzing in de eerste volzin van artikel 39n lid 4 Wet LB naar artikel 1 PW acht ik het waarschijnlijk dat met het begrip gewezen partner wordt bedoeld de gewezen partner als

[40] Artikel 19b juncto artikel 13 lid 1 Wet LB.
[41] Artikel 30i AWR.

bedoeld in artikel 57 PW, omdat daarmee een sluitend geheel wordt verkregen, ondanks het feit dat de DGA niet onder de PW valt.

Ten aanzien van de gewezen partner lijkt de te geven schriftelijke instemming beter aan te sluiten bij de werkelijkheid. De gewezen partner hoeft namelijk uitsluitend schriftelijk in te stemmen indien deze nog enig recht heeft gehouden op een deel van de in eigen beheer uitgevoerde pensioenaanspraken.[42] Dit betreft dan de ten gevolge van de echtscheiding door de gewezen partner als vereveningsgerechtigde echtgenoot verkregen rechten op uitbetaling van een deel van het ouderdomspensioen[43] en/of de door de gewezen partner zelf verkregen aanspraak op (bijzonder) partnerpensioen,[44] dan wel de ten gevolge van conversie door de gewezen echtgenoot verkregen eigen aanspraak op ouderdomspensioen.[45]

Het is goed om te zien dat indien sprake is van een gewezen partner er meerdere pensioengerechtigden zijn, die ieder zijn/haar keuze dient te maken. Enerzijds de DGA met zijn/haar ouderdomspensioen, waarop een vereveningsverplichting rust. Anderzijds de gewezen partner met een eigen aanspraak op bijzonder partnerpensioen of een ten gevolge van conversie verkregen eigen aanspraak op ouderdomspensioen. Instemming door de gewezen partner met afkoop of omzetting betreft dan in beginsel slechts het ouderdomspensioen van de DGA.

Uiteraard kan de gewezen partner de wens hebben zijn/haar eigen aanspraak op bijzonder partnerpensioen of de ten gevolge van conversie verkregen eigen aanspraak op ouderdomspensioen af te kopen of om te zetten. Tekstueel gezien heeft de gewezen partner niet de schriftelijke instemming nodig van de DGA om zijn/haar aanspraak op bijzonder partnerpensioen af te kopen of om te zetten. Maar als de gewezen partner zijn/haar ten gevolge van conversie verkregen eigen aanspraak op ouderdomspensioen wil afkopen of omzetten, heeft de gewezen partner wél de schriftelijke instemming van de DGA nodig. Conversie leidt er immers toe dat de gewezen partner als een fictieve deelnemer in de pensioenovereenkomst van de DGA wordt aangemerkt, hetgeen in fiscale zin gelijk staat aan het begrip werknemer of gewezen werknemer, zodat de gewezen partner voor de toepassing van artikel 39n lid 4 Wet LB als de daarin bedoelde werknemer of gewezen werknemer kwalificeert en de DGA als de daarin bedoelde gewezen partner. Aldus zijn de DGA en de gewezen partner in die situatie over en weer van elkaar afhankelijk.

Indien de rechten en aanspraken van de gewezen partner door de pensioenuitvoerende BV geheel en volledig in lijn met HR 4 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658, zijn afgefinancierd, kan de DGA zijn/haar resterende bij de BV achtergebleven aanspraak op ouderdomspensioen naar mijn mening zonder schriftelijke instemming van de gewezen partner afkopen. In dat geval heeft de gewezen partner immers geen recht gehouden op een deel van de in eigen beheer uitgevoerde pensioenaanspraak. Hier schuilt echter wel een adder onder het gras.

[42] Artikel 39n lid 4 tweede volzin Wet LB.
[43] Artikel 2 Wet VPS.
[44] Artikel 3a lid 2 of lid 3 Wet VPS.
[45] Artikel 5 Wet VPS.

Vrijwel alle pensioenovereenkomsten die tussen een DGA en zijn/haar vennootschap zijn overeengekomen, zijn eind- of middelloonregelingen en hebben zodoende het karakter van een uitkeringsovereenkomst. In geval van affinanciering ten behoeve van de gewezen partner vindt dit vrijwel altijd plaats op basis van een pensioenverzekering waarbij een al dan niet gegarandeerd kapitaal wordt verzekerd waarop een pensioenclausule rust. Het verzekerd pensioenkapitaal wordt daarbij berekend als het benodigde kapitaal voor de ten behoeve van de gewezen partner af te storten pensioenaanspraken, zulks op basis van te verwachten toekomstige variabelen, zoals de marktrente ten tijde van de expiratie van de verzekering en aankoop van de pensioenuitkering. Een dergelijke pensioenverzekering heeft het karakter van een kapitaalovereenkomst. Via een kapitaalovereenkomst kunnen niet exact voor 100% alle rechten en aanspraken van de gewezen partner worden afgefinancierd. Dit laatste kan slechts op grond van een uitkeringsovereenkomst. In werkelijkheid zal de uit het expiratiekapitaal aan te kopen pensioenuitkering hoger of lager zijn dan de uitkering waar de gewezen partner recht op heeft uit hoofde van pensioenverevening of bijzonder partnerpensioen.

De vraag die hierbij opkomt, is ten gunste van wie een overschot aan pensioenuitkering toekomt en voor wiens rekening een tekort aan pensioenuitkering komt. Indien de DGA en de gewezen partner in het echtscheidingsconvenant elkaar ter zake volledige kwijting verlenen, kan hieruit de conclusie worden getrokken dat een overschot of een tekort ten gunste van respectievelijk voor rekening van de gewezen partner komt. De gewezen partner heeft dan geen recht gehouden op een deel van de in eigen beheer uitgevoerde pensioenaanspraak, zodat naar mijn mening geen schriftelijke instemming van de gewezen partner nodig is om de pensioenaanspraak van de DGA af te kopen of om te zetten.

Indien dit echter niet uit het echtscheidingsconvenant volgt, of indien er in het geheel geen echtscheidingsconvenant is overeengekomen, kan de conclusie worden getrokken dat een overschot ten gunste van de DGA komt en dat een tekort door de vennootschap moet worden aangevuld. In dit laatste geval – dit zijn in de huidige tijd de meest voorkomende situaties – heeft de gewezen partner dus nog wel rechten gehouden op een deel van de in eigen beheer uitgevoerde pensioenaanspraak. De vennootschap heeft dan wellicht nog een aanvullende uitkeringsverplichting aan de gewezen partner. De verevening van pensioenaanspraken uit hoofde van een uitkeringsovereenkomst, zoals een eind- of middelloonregeling, ziet immers op verevening van harde pensioenaanspraken en verkrijging door de gewezen partner van een recht op uitkering van een deel van het ouderdomspensioen. Dit is wezenlijk iets anders dan de toekenning van een pensioenkapitaal.

Ik merk op dat de Staatssecretaris van Financiën heeft toegelicht dat geen schriftelijke instemming van de gewezen partner is vereist, indien een eigen conversieaanspraak van de gewezen partner is afgefinancierd. Dat lijkt mij echter gelet op het bovenstaande een te beperkte uitleg. De van echt gescheiden DGA dient zich er desalniettemin dubbel en dwars van te vergewissen of de pensioenaanspraak en uitkeringsrechten van de gewezen partner voor de volle 100% zijn afgefinancierd alvorens de eigen pensioenaanspraken zonder schriftelijke instemming van de gewezen partner af te kopen of om te zetten. Het op de loer liggende risico is

wederom dat de Belastingdienst de waarde in het economisch verkeer van de gehele pensioenaanspraak vóór afstempeling in de heffing zal betrekken[46] en tevens revisierente in rekening zal brengen.[47]

7. Compensatie van de partner en de gewezen partner

7.1. Compensatie in verband met potentiële pensioenderving

Indien de DGA met schriftelijke instemming van de partner of gewezen partner zijn/haar pensioenaanspraken afstempelt en vervolgens afkoopt of omzet, raakt niet alleen de DGA zijn/haar pensioenaanspraken kwijt. Ook de partner of de gewezen partner raakt aanspraken en rechten kwijt, zij het dat het ten aanzien van de partner of de gewezen partner slechts potentiële pensioenaanspraken en uitkeringsrechten betreft, omdat het nog geen eigen pensioenaanspraken en uitkeringsrechten van de partner of de gewezen partner zelf zijn, maar afgeleide pensioenaanspraken en uitkeringsrechten, waarvan bovendien niet vaststaat of de partner of de gewezen partner daadwerkelijk enige pensioenuitkering zal ontvangen. Het is juist deze onzekerheid die het lastig maakt om de omvang van een passende compensatie voor de partner of de gewezen partner vast te stellen.

De compensatie voor de partner of de gewezen partner is bedoeld voor de potentiële derving van pensioenuitkeringen waarop de partner of de gewezen partner recht zou hebben om deze aan zichzelf te krijgen uitgekeerd in geval van overlijden van de DGA of (toekomstige) echtscheiding. In andere situaties ontvangt de partner of gewezen partner zelf geen pensioenuitkering uit hoofde van de pensioenovereenkomst van de DGA.

7.2. Geen compensatie, wel schenking?

Het belang van een passende compensatie is er in gelegen dat, indien deze achterwege blijft of niet-passend is, sprake kan zijn van een fiscaal belaste schenking. In de meeste gevallen zal dan sprake zijn van een schenking (bevoordeling) door de partner of de gewezen partner aan de DGA. Het huwelijksvermogensrecht speelt daarbij een belangrijke rol. De Staatssecretaris van Financiën heeft herhaaldelijk toegelicht dat van een fiscaal belaste schenking geen sprake is in geval van een DGA en een partner die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd of die huwelijkse voorwaarden hebben gemaakt met een wederzijds finaal verrekenbeding bij echtscheiding en overlijden. Maar in andere situaties kan het ontbreken van een passende compensatie wel tot een fiscaal belaste schenking leiden. Niet alleen de DGA die onder huwelijkse voorwaarden zonder voormeld finaal verrekenbeding is gehuwd, maar ook de DGA met een ongehuwd samenwonende partner dient wat dit betreft alert te zijn.

[46] Artikel 19b juncto artikel 13 lid 1 Wet LB.
[47] Artikel 30i AWR.

7.3. Wanneer compenseren?

Indien de DGA en de partner of de gewezen partner terstond bij de afkoop of omzetting een passende compensatie willen effectueren, zullen de verschillende situaties die zich kunnen voordoen in beeld moeten worden gebracht en zal een inschatting moeten worden gemaakt van de kans dat die situaties zich voordoen. De DGA en de partner of de gewezen partner zullen dan bij wijze van vaststellingsovereenkomst een bedrag met elkaar kunnen overeenkomen, waarbij zij tevens bepaalde reeds getroffen of te treffen voorzieningen in aanmerking kunnen nemen. Afhankelijk van het als DGA hebben van een partner of een gewezen partner, valt hierbij bijvoorbeeld te denken aan het extern verzekeren van een partnerpensioen, het afsluiten van een overlijdensrisicoverzekering, het verdelen van de afkoopsom over de DGA en de partner of de gewezen partner of het maken van afspraken rondom de oudedagsverplichting. Wat dit laatste betreft dient hierbij wel de fiscale voorwaarde in acht te worden genomen dat na het overlijden van de DGA de resterende uitkeringen slechts aan de erfgenamen kunnen toekomen. Indien de partner de resterende uitkeringen dient te ontvangen, dient de DGA een daarop afgestemde testamentaire regeling te treffen.

Het is echter niet verplicht of noodzakelijk dat terstond bij de afkoop of omzetting wordt gecompenseerd, hoewel dit in geval van een gewezen partner meer voor de hand ligt. Een mogelijkheid om hierbij aan te sluiten, is die waarbij de DGA en de partner staande huwelijk huwelijkse voorwaarden maken of wijzigen, waarin wordt overeengekomen dat indien het huwelijk eindigt door overlijden of echtscheiding ten laste van het vermogen van de DGA aan de partner een compensatie wordt gegeven voor de derving van pensioenaanspraken en -uitkeringen waarop de partner recht zou hebben gehad, indien geen afkoop of omzetting zou hebben plaatsgevonden en de pensioenopbouw door de DGA onverminderd zou zijn voortgezet, tenzij de pensioenopbouw reeds eerder is beëindigd. Op deze manier hoeft thans niets te worden gecompenseerd en speelt thans de vraag niet of de compensatie passend is en of sprake is van een schenking. Die vraag komt eerst op in de toekomst, indien de desbetreffende situatie zich concreet voordoet. Tegen die tijd is veel nauwkeuriger te bepalen wat de omvang van de compensatie dient te zijn.

In dit kader is een belangrijke rol voor de betrokken adviseurs, en met name de notaris, weggelegd om dergelijke afspraken zorgvuldig vast te leggen in de daartoe strekkende akten, zoals huwelijkse voorwaarden en testament. Om dit correct te kunnen uitvoeren, is van belang dat de betrokken adviseurs aan de DGA en de partner of de gewezen partner kunnen uitleggen welke situaties zich kunnen voordoen en wat daarvan de gevolgen zijn, zodat de potentiële pensioenderving zo goed mogelijk wordt geconcretiseerd. Ook zullen de betrokken adviseurs dienen toe te lichten dat de ene te treffen voorziening en maatregel meer of minder zekerheid biedt dan de andere. Een overlijdensrisicoverzekering is immers niet levenslang op het leven van de DGA af te sluiten. Een testament kan eenzijdig door de DGA worden herzien.

In paragraaf 8 volgt een uiteenzetting op hoofdlijnen en waar nodig in detail van de gevolgen voor de pensioenaanspraken en uitkeringsrechten van de partner en de gewezen partner in de hiervoor bedoelde situaties.

7.4. Inkomstenbelastingheffing?

Indien in het kader van een echtscheiding of scheiding van tafel en bed pensioenrechten worden verrekend, is hetgeen wordt ontvangen op grond van artikel 3.102 lid 2 letter a Wet IB belast als periodieke uitkering bij de verrekeningsgerechtigde partij (lees: de partner). Daartegenover staat op grond van artikel 6.3 lid 1 letter d Wet IB een persoonsgebonden aftrek bij de verrekeningsplichtige partij (lees: de DGA). Door de Staatssecretaris van Financiën is toegelicht dat deze bepalingen niet van toepassing zijn in het kader van de compensatie voor potentiële pensioenderving door de partner of de gewezen partner, omdat geen sprake is van echtscheiding (of scheiding van tafel en bed). De compensatie leidt volgens de Staatssecretaris van Financiën derhalve niet tot heffing van inkomstenbelasting.

Naar mijn mening kan niet zonder meer worden aangenomen dat evenmin heffing van inkomstenbelasting aan de orde zal zijn, indien de compensatie wordt uitgesteld tot een toekomstig moment waarop de DGA overlijdt of partijen gaan scheiden. In geval van overlijden lijkt deze conclusie nog wel gerechtvaardigd, omdat ook dan geen sprake is van echtscheiding of scheiding van tafel en bed. Maar indien partijen eerst ten tijde van een toekomstige echtscheiding uitvoering aan de compensatie geven, lijkt dit toch wel heel sterk op de in artikel 3.102 lid 2 letter a en artikel 6.3 lid 1 letter d Wet IB bedoelde situaties, ondanks dat er formeel geen pensioenaanspraken meer zijn. En dan kan niet met succes een beroep worden gedaan op een toelichting door de Staatssecretaris van Financiën als wetgever.

8. De positie van de partner en de gewezen partner in geval van overlijden van de DGA en echtscheiding

8.1. Overlijden van de DGA

8.1.1. 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 de meeste pensioenovereenkomsten wordt de omvang daarvan 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 omvang van de op het moment van overlijden van de DGA daadwerkelijk opgebouwde aanspraak op partnerpensioen en die van de daadwerkelijke partnerpensioenuitkering (op basis van het bereikbaar partnerpensioen) kan een groot verschil zitten. 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. Ook, of daarnaast, 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 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.

8.1.2. 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. Die kan de DGA niet op eigen initiatief 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, waarvan de DGA de aandelen houdt. Het moge duidelijk zijn dat de gewezen partner niet zonder adequate compensatie tot afkoop of omzetting zal overgaan.

8.2. Echtscheiding

8.2.1. Verevening aanspraak op ouderdomspensioen

Hoofdregel in geval van echtscheiding is dat op grond van de 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 laat ik in deze publicatie 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 – anders dan voorheen in het kader van de pensioenverrekening – 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. Om uitvoering te kunnen geven aan de vereveningsverplichting is vereist dat beide gewezen echtgenoten, dus zowel de DGA als de gewezen partner, in leven zijn. Zodra een van hen overlijdt, vervalt 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 ten gevolge van de echtscheiding als een eigen zelfstandige aanspraak ten gunste van de gewezen partner is afgesplitst.

8.2.2. Afsplitsing aanspraak op (bijzonder) partnerpensioen

Indien de aanspraak op partnerpensioen op kapitaalbasis is opgebouwd, verkrijgt de gewezen partner van de DGA op grond van artikel 3a lid 1 Wet VPS – 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 – 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,[48] dan wel de premievrije aanspraak op partnerpensioen die de DGA reeds heeft verkregen in geval van een eerdere beëindiging van de pensioenopbouw.[49] 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.

8.2.3. Beëindiging relatie met de ongehuwd samenwonende partner

Sinds de invoering van de PW geldt dat ook de ongehuwd samenwonende partner waarmee de deelnemer een partnerrelatie in de zin van de pensioenovereenkomst heeft, bij beëindiging van de partnerrelatie in de zin van de pensioenovereenkomst een aanspraak op bijzonder partnerpensioen verkrijgt.[50] Een dergelijke verruiming van de verkrijging van een eigen aanspraak op bijzonder partnerpensioen is niet doorgetrokken naar DGA-situaties. Een eigen aanspraak op bijzonder partnerpensioen kan uitsluitend de echtgenoot of de geregistreerd partner verkrijgen in geval van scheiding als bedoeld in artikel 3a lid 1 Wet VPS. De ongehuwd samenwonende partner van de DGA heeft derhalve geen wettelijk recht op het verkrijgen van een eigen aanspraak op bijzonder partnerpensioen. Niet op grond van artikel 57 PW, omdat de PW op de DGA niet van toepassing is, en niet op grond van artikel 3a Wet VPS, omdat de situatie van de ongehuwd samenwonende partner daarin niet is geregeld.

[48] Artikel 3a lid 2 Wet VPS.
[49] Artikel 3a lid 3 Wet VPS.
[50] Artikel 57 PW.

Is de DGA in de pensioenovereenkomst ten behoeve van een ongehuwd samenwonende partner een partnerpensioen overeengekomen, dan is dit veelal gedaan vanuit de verzorgingsgedachte binnen de bestaande partnerrelatie. Beoogd is dan dat de partner een partnerpensioen verkrijgt, indien de DGA overlijdt op een moment dat de DGA nog een niet-beëindigde relatie met de ongehuwd samenwonende partner heeft. Dit is in beginsel de enig denkbare situatie waarin de ongehuwd samenwonende partner recht op een pensioenuitkering heeft. In geval van beëindiging van de relatie heeft de ongehuwd samenwonende partner immers geen wettelijk recht op een eigen aanspraak op bijzonder partnerpensioen. Maar de pensioenovereenkomst tussen de DGA en de BV kan wat dit betreft een bovenwettelijke werking hebben. De modelpensioenovereenkomsten van de Belastingdienst en diverse advieskantoren getuigen daarvan nu daarin eenzelfde regeling als die in artikel 3a Wet VPS wordt getroffen.

Overigens heeft de ongehuwd samenwonende partner in geval van beëindiging van de partnerrelatie geen recht op verevening als bedoeld in de Wet VPS, omdat verevening uitsluitend openstaat voor de echtgenoot en de geregistreerd partner. Echter, ongehuwd samenwonenden, DGA of niet, verklaren met enige regelmaat in een (notariële) samenlevingsovereenkomst de Wet VPS van overeenkomstige toepassing, maar daar ligt dus geen wettelijke bepaling aan ten grondslag. De vraag die opkomt is of de ongehuwd samenwonende partner dan toch een vorm van compensatie kan verlangen? Vooralsnog lijkt mij dat die vraag bevestigend dient te worden beantwoord, nu de compensatie door de DGA persoonlijk dient te worden gegeven en de afspraken tussen de DGA en de ongehuwd samenwonende partner van verbintenisrechtelijke aard zijn.

8.3. 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 pensioenuitkeringen 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.

Normaliter zal het dekkingstekort tot uitdrukking komen naar mate het pensioen wordt uitgekeerd. In artikel 19b lid 8 Wet LB (tekst 2016) is overigens bepaald dat indien aan de daarin gestelde voorwaarden wordt voldaan de niet voor verwezenlijking vatbare pensioenaanspraken ten tijde van ingang zonder fiscale heffing kunnen worden afgestempeld, waarna het afgestempelde pensioen geacht wordt levenslang te kunnen worden uitgekeerd. Maar voor de vaststelling van de compensatie voor de partner in het kader van de Wet Uitfasering biedt dit geen oplossing.

Wel kan aansluiting worden gezocht bij het door Hof Den Haag[51] ontwikkelde leerstuk van het effectief beschikbaar bedrag voor pensioenuitkeringen. Op grond van dit leerstuk wordt het dekkingstekort dat ten tijde van de echtscheiding aanwezig is pro rata aan het ouderdomspensioen met de daarop rustende vereveningsverplichting en het bijzonder partnerpensioen toegerekend. Dit leidt tot dienovereenkomstig lagere pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten voor de partner.

Hoewel dit niet met zoveel woorden in de uitspraken is te lezen, is de pro rata toerekening van de onderdekking bedoeld als een definitieve vaststelling van verlaagde pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten van de partner. Naar mijn mening kun je daar ook anders over denken, maar in het kader van deze publicatie laat ik het bij deze opmerking. Het leerstuk van het effectief beschikbaar bedrag voor pensioenuitkeringen kan derhalve een aanknopingspunt zijn voor een lagere compensatie voor de partner. Indien de Wet Uitfasering immers niet zou worden ingevoerd, maar de DGA en de partner per de ingangsdatum van de Wet Uitfasering wel van de echt zouden scheiden, zou de partner (en de DGA) ook de gevolgen van het dekkingstekort ondervinden. Aldus kan men tot de conclusie komen dat wat er niet is, niet kan worden uitgekeerd en ook niet behoeft te worden gecompenseerd.

9. 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 verdwijnen. 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 verzelfstandigd als een eigen aanspraak ten behoeve van de gewezen partner.

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

In paragraaf 7.3 vermeldde ik dat de betrokken adviseurs die de DGA en de partner of 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.

[51] Hof Den Haag 18 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2744 (tussenuitspraak) en 17 september 2014, ECL:GHDHA:2014:3016 (einduitspraak).

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 na 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 partner van de DGA overlijdt kort ná echtscheiding op korte termijn
9. De partner van de DGA overlijdt geruime tijd ná echtscheiding op korte termijn
10. De partner van de DGA overlijdt kort ná echtscheiding op langere termijn
11. De partner van de DGA overlijdt geruime tijd ná echtscheiding op langere termijn

Deze elf scenario's kunnen worden uitgewerkt en doorgerekend, mede op basis van een onverminderde pensioenopbouw door de DGA, om een, hoewel indicatief maar desalniettemin reëel, beeld te krijgen van de omvang van de pensioenuitkeringen die de partner of 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 partner of gewezen partner terstond bij de afkoop of de omzetting een compensatie willen effectueren, als indien zij dit 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 partner of de gewezen partner zich bevindt of kan een gewogen gemiddelde worden berekend. Deze kan worden vergeleken met de maatregelen en voorzieningen die de DGA en de partner of 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.

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

Ik merk op dat veel DGA's hun pensioenopbouw reeds (ruim) vóór de inwerkingtreding van de Wet Uitfasering hebben beëindigd. Voor dergelijke DGA's geldt dat bij de scenario-analyse geen rekening hoeft te worden gehouden met toekomstige pensioenopbouw; die is er immers sowieso niet. Voor DGA's die hun pensioenopbouw (nog) niet vóór de inwerkingtreding van de Wet Uitfasering hebben beëindigd en hun pensioenopbouw thans geforceerd moeten beëindigen, zou als uitgangspunt kunnen worden genomen dat zij hun pensioenopbouw tot de overeengekomen pensioendatum ongewijzigd zouden hebben voortgezet.

9.1. Voorbeeld

Om het voorgaande concreter te maken volgt hierna een voorbeeld. In dit voorbeeld staan het echtpaar Klaas van den Oude en Kristine de Jong centraal. Klaas is DGA en is geboren op 1 januari 1956. Kristine is geboren op 1 januari 1959. Klaas bouwt pensioen in eigen beheer op.

Per 1 april 2017 heeft Klaas in eigen beheer een ouderdomspensioen opgebouwd van € 20.000 bruto per jaar. Indien Klaas op onverminderde wijze door zou gaan met pensioenopbouw tot aan de pensioenleeftijd (67 jaar; 1 januari 2023) zou Klaas een opgebouwd ouderdomspensioen van € 30.000 bruto per jaar bereiken. Het per 1 april 2017 opgebouwd partnerpensioen bedraagt € 14.000 bruto per jaar en het bereikbaar partnerpensioen zou € 21.000 bruto per jaar bedragen. In het voorbeeld wordt omwille van de eenvoud afgezien van indexatie. De B.V. van Klaas heeft per 1 april 2017 voldoende vermogen om voormelde pensioenen in de toekomst te kunnen uitkeren; er is geen sprake van onderdekking.

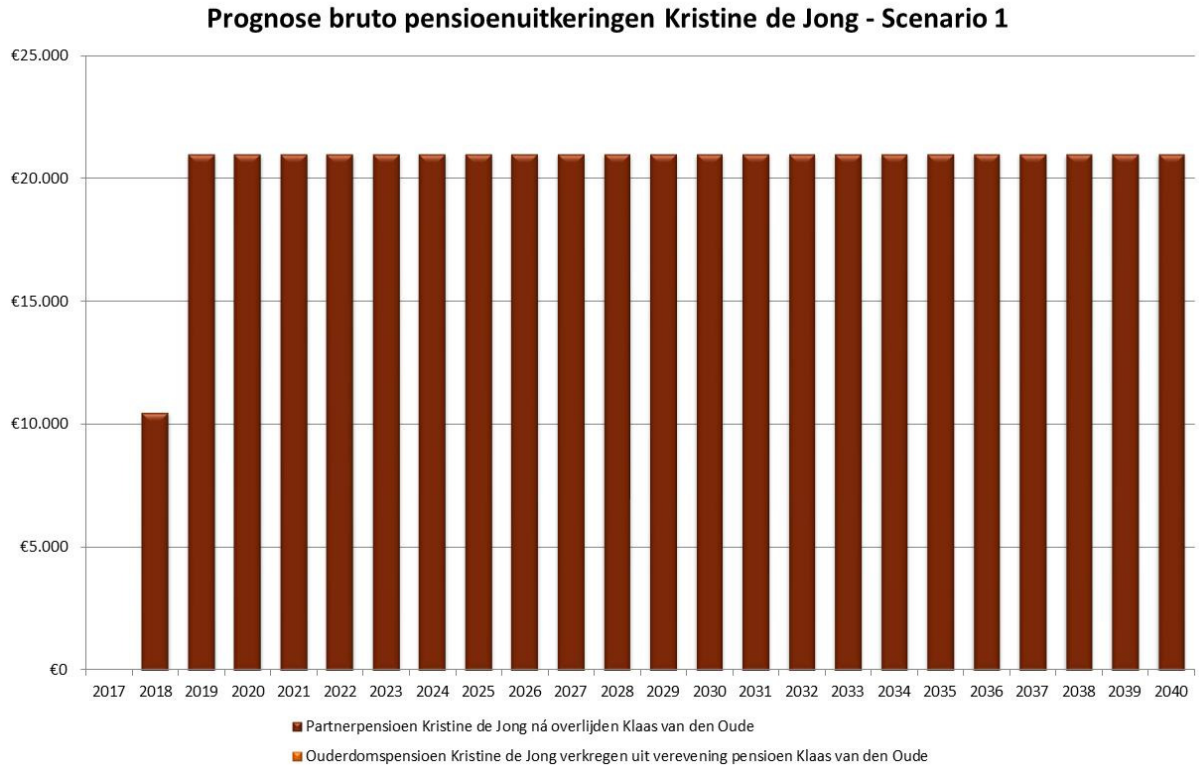
Onderstaand is de scenario-analyse weergegeven voor een compensatie terstond bij de afkoop of de omzetting, waarbij ik voor de beoordeling van de compensatie de inwerkingtredingsdatum 1 april 2017 als uitgangspunt heb genomen.

De grafieken en kapitalisaties eindigen uiterlijk per 31 december 2040, hetgeen in voorkomend scenario als fictieve overlijdensdatum van Kristine geldt. Dit is een arbitrair in aanmerking genomen datum. Voor de levenslange pensioenuitkeringen geldt uiteraard dat deze in werkelijkheid eerder of later kunnen eindigen dan 31 december 2040.

Scenario's tijdens het huwelijk

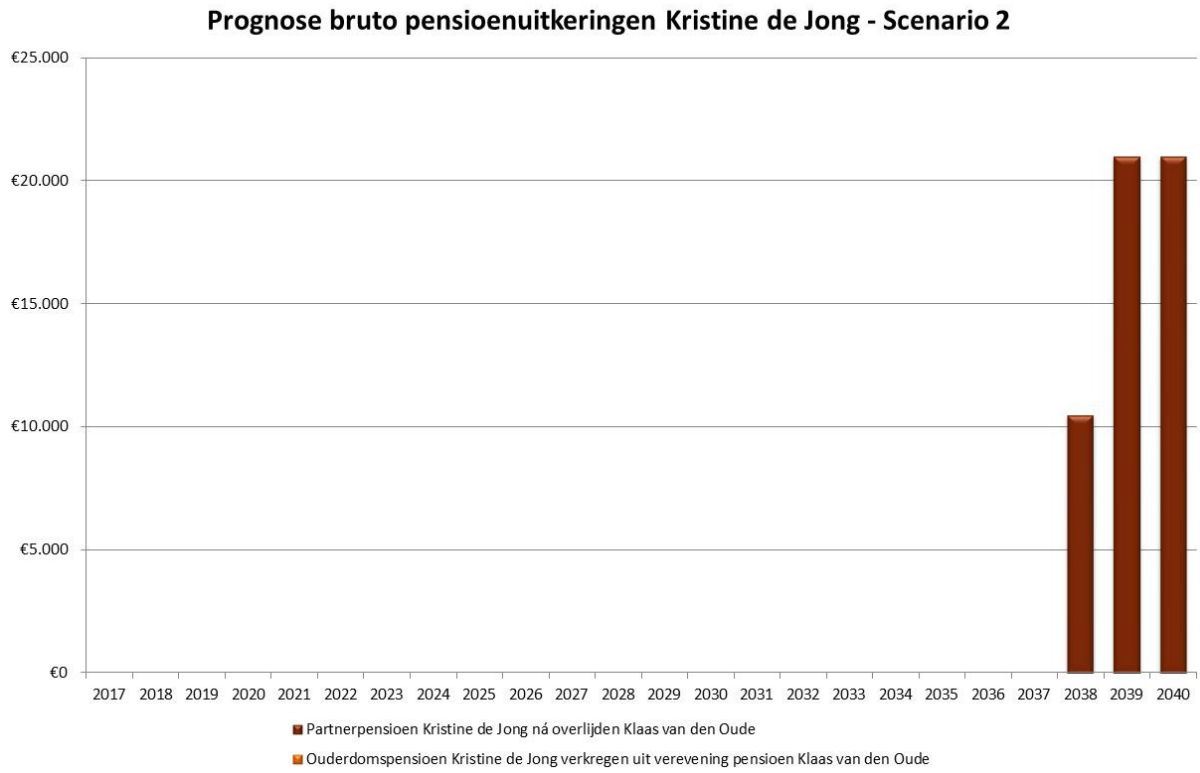
Scenario 1 - Klaas overlijdt op korte termijn

Klaas overlijdt op 1 juli 2018 en Kristine ontvangt vanaf die datum levenslang het bereikbaar partnerpensioen van € 21.000 bruto per jaar. De gekapitaliseerde waarde bedraagt bij een disconto rente van 1%: € 411.000 bruto, en bij een belastinglatentie van 30%: € 288.000 netto.



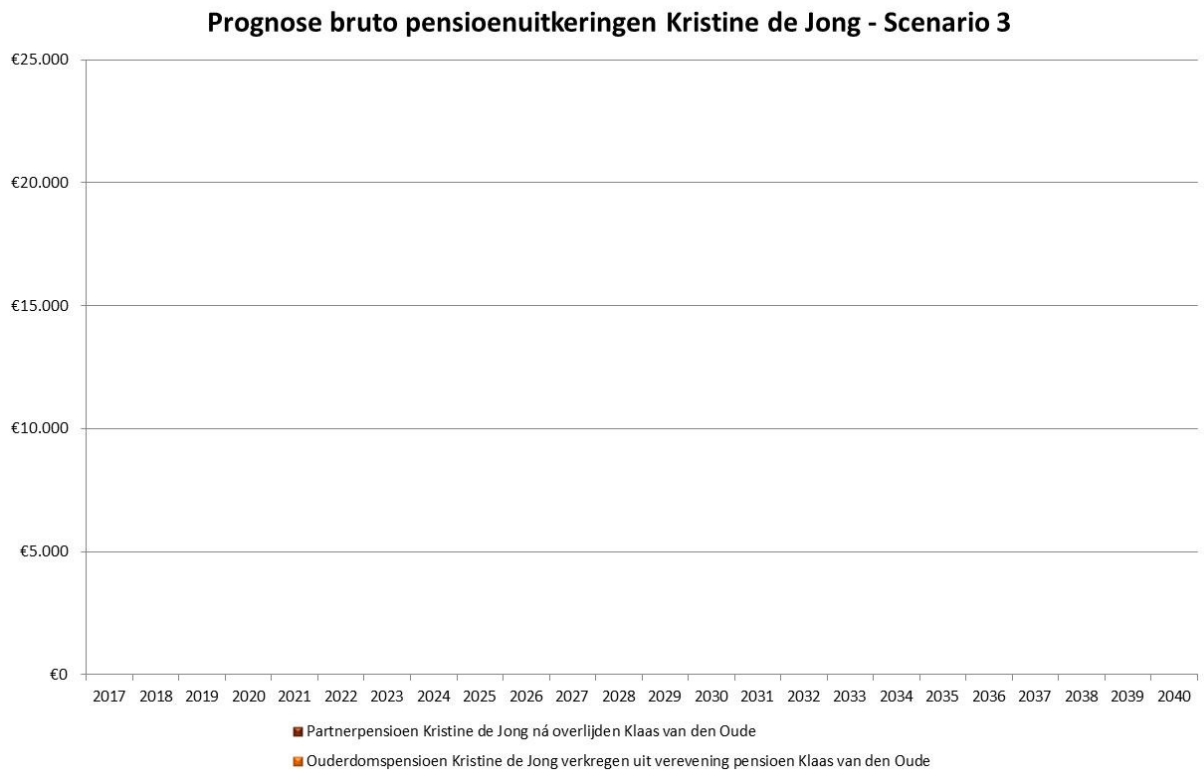
Scenario 2 - Klaas overlijdt op langere termijn

Klaas overlijdt op 1 juli 2038 en Kristine ontvangt vanaf die datum levenslang het daadwerkelijk ten tijde van pensioneren van Klaas opgebouwde partnerpensioen van € 21.000 bruto per jaar. De gekapitaliseerde waarde bedraagt bij een disconto rente van 1%: € 41.000 bruto, en bij een belastinglatentie van 30%: € 29.000 netto.



Scenario 3 - Kristine overlijdt eerder dan Klaas

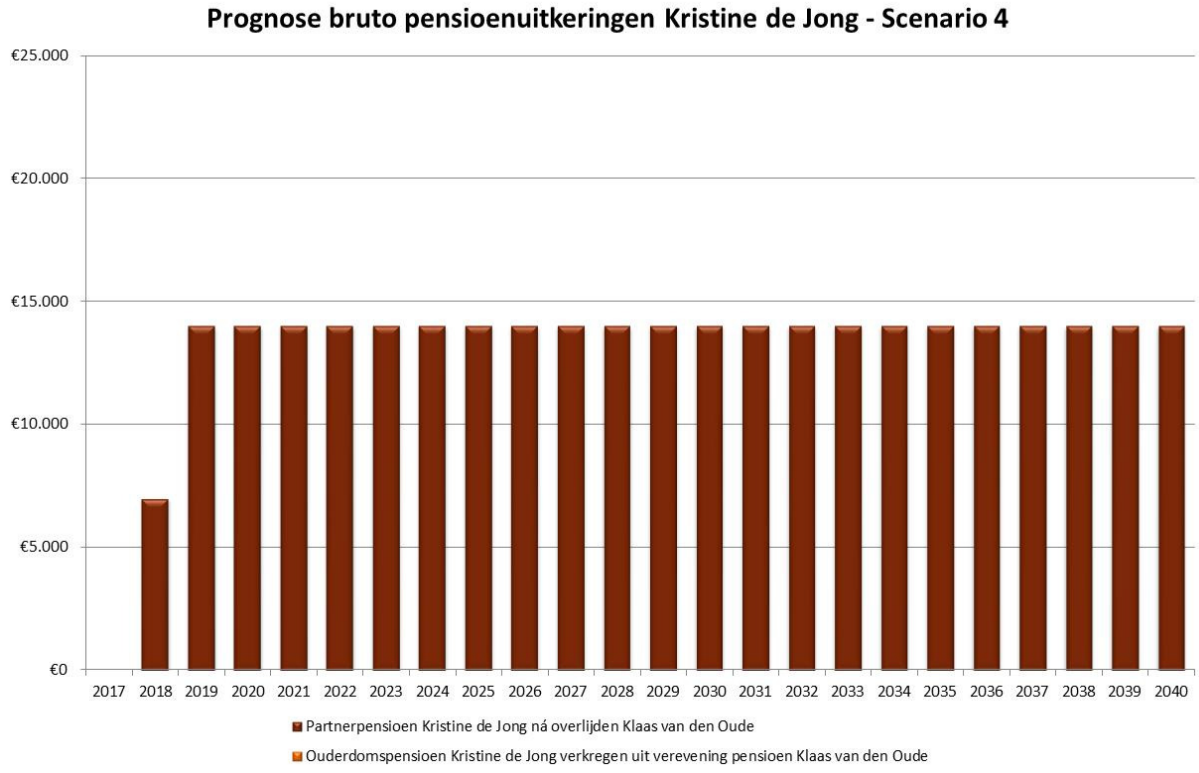
Er vinden geen pensioenuitkeringen aan Kristine plaats.



Scenario's na echtscheiding

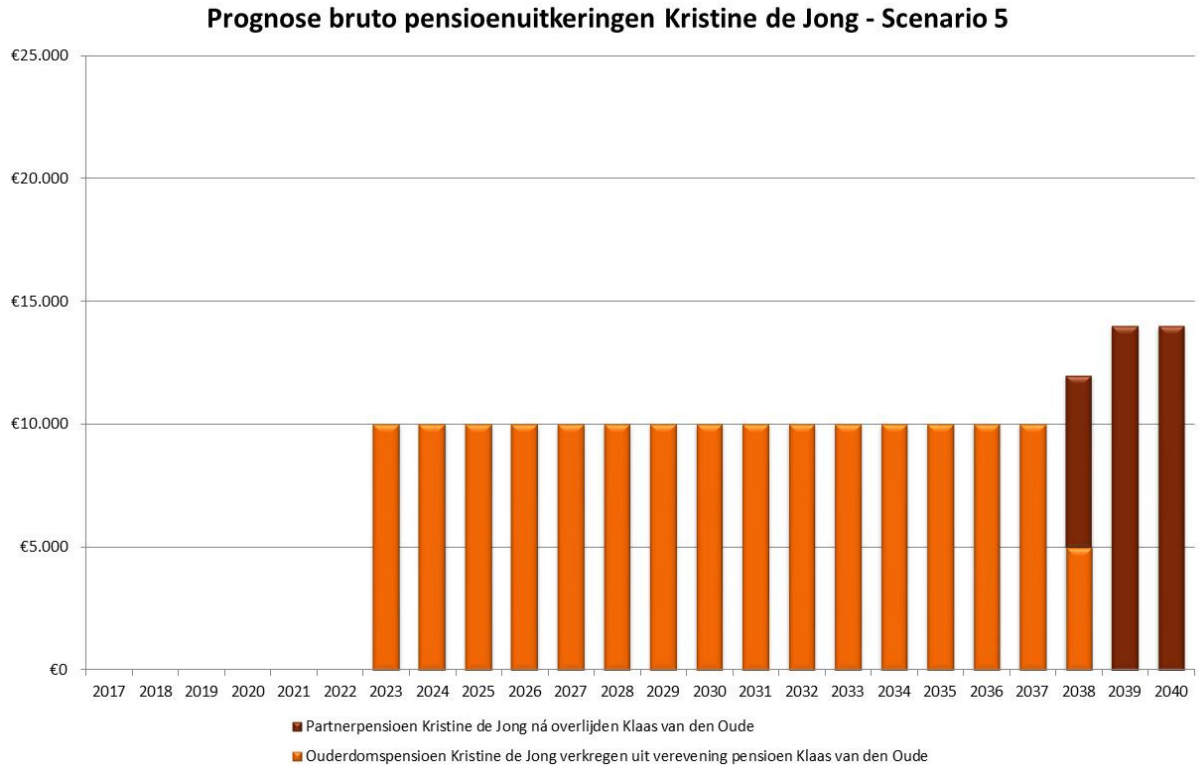
Scenario 4 - Klaas overlijdt kort ná echtscheiding op korte termijn

Klaas en Kristine scheiden op 1 april 2017. Het door Klaas opgebouwde en te verevenen ouderdomspensioen bedraagt € 20.000 bruto per jaar en het bijzonder partnerpensioen bedraagt € 14.000 bruto per jaar. Klaas overlijdt op 1 juli 2018 en Kristine ontvangt vanaf 1 juli 2018 levenslang het bijzonder partnerpensioen van € 14.000 bruto per jaar. De gekapitaliseerde waarde bedraagt bij een disconto rente van 1%: € 274.000 bruto, en bij een belastinglatentie van 30%: € 192.000 netto.



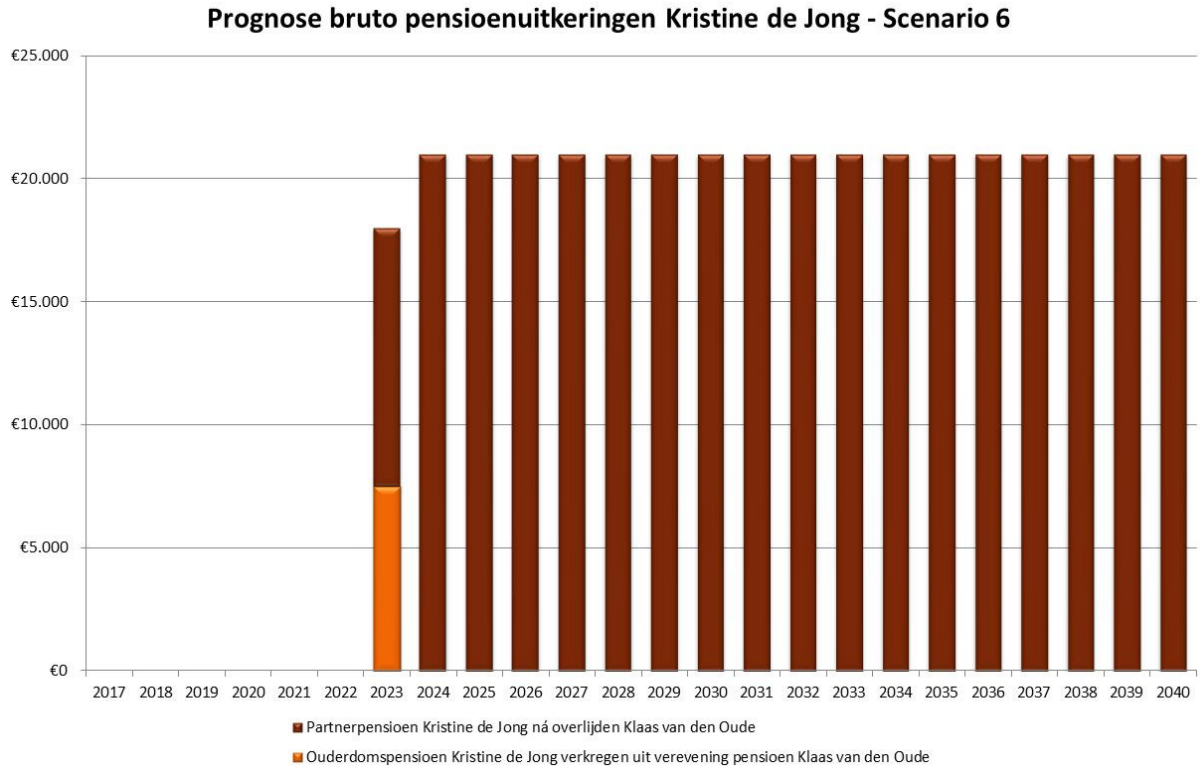
Scenario 5 - Klaas overlijdt geruime tijd ná echtscheiding op korte termijn

Klaas en Kristine scheiden op 1 april 2017. Het door Klaas opgebouwde en standaard (= bij helfte) te verevenen ouderdomspensioen bedraagt € 20.000 bruto per jaar. Het bijzonder partnerpensioen bedraagt € 14.000 bruto per jaar. Klaas gaat op 1 januari 2022 met pensioen. De ouderdomspensioenuitkering wordt op grond van de Wet VPS tot een bedrag van € 10.000 uitgekeerd aan Kristine. Klaas overlijdt op 1 juli 2038. Kristine ontvangt vanaf 1 juli 2038 levenslang het bijzonder partnerpensioen van € 14.000 bruto per jaar. De gekapitaliseerde waarde bedraagt bij een disconto rente van 1%: € 159.000 bruto, en bij een belastinglatentie van 30%: € 111.000 netto.



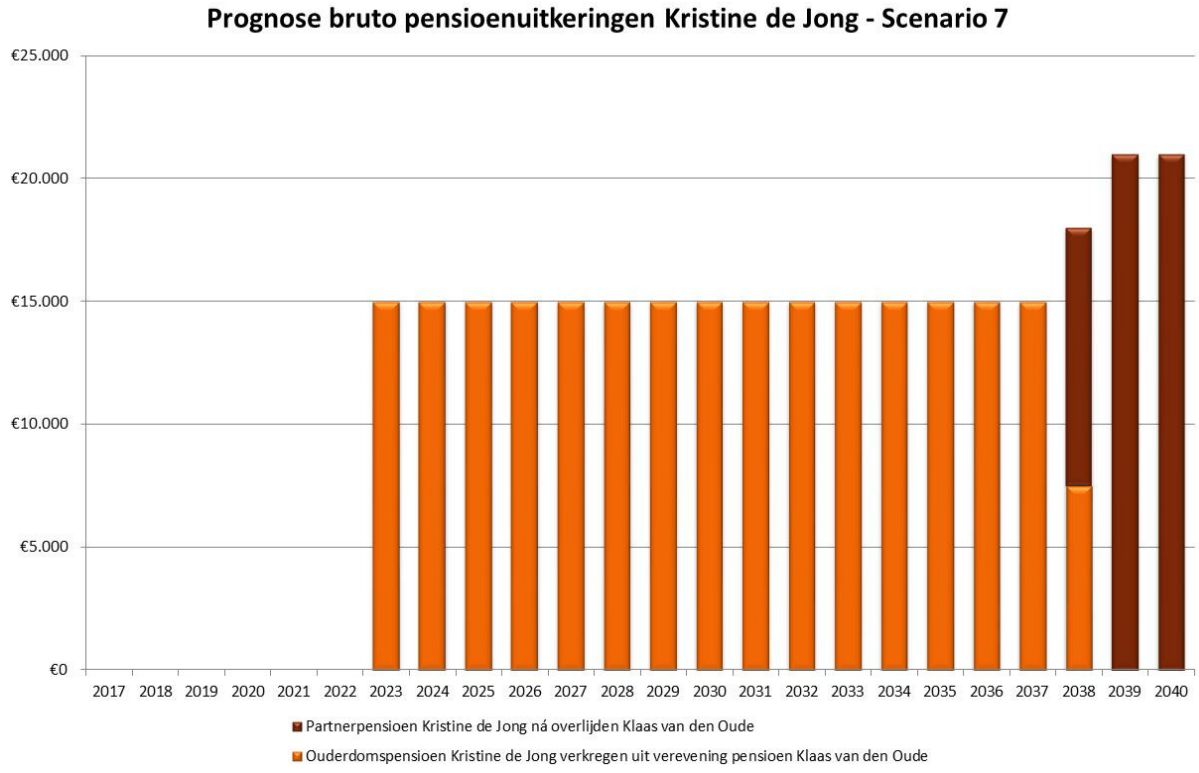
Scenario 6 - Klaas overlijdt kort ná echtscheiding op langere termijn

Klaas en Kristine scheiden op 1 januari 2023. Het door Klaas opgebouwde en standaard (= bij helfte) te verevenen ouderdomspensioen bedraagt € 30.000 bruto per jaar. Het bijzonder partnerpensioen bedraagt € 21.000 bruto per jaar. Klaas gaat op 1 januari 2023 met pensioen. De ouderdomspensioenuitkering wordt op grond van de Wet VPS tot een bedrag van € 15.000 uitgekeerd aan Kristine. Klaas overlijdt op 1 juli 2023. Kristine ontvangt vanaf 1 juli 2023 levenslang het bijzonder partnerpensioen van € 21.000 bruto per jaar. De gekapitaliseerde waarde bedraagt bij een disconto rente van 1%: € 315.000 bruto, en bij een belastinglatentie van 30%: € 220.000 netto.



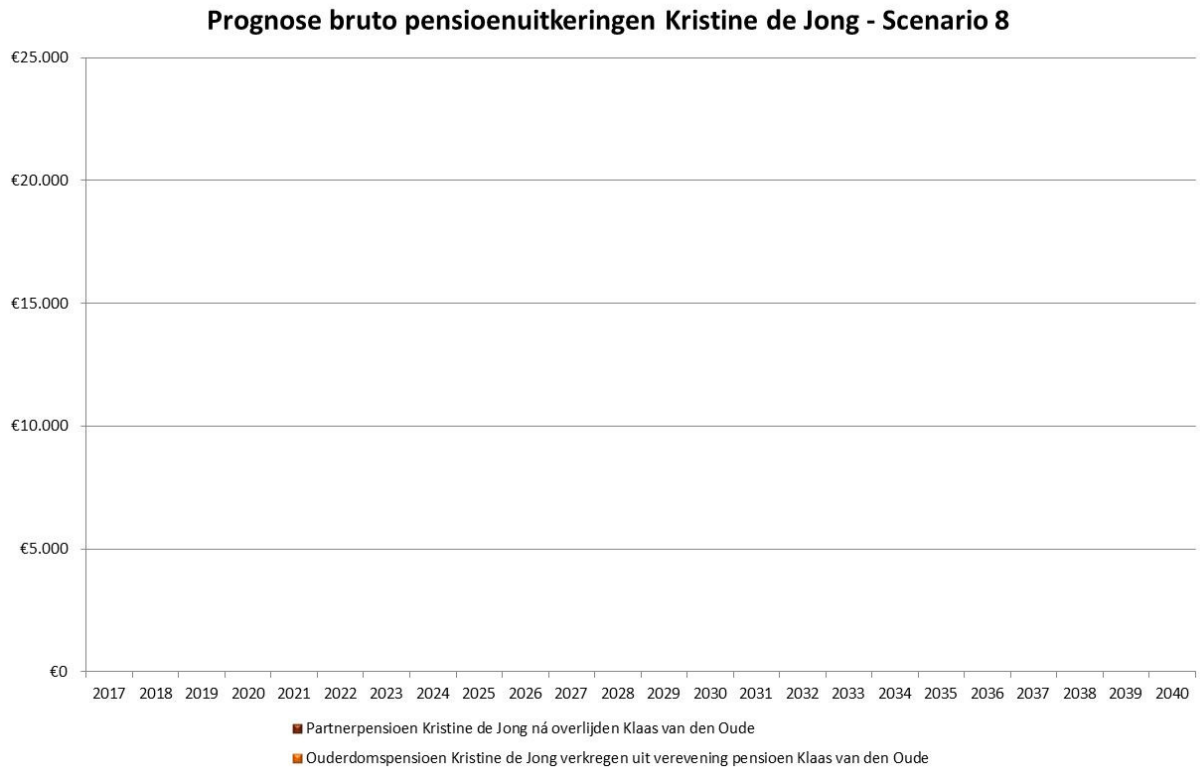
Scenario 7 - Klaas overlijdt geruime tijd ná echtscheiding op langere termijn

Klaas en Kristine scheiden op 1 januari 2023. Het door Klaas opgebouwde en standaard (= bij helfte) te verevenen ouderdomspensioen bedraagt € 30.000 bruto per jaar. Het bijzonder partnerpensioen bedraagt € 21.000 bruto per jaar. Klaas gaat op 1 januari 2023 met pensioen. De ouderdomspensioenuitkering wordt op grond van de Wet VPS tot een bedrag van € 15.000 uitgekeerd aan Kristine. Klaas overlijdt op 1 juli 2038. Kristine ontvangt vanaf 1 juli 2038 levenslang het bijzonder partnerpensioen van € 21.000 bruto per jaar. De gekapitaliseerde waarde bedraagt bij een disconto rente van 1%: € 238.000 bruto, en bij een belastinglatentie van 30%: € 167.000 netto.



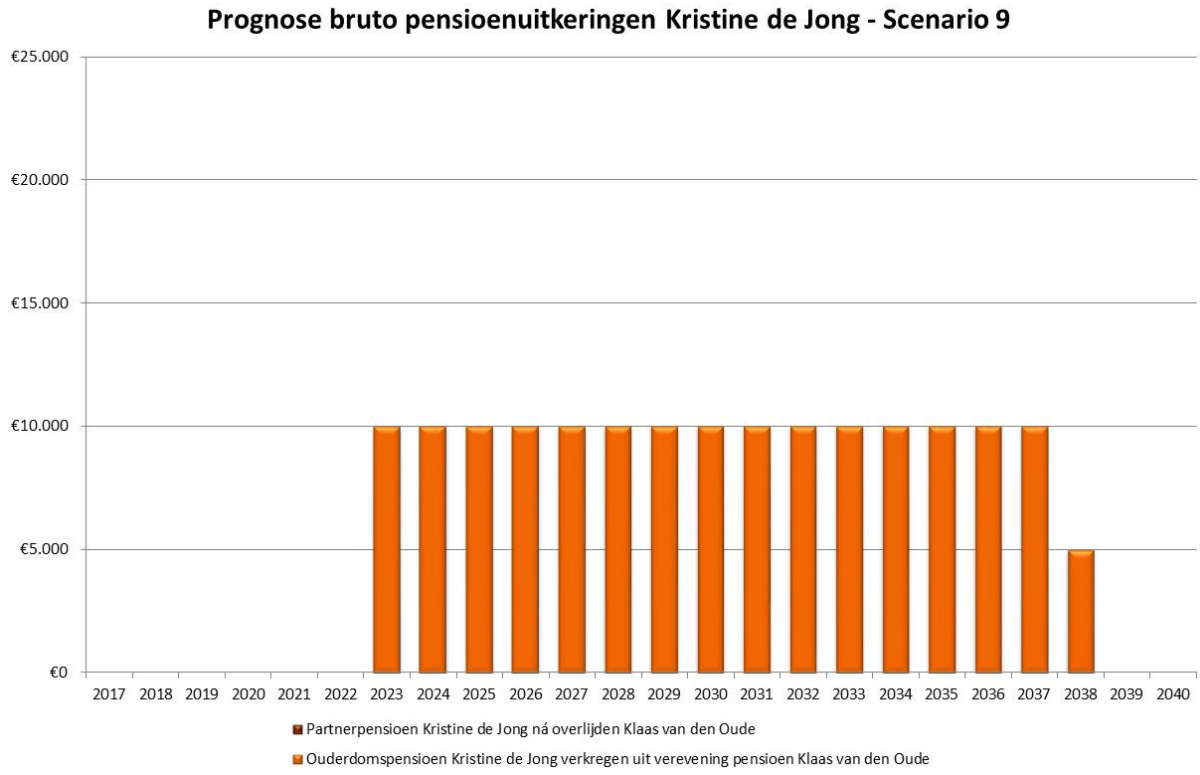
Scenario 8 - Kristine overlijdt kort ná echtscheiding op korte termijn

Klaas en Kristine scheiden op 1 april 2017. Het door Klaas opgebouwde en standaard (= bij helfte) te verevenen ouderdomspensioen bedraagt € 20.000 bruto per jaar. Het bijzonder partnerpensioen bedraagt € 14.000 bruto per jaar. Kristine overlijdt op 1 juli 2018, derhalve vóórdat Klaas met pensioen gaat. Er vinden geen pensioenuitkeringen aan Kristine plaats.



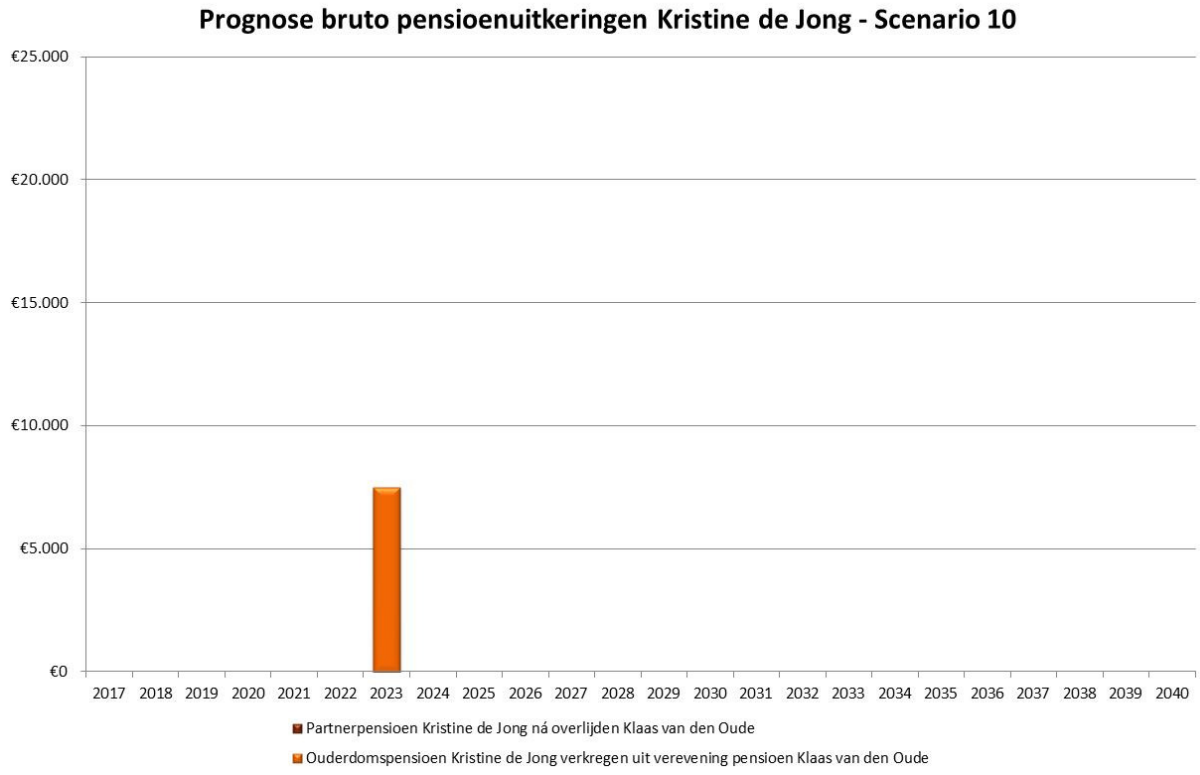
Scenario 9 - Kristine overlijdt geruime tijd ná echtscheiding op korte termijn

Klaas en Kristine scheiden op 1 april 2017. Het door Klaas opgebouwde en standaard (= bij helfte) te verevenen ouderdomspensioen bedraagt € 20.000 bruto per jaar. Het bijzonder partnerpensioen bedraagt € 14.000 bruto per jaar. Klaas gaat op 1 januari 2023 met pensioen. De ouderdomspensioenuitkering wordt op grond van de Wet VPS tot een bedrag van € 10.000 uitgekeerd aan Kristine. Kristine overlijdt op 1 juli 2038, waarna de vereveningsuitkering eindigt. De gekapitaliseerde waarde bedraagt bij een disconto rente van 1%: € 133.000 bruto, en bij een belastinglatentie van 30%: € 93.000 netto.



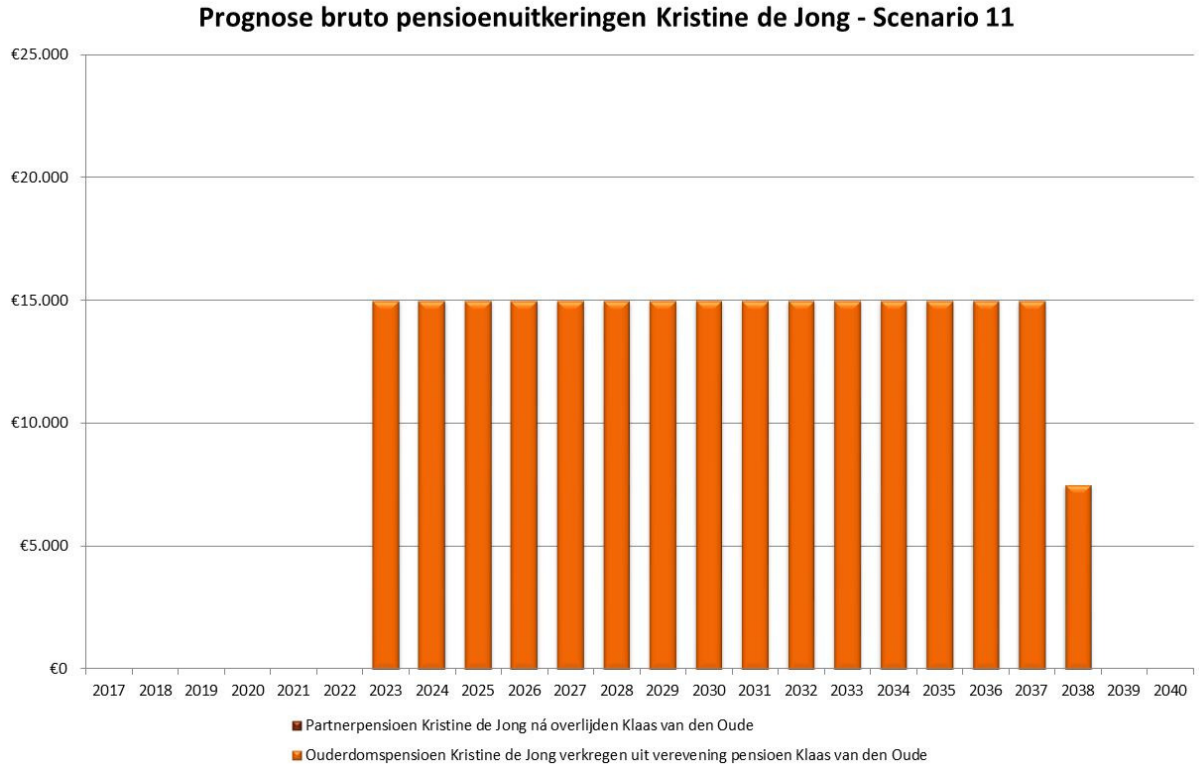
Scenario 10 - Kristine overlijdt kort ná echtscheiding op langere termijn

Klaas en Kristine scheiden op 1 januari 2023. Het door Klaas opgebouwde en standaard (= bij helfte) te verevenen ouderdomspensioen bedraagt € 30.000 bruto per jaar. Het bijzonder partnerpensioen bedraagt € 21.000 bruto per jaar. Klaas gaat op 1 januari 2023 met pensioen. De ouderdomspensioenuitkering wordt op grond van de Wet VPS tot een bedrag van € 15.000 uitgekeerd aan Kristine. Kristine overlijdt op 1 juli 2023, waarna de vereveningsuitkering eindigt. De gekapitaliseerde waarde bedraagt bij een disconto rente van 1%: € 7.000 bruto, en bij een belastinglatentie van 30%: € 5.000 netto.



Scenario 11 - Kristine overlijdt geruime tijd ná echtscheiding op langere termijn

Klaas en Kristine scheiden op 1 januari 2023. Het door Klaas opgebouwde en standaard (= bij helfte) te verevenen ouderdomspensioen bedraagt € 30.000 bruto per jaar. Het bijzonder partnerpensioen bedraagt € 21.000 bruto per jaar. Klaas gaat op 1 januari 2023 met pensioen. De ouderdomspensioenuitkering wordt op grond van de Wet VPS tot een bedrag van € 15.000 uitgekeerd aan Kristine. Kristine overlijdt op 1 juli 2038, waarna de vereveningsuitkering eindigt. De gekapitaliseerde waarde bedraagt bij een disconto rente van 1%: € 200.000 bruto, en bij een belastinglatentie van 30%: € 140.000 netto.



Indien alle situaties gelijk worden gewogen, bedraagt de gewogen gemiddelde gekapitaliseerde waarde van de pensioenderving in dit voorbeeld en bij de in aanmerking genomen uitgangspunten € 162.000 bruto, respectievelijk € 113.000 netto. Worden de diverse situaties niet-gelijk gewogen, dan levert dit uiteraard een andere uitkomst op.

10. Derden-aandeelhouders

In het voorgaande ben ik uitgegaan van een DGA die enig aandeelhouder is van de B.V. Dat hoeft natuurlijk niet altijd het geval te zijn. Denk bijvoorbeeld aan een pensioen-B.V. waarvan de kinderen van de DGA alle aandelen houden, of een B.V. met meerdere aandeelhouders waarvan allen of enkelen pensioen in eigen beheer opbouwen in één en dezelfde B.V. In dergelijke situaties is ook van belang om de gevolgen van afkoop of omzetting voor deze derden-aandeelhouders te beoordelen en in beeld te brengen. Dit kan tot complexe situaties leiden, omdat het compensatievraagstuk dan op meerdere fronten speelt: enerzijds de DGA en de partner of de gewezen partner en anderzijds de DGA en de mede-aandeelhouders en deze laatsten eventueel ook nog eens in onderling verband.

Indien een DGA zijn/haar pensioenaanspraken afkoopt of omzet zal voor derden-aandeelhouders vanwege de gedeeltelijke vrijval van pensioenverplichtingen eerder sprake zijn van een bevoordeling dan een benadeling, zodat de vraag opkomt of sprake is van een fiscaal belaste schenking van de derden-aandeelhouders. Volgens de Staatssecretaris van Financiën is daar inderdaad sprake van tenzij de DGA wordt gecompenseerd. Dit kan een compensatie door de derden-aandeelhouders zelf in privé aan de DGA zijn, maar ook een regeling via de statuten van de B.V. De compensatie zal in dit kader in de meeste gevallen waarschijnlijk beperkt blijven tot de vrijval van de pensioenverplichtingen, hetgeen tot een (aanzienlijke) afwijking kan leiden van de compensatie die de DGA met de partner of de gewezen partner overeenkomt.

Indien een B.V. meerdere aandeelhouders heeft die pensioen in eigen beheer opbouwen, heeft iedere aandeelhouder met eenzelfde vraagstuk te maken. Uiteindelijk zullen dan naar alle waarschijnlijkheid de resterende verschillen (in vrijval) worden gecompenseerd, waarbij de ene aandeelhouder wordt gecompenseerd en de andere aandeelhouder moet compenseren.

Hoewel aan de situatie van derden-aandeelhouders in de parlementaire behandeling de nodige aandacht is besteed, is nog veel onduidelijk. De aandacht ging vooral uit naar de vraag of sprake is van een schenking en niet zozeer naar de compensatie als zodanig. Dit in tegenstelling tot de positie van de partner en de gewezen partner.

11. De rol van de adviseur

De berekeningen rondom afkoop of omzetting sec zijn vanuit fiscale optiek geen rocket science maar een passende compensatie voor de partner of de gewezen partner vinden, zal in de meeste gevallen de nodige

hoofdbrekens kosten. In de meeste gevallen zal bij de betrokken DGA en de partner of gewezen partner een groot verschil bestaan wat betreft kennis en inzicht in de problematiek. Dit verschil dient te worden overbrugd. De DGA en de partner of de gewezen partner dienen te worden geïnformeerd en geadviseerd over de fiscale, financiële en juridische gevolgen van de keuzes die gemaakt kunnen worden, zodat informed consent ontstaat.

Naar mijn stellige overtuiging is het onmogelijk dat één adviseur beide partijen over alle facetten kan informeren en adviseren. Nog los van eventuele kennis van zaken op de relevante terreinen spelen ook zorgplicht en beroepsaansprakelijkheid hierin een rol. Een interdisciplinaire samenwerking tussen specialisten lijkt mij daarom praktisch zo niet noodzakelijk. Idealiter wordt een team van adviseurs – denk hierbij aan een combinatie van accountant, fiscalist, pensioendeskundige, advocaat, notaris, maar ook wellicht een (family) coach – gevormd, waarbij met ieders belangen rekening wordt gehouden en waarvoor wordt opgekomen, zonder het belang van het grotere geheel uit het oog te verliezen. Aldus krijgt de begeleiding karaktertrekken van premarital of prenuptual mediation en collaborative practice. Dit zijn sinds enkele jaren in opkomst rakende methoden om op een andere manier en aanpak huwelijkse voorwaarden tot stand te brengen respectievelijk geschillen te beslechten. Naar mijn mening zijn deze methoden bij uitstek geschikt om de belangentegenstellingen rondom de compensatie tot een goed einde te brengen.

Meer weten of hulp nodig?

Neem dan contact op met:

Hendrikx en Bakker
Generaal Winkelmanstraat 2
5025 XR Tilburg

Tel: + 31 13 544 01 00
Email: info@hendrikxenbakker.nl

Disclaimer
De informatie in deze publicatie is informatie van algemene aard en houdt geen fiscaal- of civieljuridisch advies in. De informatie in deze publicatie is met grote zorgvuldigheid samengesteld. Hendrikx en Bakker garandeert echter niet dat de informatie in deze uitgave volledig, juist, bijgewerkt en vrij van schrijffouten is. De informatie in deze publicatie kan uitingen met een persoonlijke mening bevatten. Hendrikx en Bakker is niet aansprakelijk voor schade of kosten, van welke aard ook, die ontstaan door het gebruik van de informatie in deze publicatie, zoals schade veroorzaakt door mogelijke schrijffouten, onjuistheid, onvolledigheid of gedateerdheid van informatie.