

**Drs. D.W. Bakker**

## **Uitfasering DGA-pensioen eigen beheer kan niet om de partner heen**

In 2017 wordt de fiscale mogelijkheid van pensioenopbouw in eigen beheer mogelijk afgeschaft. De afschaffing en het bijbehorende overgangsrecht is vervat in een wetsvoorstel – de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen (*Kamerstukken II 2016/17, 34555*; hierna Wetsvoorstel uitfasering PEB) – dat als onderdeel van het pakket Belastingplan 2017 op Prinsjesdag aan de Tweede Kamer is aangeboden. Op 17 november 2016 heeft de Tweede Kamer alle zes wetsvoorstellen, die samen het pakket Belastingplan 2017 vormen, aangenomen. De voor 20 december 2016 geplande stemming in de Eerste Kamer over Wetsvoorstel uitfasering PEB is op verzoek van staatssecretaris Wiebes onverwacht uitgesteld in verband met een mogelijk belastinglek. Inmiddels is op 23 januari 2017 een novelle bij de Tweede Kamer ingediend teneinde het ‘lek’ te repareren (*Kamerstukken II 2017/18, 34662*). Deze novelle moet zowel door de Tweede als de Eerste Kamer worden goedgekeurd. De wet zal nu naar verwachting op 1 april 2017 in werking treden.

### **1. Overgangperiode**

Het overgangsrecht biedt de DGA tot 2020 de gelegenheid om het in eigen beheer opgebouwde pensioen in zijn geheel – ouderdompensioen én partnerpensioen – te laten afkopen of om te zetten in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting. De partner van de DGA – ook de in de pensioenovereenkomst genoemde samenlevingspartner – moet hiermee instemmen. Deze harde fiscale eis gaat verder dan het civielrechtelijke voorschrift dat de echtgenoot/geregistreerd partner – dus niet de samenlevingspartner – moet instemmen met een vermindering van het partnerpensioen (art. 3a Wvps).

### **2. Knelpunten: fiscale dividendtoets**

Aanvankelijk wilde het Ministerie van Financiën een aantal knelpunten oplossen dat samenhangt met de uitvoering van pensioen in eigen beheer. Het belangrijkste knelpunt is de fiscale dividendtoets die de Belastingdienst in 2012 introduceerde na wijzigingen in het BV-recht. Sinds 1 oktober 2012 is het uitkeren van dividend alleen mogelijk na goedkeuring door het bestuur van de BV, dat moet toetsen of de continuïteit van de onderneming niet in gevaar komt door de dividenduitkering. Een ten onrechte goedgekeurde dividenduitkering kan tot gevolg hebben dat het bestuur door benadeelde schuldeisers aansprakelijk wordt gesteld (zie art. 2:216 BW).

Deze civielrechtelijke dividendtoets was voor de Kennisgroep pensioenen van de Belastingdienst aanleiding om een eigen fiscale dividendtoets te ontwikkelen: wanneer (te veel) dividend wordt uitgekeerd, kan dit ertoe leiden dat er niet voldoende middelen meer zijn om het in eigen beheer opgebouwde pensioen uit te keren en er derhalve pensioenaanspraken zijn afgekocht, hetgeen leidt tot belastingheffing over de gehele pensioenaanspraak. Daarbij vindt nog een vermeerdering van de heffing plaats met 20% revisierente. Om te beoordelen of na dividenduitkeringen voldoende middelen achterblijven in de BV, dient de pensioenverplichting, c.q. de waarde van de opgebouwde pensioenrechten, tegen de waarde in het economisch verkeer (wev) te worden gewaardeerd. Volgens de Belastingdienst dient de wev te worden vastgesteld op basis van de tarieven van professionele verzekeraars. De aldus vastgestelde wev is doorgaans hoger dan de pensioenverplichting die in de commerciële jaarrekening op de balans staat. Op die balans wordt vaak de fiscale waardering van de pensioenverplichting uit de aangifte vennootschapsbelasting overgenomen. Het behoeft geen betoog dat door de (discutabele) invulling van het begrip wev door de Belastingdienst veel DGA's zullen zakken voor de dividendtoets en zich daarom geen dividend kunnen laten uitkeren. De nieuwe wet beoogt dit probleem op te lossen en gaat nog verder door pensioenopbouw in eigen beheer geheel af te schaffen.

### **3. Geen pensioenopbouw in eigen beheer vanaf de datum van inwerkingtreding**

Door in art. 19a Wet op de loonbelasting 1964 eigenbeheerlichamen als mogelijke pensioenuitvoerder te schrappen, is vanaf de datum van inwerkingtreding geen pensioenopbouw in eigen beheer meer mogelijk. DGA's kunnen wel tweede pijlerpensioen blijven opbouwen bij een professionele verzekeraar. Pensioen dat ze in die hoedanigheid bij een professionele verzekeraar hebben opgebouwd, kunnen ze vanaf de datum van inwerkingtreding niet meer naar de eigen BV overdragen. Via een nota van wijziging is echter een delegatiebepaling aan de wet toegevoegd die voorziet in verschuiving van de oorspronkelijke deadline van 1 januari naar 1 april 2017 (*Kamerstukken II* 2016/17, 34555, 6). Bij het voldoen aan de voorwaarden van de te verschijnen AMvB is het fiscaal toegestaan om tot 1 april pensioen in eigen beheer op te bouwen en tot die datum pensioen van een professionele verzekeraar naar eigen beheer over te hevelen. Met de indiening van de novelle verschuift deze datum naar 1 juli 2017.

### **4. Overgangsrecht**

Het overgangsrecht – opgenomen in vier nieuwe artikelen: art. 38n, 38o, 38p en 38q in de Wet op de loonbelasting 1964 – voorziet in drie keuzemogelijkheden: de tot 1 april in eigen beheer opgebouwde rechten blijven gehandhaafd of worden in de periode van de datum van inwerkingtreding tot en met 2019 afgekocht of omgezet in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting (hierna: oudedagsaanspraak). Indien de opbouw doorloopt tot 1 juli 2017 op basis van genoemde AMvB gaat het om handhaving van de op 30 juni 2017 opgebouwde rechten en kan afkoop of omzetting pas vanaf 1 juli 2017 plaatsvinden. Voor alle duidelijkheid: deze data kunnen nog verschuiven. De afkoop- en omzettingmogelijkheid geldt ook voor ingegane pensioenen. Een afgekocht of omgezet pensioen leidt niet tot een verhoging van de fiscale lijfrenteaftrek om een mogelijk ontstaan pensioentekort te repareren. Met andere woorden, inhaal in de derde pijler is niet mogelijk.

Bij de keuze voor het handhaven van de in eigen beheer opgebouwde rechten blijven de huidige fiscale regels gelden (zie art. 38n lid 1 Wet op de loonbelasting 1964). In deze situatie blijven de fiscale dividendtoets en het voor deze toets relevante verschil tussen de waarde in het economisch verkeer (wev) en de fiscale waarde bestaan. Voorts is van belang dat waardeoverdracht tussen eigenbeheerlichamen mogelijk blijft. Tot 1 januari 2020 heeft de DGA nog de mogelijkheid om de rechten alsnog af te kopen of om te zetten in een oudedagsaanspraak.

De afkoop of de omzetting vindt plaats tegen de fiscale waardering op het moment van afkoop of omzetting. Om afkoop extra aantrekkelijk te maken, wordt een korting verleend op de te belasten afkoopsom ter grootte van een percentage van de fiscale eindbalanswaarde 2015: 34,5% in 2017, 25% in 2018 en 19,5% in 2019. De regeling geldt alleen als het gehele pensioen wordt afgekocht of omgezet.

#### **4.1 Voorbeeld afkoop**

Een DGA, een alleenstaande man van 50 jaar, laat de BV zijn ouderdomspensioen van € 10.000 met pensioenleeftijd 65 op 1 april 2017 afkopen. De afkoopwaarde per die datum bedraagt € 62.000. De fiscale pensioenverplichting bedroeg op 31 december 2015 € 58.000. De korting op de te belasten afkoopwaarde bedraagt € 20.010 (34,5% x € 58.000). De te belasten afkoopwaarde bedraagt derhalve € 41.990 (€ 62.000 – € 20.010).

De afkoop of omzetting wordt bij wetsfictie voorafgegaan door het afstempelen, c.q. prijsgeven van pensioen, en wel van wev tot de fiscale waarde, dit alles zonder sancties (zie art. 38n lid 2 Wet op de loonbelasting 1964). Deze tweetrapsraket – eerst prijsgeven en vervolgens afkopen of omzetten – is mijns inziens overbodig. Men had de afkoopwaarde van de opgebouwde rechten ook direct – zonder poespas – aan de fiscale waarde kunnen gelijkstellen.

Ten slotte kan het voorkomen dat pensioen tegen de hoge commerciële waarde wordt overgedragen aan een BV waarvan de kinderen de aandelen bezitten. Afkoop of omzetting tegen de fiscale waarde leidt dan tot waardestijging van de aandelen, door het vrijvallen van het verschil tussen de commerciële en de fiscale waarde. Volgens de memorie van toelichting is er in deze situatie sprake van een schenking aan de kinderen.

#### **5. De oudedagsaanspraak nader bezien**

De oudedagsaanspraak is bij aanvang gelijk aan de fiscale waarde van het omgezette pensioen. De aanspraak wordt jaarlijks verhoogd met de marktrente, die bij ministeriële regeling aan het rendement zal worden gelijkgesteld. Deze marktrente geldt ook als rekenrente bij de fiscale waardering van de oudedagsverplichting (art. 10a.18 lid 2 Wet IB 2001). De waarde (in het economisch verkeer) van de oudedagsaanspraak is hiermee gelijk aan de fiscale waarde. De dividendtoets – die ook voor de oudedagsaanspraak blijft gelden – is door het wegvallen van het verschil tussen wev en fiscale waarde aanzienlijk minder beklappend.

De DGA heeft tot de AOW-leeftijd de tijd om de opgerente aanspraak fiscaal geruisloos om te zetten in een lijfrente bij een externe uitvoerder (art. 38p lid 1 Wet op de loonbelasting 1964). Na een dergelijke afstorting kan de ontstane lijfrente niet meer worden teruggehaald naar de BV. Vindt geen afstorting plaats, dan dient de aanspraak uiterlijk op de AOW-leeftijd in 20 jaar door de BV aan de DGA te worden uitgekeerd. Het is mogelijk de uitkeringen maximaal vijf jaar eerder te laten ingaan. In dat geval wordt de minimale uitkeringsduur van 20 jaar verlengd met het aantal jaren dat de uitkeringen eerder ingaan (art. 38p lid 2 Wet op de loonbelasting 1964).

De eerste jaaruitkering wordt vastgesteld door de hoogte van de aanspraak te delen door de uitkeringsduur. Elke volgende jaaruitkering is gelijk aan de resterende aanspraak – na uitkering en oprenting – gedeeld door de resterende uitkeringsduur. Dit betekent dat de uitkeringen jaarlijks toenemen met het oprentingspercentage. De oprenting wordt dan feitelijk gebruikt voor indexatie van de uitkering.

#### **5.1 Voorbeeld oudedagsverplichting**

Een DGA (leeftijd 57 jaar en 3 maanden) zet op 1 april 2017 zijn pensioen, met een fiscale balanswaarde van € 365.720, om in een oudedagsaanspraak. Na tien jaar oprenting met 0,9% is de aanspraak aangegroeid tot € 400.000. Omdat de AOW-leeftijd van 67 jaar en 3 maanden is bereikt, gaat de uitkering met een duur van 20 jaar in. De eerste jaaruitkering, die in haar geheel aan het begin van het jaar wordt uitgekeerd, bedraagt € 20.000 (€ 400.000/20 jaar). Als het oprentingspercentage gelijk blijft aan 0,9%, ziet het verloop van de uitkeringen en de waardeontwikkeling van de aanspraak er als volgt uit:

<i>jaar</i>	<i>beginstand</i>	<i>uitkering</i>	<i>oprenting</i>	<i>eindstand</i>
1	400.000	20.000	3.420	383.420
2	383.420	20.180	3.269	366.509
3	366.509	20.362	3.115	349.263
4	349.263	20.545	2.958	331.676
5	331.676	20.730	2.799	313.745
6	313.745	20.916	2.635	295.464
7	295.464	21.105	2.469	276.829
8	276.829	21.295	2.300	257.834
9	257.834	21.486	2.127	238.475
10	238.475	21.680	1.951	218.747
11	218.747	21.875	1.772	198.644
12	198.644	22.072	1.589	178.162
13	178.162	22.270	1.403	157.294
14	157.294	22.471	1.213	136.037
15	136.037	22.673	1.020	114.385
16	114.385	22.877	824	92.331
17	92.331	23.083	623	69.872
18	69.872	23.291	419	47.000
19	47.000	23.500	212	23.712
20	23.712	23.712	-	-

Vindt de omzetting van het pensioen plaats na de AOW-leeftijd, dan moet de uitkering direct ingaan en wordt de minimale uitkeringsduur van 20 jaar verkort met het aantal jaren dat de uitkeringen later ingaan. Het kan hier bijvoorbeeld gaan om de omzetting van een ingegaan pensioen.

De voorgestelde wettekst en toelichting blinken op het punt van de overlijdensuitkeringen niet uit in helderheid. Ik kom tot de volgende duiding. Als de DGA overlijdt voordat de uitkeringen zijn ingegaan, kunnen de erfgenamen – uitsluitend natuurlijke personen – het hun toekomende deel van de aanspraak afstorten en omzetten in een lijfrente bij een bank of verzekeraar. Vindt geen of deels geen afstorting plaats, dan dient de BV aan de erfgenamen die niet afstorten twintig jaar lang een uitkering te doen, ongeacht de leeftijd en de mate van verwantschap met de DGA. Vindt het overlijden van de DGA plaats nadat de uitkeringen bij de BV zijn ingegaan, dan worden de uitkeringen voor de resterende duur uitbetaald aan de erfgenamen (ook weer uitsluitend natuurlijke personen). Deze uitkeringen kunnen dan niet worden afgestort en omgezet in een lijfrente, althans zo lijkt het.

De eis dat de aanspraken op al dan niet ingegane uitkeringen moeten toekomen aan de erfgenamen van de DGA betekent mijns inziens niet dat (het deel van) de aanspraak ook erfrechtelijk dient te zijn verkregen. Indien de aanspraak bijvoorbeeld in een huwelijkse gemeenschap van goederen valt moet eerst de huwelijksgoederengemeenschap worden verdeeld voordat de nalatenschap kan worden bepaald. Als de aanspraak in dit kader wordt toebedeeld aan de langstlevende partner valt deze buiten de nalatenschap van de DGA. Deze partner verkrijgt de aanspraak dan niet in de hoedanigheid van erfgenaam maar omdat de partner in algemene zin wel erfgenaam is wordt voldaan aan de fiscale voorwaarden. Als de erfgenamen de aanspraken erfrechtelijk verkrijgen dan zijn deze volledig vrijgesteld van erfbelasting. Dit wordt bewerkstelligd door art. 32 lid 3 Successiewet 1956 (SW 1956) van overeenkomstige toepassing te verklaren op aanspraken ingevolge een oudedagsverplichting (art. 38p lid 3 Wet op de loonbelasting 1964) waardoor de vrijstelling van art. 32 lid 1 onderdeel 5 SW 1956 gaat gelden. Deze vrijstelling tast wel de algemene vrijstelling van de langstlevende partner aan (zie art. 32 lid 2 SW 1956).

Op verboden handelingen als afkopen of prijsgeven van de oudedagsaanspraak staan dezelfde sancties als nu voor pensioen gelden (zie art. 38p lid 2 Wet op de loonbelasting 1964). Ook het uitkeren na overlijden aan een erfgenaam/rechtspersoon is een verboden handeling en leidt tot belastingheffing

over de volledige oudedagsaanspraak bij de overleden persoon en tot verschuldigdheid van revisierente. Het restant van de aanspraak kan dan ineens worden uitgekeerd aan de rechtspersoon. Maar afkoop van de gehele aanspraak in de periode 2017-2019 is niet verboden en mag met toepassing van de kortingsregeling overeenkomstig art. 38o Wet op de loonbelasting 1964 plaatsvinden (art. 38p lid 5 Wet op de loonbelasting 1964).

## **6. Informatieplicht**

Binnen een maand na afkoop of omzetting dient de DGA via een daartoe bestemd formulier relevante informatie aan de Belastingdienst te leveren, zoals: de fiscale waarde en wev op het moment van afkoop en de fiscale balanswaarden aan begin en einde van het boekjaar dat in 2015 eindigt. Het informatieformulier dient ook door de (gewezen) partner te worden ondertekend, hetgeen tevens als blijk van instemming geldt. De informatieplicht zal worden vastgelegd in een nog te verschijnen AMvB (op grond van de delegatiebepaling van art. 38n lid 5 Wet op de loonbelasting 1964). Let op! Het niet (tijdig) voldoen aan de informatieplicht betekent dat de wev van de gehele pensioenaanspraak in één keer als loon uit vroegere dienstbetrekking wordt belast en dat revisierente is verschuldigd!

## **7. Instemming partner**

De partner van de DGA moet schriftelijk instemmen met de afkoop of omzetting van het pensioen (art. 38n lid 4 Wet op de loonbelasting 1964). Dit is een harde fiscale eis. De partner is de echtgenoot, geregistreerd partner of de partner in de zin van de pensioenovereenkomst. Degene met wie de DGA ongehuwd samenwoont, kan in de pensioenovereenkomst als partner (voor het partnerpensioen) zijn aangewezen en kan dus de afkoop of omzetting tegenhouden. Omvat de pensioenovereenkomst alleen ouderdomspensioen, dan is de samenlevingspartner niet als partner aangewezen en is geen instemming vereist. De echtgenoot/geregistreerd partner moet in die situatie wel akkoord gaan.

Ook de gewezen partner die ten gevolge van een scheiding recht heeft gekregen op bijzonder partnerpensioen en/of een deel van het ouderdomspensioen ten gevolge van pensioenverevening – het gaat dus om de situatie waarin de rechten bij scheiding niet zijn afgestort bij een verzekeraar – moet schriftelijk instemmen.

De bedoeling van het fiscale instemmingsvereiste is om de rechten van de partner te beschermen en hem of haar bewust te maken van de gevolgen van afkoop of omzetting van het pensioen. Op basis van de parlementaire stukken lijkt de wetgever onder rechten van de gehuwde partner te verstaan: het partnerpensioen en de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen. Het laatste is verbazingwekkend, omdat de partner pas bij een scheiding, ten gevolge van toepassing van de Wvps, recht kan krijgen op een deel van het ouderdomspensioen.

Art. 3a lid 6 Wvps schrijft voor dat alleen voor vermindering van het partnerpensioen instemming van partner nodig is, om precies te zijn van de echtgenoot/geregistreerd partner en niet van de samenlevingspartner. Het fiscale instemmingsvereiste gaat dus veel verder dan de civielrechtelijke wetgeving. De vraag is of het een taak is van de fiscale wetgever om de positie van de partner te versterken. Wiebes laat het hier niet bij. Hij is ook van mening dat de partner van de DGA, staande het huwelijk, recht heeft op compensatie als de DGA het pensioen afkoopt of omzet in een oudedagsaanspraak. De staatssecretaris heeft daarbij de suggestie gedaan dat daartoe huwelijkse voorwaarden moeten worden opgesteld of gewijzigd. Wiebes heeft zelfs gesuggereerd dat het achterwege blijven van compensatie tot een belaste schenking kan leiden van de partner aan de DGA. Naarmate de parlementaire behandeling vorderde krabbelde Wiebes enigszins terug. Er zou niet direct bij afkoop of omzetting een compensatie hoeven plaats te vinden. Hij doet de suggestie dat de afspraak kan worden gemaakt dat bij een eventuele scheiding aan de partner een bedrag toekomt dat gelijk is aan de waarde van de rechten die zouden voortvloeien uit een (fictieve) scheiding op moment van afkoop of omzetting. Voorts stelt Wiebes dat in geval van een huwelijk in algemene gemeenschap van goederen of wanneer sprake is van huwelijkse voorwaarden met een finaal verrekenbeding het achterwege blijven van compensatie niet tot een belaste schenking leidt. Een gedegen onderbouwing van dit standpunt ontbreekt.

## **8. Van wie is het pensioen staande het huwelijk?**

De DGA is, staande het huwelijk, juridisch eigenaar van zowel het ouderdoms- als partnerpensioen. De pensioenaanspraken verkrijgt hij uit hoofde van de pensioenovereenkomst c.q. aanvullende arbeidsovereenkomst die hij en zijn werkgever (de BV waarin hij direct of indirect 10% van de aandelen bezit) hebben gesloten. Het is zonder meer duidelijk dat de DGA rechthebbende is van het ouderdomspensioen. Het feit dat bij een echtscheiding de partner – ten gevolge van toepassing van de Wvps – recht kan krijgen op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen doet hieraan niets af.

Het partnerpensioen is een aanspraak van de DGA ten behoeve van zijn partner. De partner is geen contractspartij bij de pensioenovereenkomst. Ook het voor akkoord tekenen van de pensioenovereenkomst – dat in de praktijk vaak voorkomt – maakt de partner niet tot contractspartij. De toekenning van het partnerpensioen in de pensioenovereenkomst kan weliswaar als een derdenbeding (art. 6:253 BW) worden opgevat, maar de partner wordt pas contractspartij als hij of zij het beding heeft aanvaard (art. 6:254 BW) door middel van een verklaring gericht tot een van de beide andere betrokkenen (art. 6:253 lid 3 BW). Een dergelijke aanvaarding vindt doorgaans plaats als de DGA is overleden en de partner het partnerpensioen bij de BV gaat opeisen. Pas dan ontstaat er voor de partner een vordering c.q. eigendomsrecht.

Mogelijk is hier het algemene verzekeringsrecht (titel 17 boek 7 BW) van toepassing. De pensioenovereenkomst kan dan mede als verzekeringsovereenkomst worden beschouwd. Het pensioen van de DGA voldoet aan de definitie van levensverzekering (art. 7:975 BW). Voor het partnerpensioen zijn dan de regels omtrent aanvaarding van begunstiging van belang, die voorrang hebben op de aanvaardingsregels van art. 6:253 BW (*lex specialis derogat legi generali*). Uit art. 7:969 BW vloeit voort dat de partner van de DGA de begunstiging slechts schriftelijk kan aanvaarden door een tot de verzekeraar (de pensioenuitvoerende BV) gerichte verklaring. Als de aanvaarding tijdens het leven van de DGA plaatsvindt, zou de DGA als verzekeringnemer richting de verzekeraar schriftelijk met de aanvaarding moeten instemmen. Praktijk is dat aanvaarding pas na het overlijden van de DGA plaatsvindt en dat er dan dus een vordering voor de partner ontstaat. Het verzekeringsrecht en de regels omtrent aanvaarding van een derdenbeding leiden dus tot dezelfde conclusie: pas na overlijden ontstaat er voor de partner een eigen recht.

De beschikkingsvrijheid van de DGA ten aanzien van zijn eigendom – de aanspraak op partnerpensioen – wordt beperkt door het reeds genoemde art. 3a lid 6 Wvps. Als de DGA bijvoorbeeld de aanspraak op partnerpensioen wil uitruilen voor extra ouderdomspensioen kan dat niet zonder instemming van de echtgenoot. Is sprake van een samenlevingspartner dan kan uitruil – wettelijk gezien – zonder instemming van de partner plaatsvinden.

Omdat de pensioenrechten – zowel het ouderdoms- en partnerpensioen – eigendom zijn van de DGA, zie ik geen grond om de partner compensatie te bieden indien de DGA zijn pensioen afkoopt of omzet in een oudedagsaanspraak. Het enige waar een DGA toe verplicht zou kunnen zijn – vanuit de huwelijkse zorgplicht (art. 1:81 BW) – is het regelen van een alternatieve overlijdensvoorziening vanwege het wegvallen van het partnerpensioen in eigen beheer bij afkoop of omzetting. Een dergelijke alternatieve overlijdensvoorziening kan bijvoorbeeld de vorm hebben van een partnerpensioen dat wordt verzekerd bij een professionele verzekeraar of een overlijdensrisicoverzekering die bij overlijden van de DGA voorziet in een eenmalige uitkering aan de partner. Ook zie ik geen aanleiding om staande het huwelijk, wanneer er geen enkel zicht is op een scheiding, compensatie te bieden voor het wegvallen van een mogelijke pensioenverevening bij een eventuele scheiding. Staat er een scheiding voor de deur, dan ligt de zaak anders en kan er bij het achterwege blijven van compensatie sprake zijn van bedrog of dwaling.

## **9. Schenkingsaspecten van uitfasering staande het huwelijk**

Het fiscale begrip schenking sluit aan bij het civiele recht: schenking is een gift in de zin van art. 7:186 lid 2 BW of het voldoen aan een natuurlijke verbintenis in de zin van art. 6:3 BW (art. 1 lid 1 sub 7 SW 1956). Als er sprake is van verarming van de een en een verrijking van de ander en dit voorkomt uit vrijgevigheid (bevoordelingsbedoeling) dan leidt dit tot een belaste schenking. Het voldoen aan een natuurlijke verbintenis is overigens vrijgesteld van schenkingsrecht. Om te beoordelen of er bij het afkopen of omzetten in een oudedagsaanspraak sprake kan zijn van een belaste schenking, gaan we gemakshalve uit van de situatie dat de DGA enig aandeelhouder is van de pensioenuitvoerende BV, en er geen compensatie voor de partner wordt geregeld. Voorts is van belang vast te stellen dat pensioenrechten waarop de Wvps van toepassing is, en met die pensioenrechten verband houdende rechten op nabestaandenpensioen, niet tot de goederengemeenschap behoren (art. 1:94 lid 2 onderdeel b BW). De pensioenrechten vormen dus – ook als sprake is van algehele gemeenschap van goederen – privévermogen van de DGA. De staatssecretaris lijkt er daarentegen vanuit te gaan dat een deel van de pensioenrechten tot het privévermogen van de echtgenoot van de DGA behoort. Overigens reppen de parlementaire stukken met geen woord over art. 1:94 BW.

### ***9.1 Algehele gemeenschap van goederen***

Als de DGA zijn pensioen laat afkopen transformeert het pensioen gedeeltelijk – een deel gelijk aan de fiscale waarde – in een salarisbetaling (de afkoopsom). Salarisbetalingen vormen geen schenking. De netto-afkoopsom vloeit in de gemeenschap. Daarnaast kan het afstempelen van het pensioen tot het niveau van de fiscale waarde leiden tot een waardestijging van de aandelen. Omdat de aandelen deel uitmaken van de gemeenschap profiteert de echtgenoot van de DGA van deze waardestijging, die ten koste gaat van het privévermogen van de DGA waarin het pensioen zich in zijn oorspronkelijke vorm bevond. Men zou hier een schenking in kunnen zien. Dit geldt ook indien het pensioen niet wordt afgekocht maar omgezet in een oudedagsaanspraak. Het pensioen (privévermogen van de DGA) wijzigt gedeeltelijk in een oudedagsaanspraak die in de gemeenschap valt. Dus ook hier heeft de partner voordeel. De staatssecretaris heeft echter aangegeven dat er bij algehele gemeenschap van goederen nimmer sprake is van een schenking ongeacht de gekozen wijze van uitfasering.

### ***9.2 Periodiek verrekenbeding***

Als sprake is van een periodiek verrekenbeding zal de afkoopsom van het pensioen in het algemeen onder het inkomensbegrip van het verrekenbeding vallen. De partner komt dan de helft van de netto-afkoopsom toe. Een dergelijke verrekening vormt geen schenking. De eventuele waardestijging van de aandelen ten gevolge van afstempeling is een vermogensverschuiving die binnen het privévermogen van de DGA plaatsvindt. Vindt geen afkoop maar omzetting in een oudedagsaanspraak plaats dan is eveneens sprake van een vermogensverschuiving c.q. heretikettering van vermogensbestanddelen binnen het privévermogen van de DGA. Deze vermogensverschuivingen binnen het privévermogen vormen uiteraard geen schenking. Overigens zou het achterwege blijven van compensatie voor de partner in deze situatie volgens de staatssecretaris tot een belaste schenking kunnen leiden. Maar dit standpunt is gebaseerd op de in mijn ogen onjuiste veronderstelling dat de echtgenoot staande het huwelijk eigen rechten heeft.

### ***9.3 Finaal verrekenbeding***

Als sprake is van een finaal verrekenbeding vinden er alleen verschuivingen/heretiketteringen plaats binnen het privévermogen van de DGA. Van een schenking kan dan geen sprake zijn. Ook volgens de staatssecretaris is bij finale verrekenbedingen nimmer sprake van een schenking. Hoe hij tot deze conclusie is gekomen is onduidelijk. Immers, in zijn visie vindt er een verschuiving plaats van het privévermogen van de echtgenoot van de DGA naar het privévermogen van de DGA.

## **10. Uitfasering na een echtscheiding**

De situatie ligt anders indien pensioenverdeling bij echtscheiding heeft plaatsgevonden en de rechten van de ex-echtgenoot van de DGA niet zijn afgestort bij een professionele verzekeraar. De ex-echtgenoot van de DGA heeft bij de scheiding een bijzonder partnerpensioen ter grootte van het opgebouwde partnerpensioen verkregen (zie art. 3a lid 2 Wvps). Dit bijzonder partnerpensioen is een 'eigen recht' van de ex-echtgenoot van de DGA. Daarnaast kan de ex-echtgenoot van de DGA bij toepassing van de Wvps jegens de BV recht hebben gekregen op uitbetaling van een deel van het door de DGA opgebouwde ouderdompensioen (voorwaardelijk ouderdompensioen). Het bijzonder partnerpensioen en het voorwaardelijk ouderdompensioen kunnen derhalve als eigendom van de ex-echtgenoot worden beschouwd. Indien de DGA het pensioen wil afkopen of omzetten in een oudedagsaanspraak komen het bijzonder partnerpensioen en het voorwaardelijke ouderdompensioen te vervallen terwijl de afkoopsom of de oudedagsaanspraak geheel ten goede komen aan de DGA. Het is in deze situatie niet meer dan logisch dat de gewezen echtgenoot compensatie krijgt voor het vervallen van zijn of haar rechten. Hoewel de afkoop of omzetting tegen de fiscale waarde plaatsvindt zal de compensatie op basis van de waarde in het economisch verkeer dienen te geschieden. Het toekennen van compensatie kan er voor de toepassing van de inkomstenbelasting toe leiden dat sprake is van 'verrekening van pensioenrechten', hetgeen leidt tot een persoonsgebonden aftrekpost voor de betaler (art. 6.3 lid 1 onderdeel d Wet IB 2001) en belastbaar inkomen voor de ontvanger (art. 3.102 lid 3 onderdeel b Wet IB 2001). Het achterwege blijven van compensatie kan tot een belaste schenking leiden.

Indien het bijzonder partnerpensioen en/of voorwaardelijk ouderdompensioen zijn omgezet in een zelfstandig ouderdompensioen ten behoeve van de ex-echtgenoot van de DGA (conversie) wordt het geconverteerde pensioen apart behandeld. De ex-echtgenoot van de DGA kan dan ook gebruikmaken van de uitfaseringsmogelijkheden die het overgangsrecht biedt: afkopen of omzetten in een oudedagsaanspraak. Er moet dan wel overeenstemming met de BV van de DGA worden bereikt. Overigens zal deze situatie – conversie terwijl er geen afstorting heeft plaatsgevonden – zich in de praktijk niet vaak voordoen. Wat in de praktijk wel voorkomt is dat conversie plaatsvindt en het geconverteerde pensioen wordt afgestort in een eigen BV van de ex-echtgenoot van de DGA. De ex-echtgenoot van de DGA kan in dat geval eenvoudig met de eigen BV afspraken maken over afkoop of omzetting.

## **11. Ten slotte**

Het fiscale instemmingsvereiste brengt mee dat de DGA zijn in eigen beheer opgebouwde pensioen niet buiten de partner om kan uitfaseren. Dit betekent echter niet dat de partner staande een relatie of huwelijk recht heeft op compensatie. De enige verplichting die mijns inziens uit het familierecht (de huwelijkse zorgplicht van art. 1:81 BW) voortvloeit is het zorgen van een alternatieve overlijdensvoorziening vanwege het wegvallen van het partnerpensioen in eigen beheer bij afkoop of omzetting. Daarnaast zal er bij de uitfasering staande het huwelijk niet snel sprake zijn van een belaste schenking.