

17 Uitfasering pensioen in eigen beheer in werking

Het gat tussen de fiscale waarde van de pensioenverplichting in de eigen vennootschap en de waarde in het economische verkeer is zo groot geworden dat het kabinet heeft besloten dit ongeleide projectiel een halt toe te roepen. Dat gebeurt door in fiscaal opzicht verdere opbouw te verbieden en fiscaal te faciliteren dat van het pensioen als zodanig afscheid wordt genomen. Het wetsvoorstel uitfasering pensioen in eigen beheer is met een hobbel ook door de Eerste Kamer aangenomen waardoor de datum van invoering van de nieuwe wettelijke regeling is verschoven naar 1 april 2017 (Wet van 8 maart 2017, *Stb.* 2017, 115; *Kamerstukken* 34 555).

Eerder hebben de auteurs in dit tijdschrift over het wetsvoorstel bericht in *FBN* 2016, nrs. 44, 54, 67 en in 2017, nrs. 4 en Kooiman in nr. 5. De eindstand kan nu worden opgemaakt en dat moet ook, want er dient ten aanzien van het pensioen in eigen beheer op korte termijn te worden gehandeld om fiscaal onheil te voorkomen.

Inleiding

Sinds het afgelopen najaar hebben wij aan honderden notarissen mogen vertellen over de nieuwe regels inzake de uitfasering van het pensioen in eigen beheer (hierna ook: PEB). Daarbij riepen we de notaris op zich in deze materie te verdiepen, omdat er kansen voor het notariaat zouden komen om zijn toegevoegde waarde te etaleren.

Het was leuk om te ervaren dat de interesse na verloop van tijd toenam. Daarbij helpt het zeker dat belangenorganisaties van accountants en belastingadviseurs hun leden hebben opgeroepen vooral langs de notaris te gaan, want de vereiste onafhankelijkheid zou in gevaar komen. Je kunt immers niet voor één regeling (het pensioen in eigen beheer) de BV en de directeur/groootaandeelhouder en diens (ex-)partner dienen.

De nieuwe wettelijke regeling

Hierna zetten wij de voor het notariaat belangrijkste elementen van de nieuwe regeling op een rij.

1. Alleen verdere opbouw wordt verboden

Om een misverstand weg te werken merken we allereerst op dat het pensioen in eigen beheer niet wordt afgeschaft, het gaat om de (verdere) opbouw van het pensioen die niet meer mogelijk is doordat in artikel 19a Wet op de loonbelasting 1964 is opgeno-

men dat een eigen lichaam niet langer als toegestane verzekeraar kwalificeert. Als de directeur/groootaandeelhouder (hierna: dga) pensioen wil opbouwen dan moet dit vanaf 1 april 2017 gebeuren bij een professionele pensioenverzekeraar. Als de dga de opbouw stopzet en blijft zitten zoals hij zit, dan kan dat.

2. Fiscale sanctie

Op straffe van een grote fiscale sanctie moet op 1 juli 2017 vaststaan dat het pensioen in eigen beheer niet verder wordt opgebouwd. Dit betekent dat op die datum de pensioenbrief moet zijn aangepast; dat is een onderdeel van de arbeidsovereenkomst met de dga en dus moet daartoe in een algemene vergadering van aandeelhouders worden besloten. De opbouw van het pensioen moet worden bevroren, het pensioen wordt premievrij gemaakt.

Gebeurt dit niet, dan is er sprake van een zogenaamde onzuivere pensioenregeling, de fiscale omkeerregel werkt niet, waardoor de gehele aanspraak belast is naar het progressieve tarief van de inkomstenbelasting in box 1 (met voorheffing van loonbelasting), vermeerderd met 20% revisierente.

De regeling is zo in elkaar gezet dat per 1 april 2017, met een overgangstermijn van drie maanden (Besluit 2017-7412 van 22 maart 2017), dus uiterlijk op 30 juni 2017, de pensioenregeling moet zijn aangepast aan de nieuwe wet- en regelgeving voor pensioen in eigen beheer. Na die datum is het volgens de fiscale pensi-

oenregels niet meer mogelijk pensioen in eigen beheer op te bouwen (dus: groter te laten worden).

Detail: verhoging van het (inmiddels premievrije) pensioen op grond van een bestaande indexatie is wel mogelijk.

Let op dat deze regels ook verhinderen om na 30 juni 2017 pensioenvermogen dat niet in het eigenbeheerlichaam is ondergebracht, naar dat lichaam over te hevelen. Dit is belangrijk omdat het plan kan opkomen bij de afwikkeling van de afstempeling (zie hierna) ook pensioenvermogen te betrekken dat buiten het eigen lichaam is ondergebracht. Dit kan dienstig zijn om de financiering rond te krijgen voor een afkoop. De mogelijkheid van overheveling van vermogen naar de BV bestaat dus, maar dan moet je dat wel uiterlijk op 30 juni 2017 hebben geregeld. Even precies: deze overheveling hoeft niet te zijn gerealiseerd op 1 juli, maar het verzoek tot deze transactie moet bij de verzekeraar wel voor die datum zijn ingediend.

3. Afstempeling

Na aldus verplicht te zijn overgegaan naar een bevestiging van het pensioen in eigen beheer komt de vraag op hoe te reageren op het (in beginsel verleidelijke) aanbod van de fiscale wetgever om belastingvrij het verschil tussen de lage fiscale balanswaarde en de hoge commerciële waarde van de pensioenverplichting weg te nemen. Daar zit al gauw een factor twee tot drie verschil tussen door de lage rente die feitelijk wordt gemaakt en de hoge 4% rente waarmee volgens de wet fiscaal moet worden gerekend. Hierbij komt nog dat met de almaar stijgende leeftijd waarop het pensioen eindigt (de gerechtigde overlijdt), fiscaal geen rekening mag worden gehouden. Voor de getalzwakken onder ons: de waarde in het economische verkeer is de hoge waarde. Anders gezegd, aangeboden wordt fiscaal geruisloos de pensioenverplichting af te boeken van de hoge commerciële waarde in het economische verkeer naar de lage fiscale balanswaarde. Het moge duidelijk zijn dat daardoor het pensioen navenant wordt verkleind.

4. Vervolg op afstempeling

Van de hiervoor bedoelde mogelijkheid tot afstempeling kan gebruik worden gemaakt tot en met ultimo 2019. Als dit gebeurt, dient (verplicht) direct daarop aansluitend een keuze te worden gemaakt tussen afkoop van het pensioen (belast zonder de 20%-revisierente en met toepassing van een korting op de te belasten waarde) of omzetting van de aanspraak in een zogenaamde oudedagsverplichting. Het kabinet streeft naar een zo spoedig mogelijke afhandeling; daarom is de bedoelde korting groter naar mate eerder wordt afgekocht. Gedeeltelijk beide mogelijkheden gebruiken

is niet toegestaan, het is of afkoop of omzetting.

5. Afkoop

Dit is duidelijk: met de afkoop komt er in plaats van pensioenuitkeringen over de jaren heen in één keer een bedrag bij de gerechtigde in privé binnen. Het kapitaal waartegen wordt afgekocht is overigens de fiscale boekwaarde van de pensioenverplichting, er is immers zo juist 'afgestempeld', dit is nog de enige waarde van het pensioen, het onderscheid tussen fiscale en commerciële waarde is vervallen. Het betreft overigens de fiscale waarde per 31 december 2015 (!). Dit is zo bepaald om oneigenlijk gebruik tegen te gaan (nog snel even de verplichting in eigen beheer vergroten en daarna met korting afkopen).

Iets anders is de opmerking hiervoor gemaakt inzake het overhevelen naar het eigenbeheerlichaam van pensioenvermogen dat elders is ondergebracht. De verplichting voor de BV blijft ongewijzigd, het is slechts zo dat een deel van het dekkingskapitaal veiligheidshalve 'buiten boord' was gebracht en dat wordt nu teruggehaald, bijvoorbeeld om de afkoop te kunnen betalen.

6. Oudedagsverplichting

Deze wijze van uitkeren van wat eerder pensioen was, heeft veel weg van een stelsel dat we kennen als bancaire oudedagslijfrente. Het beschikbare kapitaal wordt omgezet in een tijdelijke vaste uitkering die niet afhankelijk is van een leven. In grote lijnen geldt dat het kapitaal vanaf de AOW-leeftijd in 20 gelijke jaarlijkse termijnen wordt uitgekeerd. Een kapitaal van € 300.000 wordt dus uitbetaald in 20 jaarlijkse uitkeringen van € 15.000. Dat het ook anders kan (bijvoorbeeld iets eerder dan de AOW-leeftijd starten met uitbetalen, waarbij de 20 jaar wordt verlengd met de jaren voor de AOW-leeftijd), laat ik hier onbesproken. Als de gerechtigde overlijdt voor de datum waarop de uitkeringen stoppen, dan gaan de resterende uitkeringen over op de erfgenamen, waarbij de oorspronkelijk gerechtigde kan bepalen wie van hen de gelukkige is. In de praktijk blijkt grote belangstelling te bestaan voor afstempeling van het pensioen en omzetting van het kapitaal in de oudedagsverplichting. Een praktische toepassing is om de termijnen na overlijden binnen de 20 jaar aan de partner te laten toekomen. Je zet dan de ene voorwaardelijke aanspraak van de partner om in een andere voorwaardelijke aanspraak. Immers steeds geldt dat de partner moet leven als de gerechtigde overlijdt, terwijl de situatie bij echtscheiding niet anders is geworden. In voorkomend geval kan een contract worden gesloten met een toekenning van de eventueel resterende termijnen, waarbij de erfgenamen als zodanig de verplichting hebben voor

de doorbetaling zorg te dragen.

7. Buitenland

Ook buitenlandse belastingplichtigen kunnen van de hiervoor beschreven mogelijkheden gebruikmaken. Als er bij de emigratie een conserverende aanslag is opgelegd en die door het verstrijken van de termijn nog niet volledig is kwijtgescholden, dan zal de afkoop dan wel omzetting in de oudedagsverplichting strijd opleveren met de voorwaarden voor het verleende uitstel van betaling. Hiervoor is een regeling getroffen, want het is niet de bedoeling dat voor buitenlands belastingplichtigen een extra drempel wordt opgeworpen voor de uitfasering van het pensioen in eigen beheer. Punt is dan wel hoe de andere mogelijkheid hiermee omgaat. Voor deze bijdrage voert het te ver deze kwestie nader te beschrijven.

8. Instemming partner

Voor de beschreven afstempeling, afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting is steeds de schriftelijke instemming van de partner vereist. Met partner wordt bedoeld de persoon die als zodanig is gedefinieerd in artikel 1 van de Pensioenwet. Merk op dat dit ook de ex-partner betreft. Voor deze schriftelijke instemming is door de Belastingdienst een formulier ontworpen. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage is een nieuwe versie hiervan gepubliceerd. Deze kunt u downloaden via de website van de Belastingdienst en zoeken onder: 'informatieformulier afkopen pensioen in eigen beheer'.

9. Tijdlijn

Het vorenstaande nog eens in een tijdspad weergegeven: vóór 1 juli 2017 moet de opbouw van het pensioen zijn stopgezet. De fiscale faciliteit ter zake van de uitfasering (afstempeling gevolgd door afkoop of omzetting) loopt tot en met het kalenderjaar 2019. Het is ter zake van de fiscale faciliteit dat de instemming van de partner vereist is. De dga heeft dus nog even om daarover na te denken.

10. Compensatie partner

Wellicht het lastigste element van de nieuwe wettelijke regeling is de compensatie van de partner. Het is evident dat de verkleining van het pensioen door de afstempeling aan de partner duidelijk moet worden gemaakt, wil deze aan de instemming kunnen worden gehouden. De compensatie die de partner al dan niet wordt toegekend, dient adequaat te zijn. Ik beveel aan dat de notaris zich met deze materie niet inlaat anders dan op basis van een cijfermatige berekening van een

gecertificeerde actuariële deskundige. Een belangrijk element hierbij is de waardestijging van de aandelen van de BV omdat de vennootschap door de afstempeling een belangrijk deel van haar verplichting verliest. De aandelen worden dus meer waard en dat beïnvloedt de compensatie. Hierbij moet overigens de financiële gegoedheid van de BV worden betrokken, met name als de BV 'onder water' staat.

Het is mogelijk dat de pensioengerechtigde en de partner besluiten om de vermindering van de voorwaardelijke pensioenaanspraak van de partner niet te compenseren. Dan kan een vaststellingsovereenkomst goede diensten bewijzen om vast te leggen waarom hiertoe is besloten. Let er op dat een vaststellingsovereenkomst alleen betekenis heeft als daardoor een bepaalde onzekerheid wordt beëindigd. De onzekerheid kan naar mijn mening worden gevonden in de voorwaardelijkheid van de aanspraak en in de financiële gegoedheid van het eigenbeheerlichaam.

Als partijen zijn gehuwd, kan een regeling inzake de compensatie voor de vermindering van de pensioenaanspraak worden opgenomen in de huwelijkse voorwaarden.

11. Schuilt er in de compensatie een schenking?

Door de afstempeling van de pensioenverplichting vinden er vermogensverschuivingen plaats. Immers het pensioen wordt minder waard en de aandelen in het kapitaal van het eigenbeheerlichaam worden meer waard doordat het lichaam bevrijd wordt van een deel van zijn pensioenverplichting. De partner moet instemming verlenen met de gang van zaken en zij (of hij, wij gebruiken verder 'zij') zal een adequate compensatie moeten krijgen voor het feit dat het pensioen zo wordt verkleind. Hierbij dient de lezer zich bewust te zijn dat die compensatie fors kan uitpakken. In een voorbeeld: de partner heeft recht op 50% van het ouderdomspensioen en op 100% van het weduwepensioen; rekening houdend met de leeftijd van de betrokken personen wordt actuariële berekend dat de partner recht heeft op 65% van de pensioenaanspraken. Daarnaast speelt dat de aandelen in het lichaam meer waard worden en dan dient dus te worden bezien bij wie dat voordeel terecht komt.

Daarna volgt de vraag volgens welke rekenmethodiek de waarde van de pensioenaanspraak wordt berekend. Is dat volgens de netto (lage) fiscale balanswaarde of de bruto (hoge) commerciële waarde?

Een volgende parameter is de vermogenspositie van het lichaam. Heeft de BV wel voldoende vermogen om de hoge commerciële waarde daadwerkelijk uit te keren? Als de middelen onvoldoende zijn, spreken deskundigen over onderdekking. De Hoge Raad heeft beslist dat een partner meedeelt in een onderdekking.

Een eventueel tekort moet namelijk worden gedeeld volgens het uitgangspunt dat de aanspraken van de echtelieden zoveel mogelijk in dezelfde mate zijn verzekerd; HR 14 april 2017 (ECLI:NL:HR:2017:693). Zeker als de echtelieden niet in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd, kan er bij onvoldoende compensatie sprake zijn van een met schenkbelasting belaste schenking. Eens te meer een argument om in deze zaken niet te adviseren als er niet een schriftelijk rapport van een erkende pensioenkundige aan ten grondslag ligt.

Drs. Ingrid Leene-Hoedemaeker MPLA MfN

Prof. dr. J.P.M. Stubbé

*Hoogleraar Universiteit van Amsterdam, FBN juristen
Amsterdam*