

## 4 Wetsvoorstel uitfasering pensioen in eigen beheer nu met Novelle

Werkelijk op het laatste moment realiseerde de staatssecretaris van Financiën zich dat in het wetsvoorstel uitfasering pensioen in eigen beheer een element school dat hem niet beviel. Het betrof de aftrek in de vennootschapsbelasting van de lasten van de toekomstige indexatie van de opgebouwde pensioenaanspraken op het moment van afkoop van het pensioen of de omzetting daarvan in een oudedagsverplichting.

In deze bijdrage wordt verslag gedaan van de stand van zaken en wordt aandacht besteed aan de vastlegging van de afspraak tussen de pensioengerechtigde en diens partner.

Eerder werd in dit tijdschrift over het wetsvoorstel *Wet uitfasering pensioen in eigen beheer* bericht in *FBN 2016*, nrs. 44, 54 en 67.

### Novelle

Het wetsvoorstel *Wet uitfasering pensioen in eigen beheer* is door de Tweede Kamer aangenomen, maar de stemming in de Eerste Kamer is op verzoek van staatssecretaris Wiebes aangehouden tot een nader te bepalen datum. Naar verwachting wordt dat 7 maart 2017. Op 23 januari jongstleden is een Novelle gepubliceerd (*Kamerstukken 34662*) waarin bij wijze van aanvullende wet wordt geregeld dat als het oorspronkelijke wetsvoorstel (*Kamerstukken 34555*) tot wet wordt verheven, deze direct wordt gewijzigd conform hetgeen in deze Novelle is opgenomen.

In de Novelle geeft staatssecretaris Wiebes onder andere een verduidelijking van de fiscale behandeling van indexatielasten bij afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting van het pensioen in eigen beheer. Deze wijziging is voor de notariële praktijk op zich niet echt spannend.

De Novelle bepaalt dat de oorspronkelijke wet van kracht wordt op de eerste dag van de eerste maand na de datum van uitgifte van het *Staatsblad* waarin zij wordt geplaatst.

Als de Tweede Kamer akkoord gaat, is de stemming in de Eerste Kamer gepland op 7 maart 2017. De ingangsdatum van de wet is dus op zijn vroegst 1 april 2017.

Indien dit lukt wordt de overgangstermijn van drie maanden die is gegeven voor het opstellen van de notulen van de aandeelhoudersvergadering van de BV

inzake de staking van de opbouw van het pensioen in eigen beheer verlengd naar 1 juli 2017. In alle andere gevallen schuift de termijn op tot drie maanden na de datum waarop de wet van kracht wordt.

Het terughalen naar de BV van (gedeeltelijk) extern verzekerde pensioenen van de directeur-grotoaandehouder kent eenzelfde verlenging.

### Afstempelen van pensioenrechten

Voorafgaand aan de keuze voor de mogelijkheid van afkoop van de pensioenvoorziening dan wel de mogelijkheid de pensioenvoorzieningen om te zetten in een oudedagsverplichting, wordt de commerciële waarde van de verplichting inzake de feitelijk opgebouwde pensioenaanspraken in eigen beheer afgewaardeerd tot de hoogte van de fiscale voorziening. Dit heeft consequenties voor de hoogte van de aanspraken op ouderdoms- en nabestaandenpensioen. Die aanspraken zullen hierdoor fors naar beneden worden bijgesteld. De 'nieuwe' commerciële waarde is dus gelijk aan de 'oude' fiscale voorziening. Over dit alles kunt u meer lezen in de eerdere publicaties in dit tijdschrift, namelijk in *FBN 2016*, nrs. 44, 54 en 67.

Het is belangrijk om te weten welke pensioenaanspraken er prijsgegeven worden. Indien de waarde die nodig is om pensioenaanspraken daadwerkelijk levenslang te kunnen uitkeren, wordt verlaagd dient de hoogte van die aanspraken naar beneden te worden bijgesteld. De prijsgegeven pensioenrechten en daarmee de waarde die deze rechten vertegenwoordigt

gen zijn de basis voor de beoordeling of en zo ja hoeveel er jegens een (ex-)partner gecompenseerd moet worden.

De waardering van de prijsgegeven pensioenaanspraken is een richtlijn voor de compensatie voor de (ex-)partner van de pensioengerechtigde voor zover die aan de orde is. De berekening die daaraan ten grondslag ligt dient door een pensioensdeskundige gemaakt te worden en zou naar onze mening onderdeel moeten zijn van ieder dossier van de notaris op dit terrein. Tevens dient het dossier een verklaring te bevatten van partijen dat zij zich bewust zijn van het feit dat deze aanspraken prijsgegeven zijn.

### Wie kwalificeert als partner?

In het voorgestelde nieuwe artikel 38n lid 4 Wet op de loonbelasting 1964 staat dat de (ex)partner schriftelijk toestemming moet geven voor afkoop of omzetten in een oudedagsverplichting van de bestaande pensioenverplichting. De staatssecretaris heeft op deze manier getracht in een fiscale wet een juridisch probleem op te lossen (namelijk het effect van de fiscale regeling op de rechten van de partner).

Met de partner wordt in het wetsvoorstel de partner bedoeld, zoals deze in artikel 1 van de Pensioenwet is gedefinieerd. Dat is de echtgenoot, de geregistreerde partner of de partner in de zin van de pensioenovereenkomst. De kwalificatie van de partner is dus afhankelijk van hetgeen in de pensioentoezegging is opgenomen.

In veel gevallen is de modelpensioenbrief van de belastingdienst als toezegging gehanteerd. De definitie van het partnerbegrip in deze modelpensioenbrief is zeer ruim, met name de definitie van de ongehuwde partner van de directeur-grotaandeelhouder. De kwalificerende (ex-)partner heeft pensioenrechten die bij afkoop of omzetten gecompenseerd moeten worden. Daarnaast moet ook de ex-partner tekenen dat hij of zij instemt met de afkoop of omzetting.

Het traceren en betrekken van de ongehuwde (ex-)partners vormt een uitdaging voor de adviespraktijk. Immers, indien een directeur-grotaandeelhouder in het verleden een ongehuwde partner heeft gehad, kan deze ook nog rechten hebben, in ieder geval op een deel van het partnerpensioen.

De rechten op dit partnerpensioen worden dus uitsluitend ontleend aan hetgeen in de pensioentoezegging of pensioenbrief daaromtrent is opgenomen. Ook bij scheiding kan de ongehuwde partner geen rechten aan de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding ontnemen, maar uitsluitend aan de pensioen-

toezegging.

Om het nog een beetje extra ingewikkeld te maken: het is zelfs mogelijk dat in de (gedeeltelijk) extern verzekerde pensioenregelingen, iemand als partner kwalificeert volgens de polisvoorwaarden of de pensioenbrief van de verzekeraar, maar niet voor het in eigen beheer gehouden pensioen.

### Huwelijkse voorwaarden

In het kader van dit wetsvoorstel en de verplichte schriftelijke toestemming van de partner van de pensioengerechtigde komt de vraag op of een dergelijke regeling als het gehuwden betreft in de vorm van huwelijkse voorwaarden moet worden vastgelegd. Hierbij heeft het volgende te gelden.

De compensatie in het kader van de uitfasering van het pensioen in eigen beheer is een vermogensrechtelijke handeling. Het is mogelijk, maar niet noodzakelijk, de betaling op grond van de regeling tussen de pensioengerechtigde en diens partner pas te laten plaatsvinden als de partner nog leeft op het moment dat de pensioengerechtigde overlijdt of als hen een echtscheiding overkomt. Partijen zijn vrij in de wijze waarop compensatie wordt verleend. Zij kunnen ook vastleggen dat zij alleen vermogen laten overgaan als bedoelde feitelijke situatie zich voordoet.

Maar zelfs als met die voorwaarde rekening wordt gehouden, heeft de regeling inzake de compensatie een waarde. Het is een vermogensrechtelijke handeling waarin – als het gehuwden betreft – een regeling wordt getroffen die afwijkt van hetgeen zonder die overeenkomst zou gelden. En daarmee zijn we op het terrein van de huwelijkse voorwaarden beland.

Op grond van artikel 1:115, lid 1, BW moeten huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid bij notariële akte worden aangegaan.

### Een definitieve of een voorwaardelijke regeling?

Naar onze mening kan de onderhavige kwestie als volgt worden geanalyseerd. De pensioengerechtigde stempelt zijn pensioenvermogen af en daarmee worden zijn pensioenrechten minder waard. Dit is op deze wijze definitief geregeld. De (fiscale) wet eist een schriftelijke toestemming van de partner van de pensioengerechtigde en volgens de toelichting hoort daarbij een 'adequate compensatie' voor de partner. De partner had een (voorwaardelijk) recht op een deel van het pensioen en na de afkoop, dan wel omzetting in een oudedagsvoorziening heeft die partner geen rechten meer. Dat moet dus nu worden geregeld en daarvoor is de compensatie overeengekomen. Het is daarbij niet relevant dat mogelijkerwijs is afgesproken te betalen op het moment dat de partner de pensioengerechtigde overleeft of dat zij van echt scheiden. Dat

aspect kan van invloed zijn op de waarde van de compensatie, maar niet op het feit dat nu een regeling is getroffen.

In andere woorden: A en B spreken nu definitief af dat vanwege de beëindiging van de pensioenrechten A aan B een bedrag groot X euro (of een volgens een bepaalde formule nog te berekenen bedrag) verschuldigd is als zich de situatie voordoet dat B leeft als A overlijdt of als zij van echt scheiden.

De regeling staat; de waarde van de compensatie wordt gedrukt door de voorwaarde.

Aan de compensatie op deze manier zit het grote voordeel vast dat nu nog geen geld hoeft te worden overgemaakt en dat dat misschien wel nooit hoeft als de opgenomen voorwaarde zich niet voordoet.

### Schenkbelasting

Het is dus een definitieve regeling tot betaling van een compensatie, waarvan de waarde op het moment van het sluiten van de regeling een drukkende factor kent door de voorwaarde die aan de uitbetaling vast zit. Dit is van belang in het kader van een mogelijke heffing van schenkbelasting. In ons betoog dat sprake is van het definitief prijsgeven van pensioenrechten (het maakt niet uit dat het voorwaardelijke pensioenrechten zijn, na de afkoop/omzetting zijn deze er niet meer) zou zonder een voldoende regeling voor compensatie heffing van schenkbelasting direct aan de orde zijn. De exacte waarde van het verlies aan pensioenrechten is met name door de voorwaardelijkheid daarvan lastig te bepalen. De hiervoor aangegeven optie om overeen te komen dat alleen een uitke-

ring zal plaatsvinden ter compensatie van de voorheen bestaande pensioenrechten als de pensioengerechtigde overlijdt of in geval van echtscheiding lijkt daarom een goede oplossing. Dit sluit ook aan bij de parlementaire toelichting, waarin is aangegeven dat compensatie op verschillende manieren kan plaatsvinden, waaronder de hiervoor geschetste.

Merk op dat als het prijsgeven van de pensioenrechten door de partner bij de afwaardering, gevolgd door afkoop/omzetting zou worden aangemerkt als een schenking onder een opschortende voorwaarde, dan zou de heffing van schenkbelasting bij onvoldoende compensatie worden uitgesteld tot een van de voorwaarden wordt vervuld. Vergelijk de bijdrage van Kooiman in deze aflevering van *FBN*.

Dit is echter niet onze visie en wellicht belangrijker voor de praktijk: in de parlementaire stukken bij het wetsvoorstel geeft staatssecretaris Wiebes er blijk van dat hij van oordeel is dat zonder voldoende compensatie afwaardering gevolgd door afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting nu kan leiden tot heffing van schenkbelasting.

De kwestie van de compensatie van de partner verdient absoluut aandacht!

*Drs. Ingrid Leene-Hoedemaeker MPLA MfN  
registermediator*

*J.P.M. Stubbé  
Hoogleraar Universiteit Amsterdam  
FBN Juristen Amsterdam*