

# Einde eigen beheer: Bloed(druk), zweet en tranen

Eigen beheer is passé. Toekomstige opbouw is niet meer mogelijk en afkoop wordt gestimuleerd. Het lijkt eenvoudig voor een directeur-groootaandeelhouder in 2017. Schijn bedriegt. De dga wordt gedwongen zeer impactvolle beslissingen te nemen over zijn pensioen en krijgt hiervoor zeer weinig tijd. Dit artikel geeft de praktische gevolgen weer van de Wet uitsfaseren pensioen in eigen beheer en geeft de adviseur tips hoe daarmee om te gaan.

DOOR COREY DEKKERS EN  
ROBERT VAN WOERDEN

De Wet uitsfaseren pensioen in eigen beheer treedt normaliter binnenkort in werking. Omdat een eigenbeheerlichaam niet langer wordt aangemerkt als toegelaten uitvoerder kan de opbouw niet langer in eigen beheer plaatsvinden. De directeur-groootaandeelhouder (dga) heeft de mogelijkheid het opgebouwde pensioen premievrij voort te zetten, de fiscale pensioenverplichting om te zetten in een oudedagsverplichting of de pensioenverplichting af te kopen. Besluit de dga de pensioenverplichting om te zetten in een oudedagsverplichting of voor afkoop, dan is de dga verplicht instemming van zijn partner te verkrijgen. De dga zal moeten bepalen welke keuze voor hem het beste is. De adviseur zal hem hierin moeten begeleiden. In dit artikel wordt stilgestaan bij de afzonderlijke mogelijkheden. Daaruit zal blijken dat de adviseur geen eenvoudige taak heeft en (onnodig) onder enorme tijdsdruk wordt gezet om zaken te regelen. Dit geldt met name als sprake is van een elders verzekerd deel. Houd derhalve uw bloeddrukmeter in de gaten de komende maanden.

## Afkoop pensioenverplichting

Het kabinet heeft ingezet op afkoop van de pensioenverplichting. Voordat het pensioen in eigen beheer afgekocht mag worden moet eerst het pensioen worden verlaagd (afgestempeld). Feitelijk wordt voor de loonbelasting goedgekeurd dat de (aanspraak passend bij de) commerciële waarde van het pensioen mag worden afgestempeld naar de (aanspraak passend bij de) fiscale waarde conform de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. De overblijvende waarde (hierna genoemd de fiscale waarde) mag worden afgekocht. Om afkoop te stimuleren wordt de directeur-groootaandeelhouder over 2017 een korting van 34,5% verleend over de

commerciële waarde na afstempelen. Besluit de directeur-groootaandeelhouder te wachten tot 2018 of 2019, dan bedraagt de korting 25% respectievelijk 19,5%. Uitgangspunt voor de korting is de fiscale waarde ultimo 2015. De huidige sanctiebepaling van art. 19b Wet LB 1964 is niet van toepassing. De afkoop van de fiscale waarde wordt in de loonbelasting verwerkt als inkomen uit vroegere dienstbetrekking.

## Vereenvoudigd voorbeeld

De dga heeft in 2014 het pensioen premievrij gemaakt. Het opgebouwde ouderdompensioen is € 20.000. Het partnerpensioen bedraagt € 14.000. De aanspraken worden niet geïndexeerd. De fiscale en commerciële waarde zijn fictief.

Fiscale balans 31 december 2016			
Liquide middelen	600.000	Kapitaal	18.000
		Winstreserve	382.000
		Pensioenverplichting	200.000
Totaal	600.000		600.000
Commerciële balans 31 december 2016			
Liquide middelen	600.000	Kapitaal	18.000
		Pensioenverplichting	582.000
Totaal	600.000		600.000

De fiscale waarde ultimo 2015 is € 192.000.

De dga besluit in 2017 de pensioenaanspraken af te kopen. Dit betekent dat de dga de pensioenaanspraken mag afstempelen tot het niveau van de fiscale waarde. De fiscale balans wijzigt niet. De commerciële balans wel. De pensioenverplichting



Mr. drs. Corey Dekkers  
MFP FFP,  
senior pensioenspecialist bij  
Pensioennavigator B.V. en



drs. Robbert van Woerden  
FFP,  
partner bij Themis Pensioen  
Professionals B.V.



wordt verlaagd naar € 200.000. Dit betekent dat het eigen vermogen van de onderneming toeneemt. In dit voorbeeld met € 382.000. Met het afstempelen is de pensioenverplichting gelijkwaardig aan de pensioenverplichting op de fiscale balans. Volgens wordt de pensioenverplichting als loon uit vroegere dienstbetrekking uitgekeerd. Gebeurt dit in 2017, dan wordt voor het bepalen van verschuldigde loonbelasting de pensioenverplichting met 34,5% verlaagd. Dit levert de volgende berekening op:

Fiscale waarde op het moment van afkoop	€ 200.000
Korting 34,5% over € 192.000	€ 66.240
Grondslag voor loonheffing	€ 133.760
Verschuldigde loonheffing	€ 69.555
Netto loon	€ 130.445

We veronderstellen dat over het bedrag van de afkoop 52% loonbelasting verschuldigd is.

Zonder toepassing van dit wetsvoorstel zou de dga 52% loonbelasting verschuldigd zijn over € 582.000. Dit is € 302.640. Daarnaast is nog € 116.400 revisierente verschuldigd. In totaal dus € 419.040. De dga houdt dan netto € 162.960 over.

Het is mogelijk om het bedrag dat vrijvalt als dividend uit te keren. In plaats van 52% loonheffing is dan slechts 25% aanmerkelijkbelangheffing verschuldigd.

Liquide middelen	400.000	Kapitaal	18.000
		Winstreserve	382.000
Totaal	400.000		400.000

Als de dga de winstreserve van € 382.000 uitkeert resteert er na 25% aanmerkelijkbelangheffing een bedrag van € 286.500. Het totaal van het nettoloon en het nettodividend bedraagt dan € 416.945. Dit is € 253.985 meer is de situatie van onrechtmatige afkoop.

#### Aandachtspunten bij afkoop

Het nettoloon dat overblijft na afdracht loonbelasting valt in box 3. Ook als de vennootschap het nettoloon schuldig blijft. Als de vennootschap het bedrag schuldig blijft dient de vennootschap rente over de schuld te vergoeden. De dga en de vennootschap dienen daarbij een zakelijke vergoeding overeen te komen. De vordering van de dga valt onder de terbeschikkingstellingsregeling waardoor de rente-inkomsten belast worden in box 1. De dga heeft de mogelijkheid het bedrag terug te storten als informeel kapitaal of hij kan het verrekenen met een bestaande rekening-courantverhouding. Door het pensioen af te kopen wordt het inkomen in het betreffende kalenderjaar eenmalig verhoogd. Het kan interessant zijn om te kijken of middeling voor de inkomstenbelasting een voordeel oplevert.

#### Omzetten naar een oudedagsverplichting

De dga heeft ook de mogelijkheid om na afstempelen de resterende pensioenverplichting om te zetten in een oudedagsverplichting.

ting.<sup>1</sup> De mogelijkheid daartoe bestaat zowel in 2017, 2018 of 2019. Het is een eenmalige mogelijkheid waarbij de waarde op het moment van omzetten bepalend is. Eenmaal omgezet dan dient de verplichting jaarlijks verhoogd te worden met het gemiddelde U-rendement over het afgelopen kalenderjaar.<sup>2</sup> Groot voordeel bij deze optie is dat er geen liquide middelen de onderneming verlaten. Nadeel is dat geen beroep gedaan kan worden op de korting als de oudedagsverplichting wordt uitgekeerd. Na 2019 vervalt de mogelijkheid tot eenmalige afkoop. De oudedagsverplichting kan nadien aangewend worden voor aankoop van een lijfrente bij een verzekeraar of een bank. De vennootschap kan zelf ook als uitvoerder optreden. Het kapitaal dient dan vanaf de AOW-leeftijd lineair in twintig jaar te worden uitgekeerd. Aangezien de waarde na uitkering jaarlijks verhoogd wordt met het U-rendement zal dit leiden tot een stijgende uitkering tenzij het U-rendement negatief is. Ook bij de keuze voor een oudedagsverplichting wordt het voor de loonbelasting mogelijk gemaakt om zonder fiscale sanctie de pensioenaanspraken af te stempelen naar het niveau van de fiscale waarde. Na het afstempelen blijft er een verplichting om een lijfrente aan te kopen. Ziet de dga daarvan af dan is er alsnog sprake van een belaste handeling.

### Voorbeeld

Fiscale balans 31 december 2016			
Liquide middelen	600.000	Kapitaal	18.000
		Winstreserve	382.000
		Pensioenverplichting	200.000
Totaal	600.000		600.000
Commerciële balans 31 december 2016			
Liquide middelen	600.000	Kapitaal	18.000
		Pensioenverplichting	582.000
Totaal	600.000		600.000

Als vervolgens wordt besloten de fiscale waarde om te zetten in een oudedagsverplichting, dan wordt feitelijk de nieuwe balans gelijk aan de fiscale balans per 31 december 2016 met één verschil. De pensioenverplichting heet nu oudedagsverplichting.

### Premievrij voortzetten opgebouwde en/of ingegaan pensioen

Het is denkbaar dat de dga de opgebouwde pensioenaanspraken in eigen beheer moet dan wel wil houden. Dit komt bijvoorbeeld voor als de dga de benodigde instemming van de partner niet krijgt. Het is ook mogelijk dat de vennootschap over voldoende liquide middelen en voldoende inkomsten beschikt om het pensioen uit te keren. Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid om de tot 31 december opgebouwde aanspraken in eigen beheer te houden. In het overgangsrecht is opgenomen dat de fiscale wetgeving zoals deze gold tot 1 januari 2017 van toepassing blijft. Hierdoor blijft het waarderingsverschil tussen commercieel en fiscaal bestaan, evenals de sanctiebepaling van art. 19b Wet LB 1964. Het afkopen van pensioen of het verrichten van een andere handeling die leidt tot een onzuiver pensioen wordt gesanctioneerd met het vervallen van de omkeerregel. De commerciële waarde wordt dan voor de loonbelasting tegen een progressieve tarief in de heffing betrokken. Dit geldt ook als de dga afziet van pensioenaanspraken.

### Aandachtspunten premievrij voortzetten

De vennootschap is met ingang van 1 april 2017<sup>3</sup> niet langer aan te merken als toegelaten aanbieder. Dit betekent dat verdere opbouw van pensioen niet bij de vennootschap mogelijk is. Om een fiscaal onzuivere regeling te voorkomen moet de pensioenregeling civielrechtelijk premievrij gemaakt zijn. Hiervoor dient in ieder geval tijdig een AVA te zijn opgesteld waarin opgenomen is dat verdere pensioenopbouw wordt beëindigd. Bij voorkeur op 31 december 2016. In veel pensioenbrieven is opgenomen dat het opgebouwde pensioen na premievrijmaking tot de pensioeningangsdatum wordt geïndexeerd. Deze bepaling dient uitgevoerd te worden om een onzuivere pensioenregeling te voorkomen. Logisch zou zijn dat de last in één keer moet worden afgefinancierd omdat de BV niet langer als uitvoerder (voor nieuwe opbouw) wordt aangemerkt. Onduidelijk is of die last dan in één keer kan worden genomen. Verzekeraars zullen naar verwachting niet bereid zijn de toekomstige indexaties per jaar te laten financieren.

### Afstorten naar een verzekeraar

Als de vennootschap over voldoende liquiditeiten beschikt kan de dga de opgebouwde rechten afstorten bij een verzekeraar. De meeste pensioenregelingen in eigen beheer zijn een eindloonregeling. De dga die besluit zijn opgebouwde aanspraken onder te brengen bij een verzekeraar zal hiervoor een hoge koopsom moeten storten. Dit komt door de zeer lage rekenrente momenteel. Natuurlijk kan de dga ook wachten tot de rekenrente omhoog gaat. Een andere mogelijkheid is om bij de verzekeraar een beschikbare-premieregeling aan te gaan. Hij brengt dan de commerciële waarde van de premievrije pensioenaanspraken via waardeoverdracht in. Het volledig verzekeren van de pensioenaanspraken in de vorm van een beschikbare-premieregeling heeft een aantal voordelen: door de lage rekenrente is de commerciële waarde van de premievrije pensioenaanspraken hoog. Deze commerciële waarde wordt via waardeoverdracht ingebracht als inleg in de beschikbare premie. Nu de pensioenregeling geen uitkeringsovereenkomst meer is maar een premieovereenkomst kan de dga speculeren op een hoger eindkapitaal en een hogere rekenrente. Zeker nu de dga de mogelijkheid heeft te beleggen is de kans op een hoger eindkapitaal aanwezig. De kans op een hoger pensioen dan het premievrije pensioen op het moment van overdracht is reëel. Immers, het beleggingsresultaat komt ten gunste van het kapitaal en niet ten gunste van de verzekeraar. Ander voordeel is dat de stijging van het kapitaal niet wordt belast in de vennootschapsbelasting. Belangrijk is wel dat deze constructie alleen aantrekkelijk is als de last die ontstaat bij het afstorten van de commerciële waarde naar een verzekeraar verrekend kan worden met een positief resultaat. Bij voorkeur met resultaten uit het lopende boekjaar. Lukt dit niet dan bestaat de mogelijkheid de last met het positieve resultaat uit het voorafgaande boekjaar te verrekenen of met het resultaat uit de negen opvolgende boekjaren. Bijkomend voordeel is dat door het afstorten het kapitaal niet langer onderhevig is aan ondernemingsrisico.

### Elders verzekerd pensioen/dekkingspolis

De dga die een gedeelte van het pensioen elders heeft ondergebracht, heeft tot 1 april 2017 de tijd een keuze te maken of hij dat gedeelte premievrij maakt, voortzet of de afkoopwaarde terughaalt naar de vennootschap. Het gaat dan om polissen waarop



een clause is opgenomen dat sprake is van pensioen in de zin van de Wet op de loonbelasting. Bij het bepalen welke keuze het beste is voor de dga moet een aantal zaken beoordeeld worden. Eerst zal bepaald moeten worden of sprake is van een bepaald of onbepaald elders verzekerd gedeelte. Bij een bepaald verzekerd gedeelte is sprake als er twee aparte toezeggingen zijn (en daarmee ook twee pensioenbrieven).

De dga heeft dan de mogelijkheid het gedeelte dat in eigen beheer wordt gehouden af te kopen of om te zetten in een oudedagsverplichting. Het verzekerde gedeelte kan hij laten doorlopen, premievrij maken of hij kan de pensioenuitvoerder verzoeken de waarde over te dragen aan de vennootschap. Dit laatste ligt niet voor de hand. Enerzijds omdat de uitvoerder niet wenst mee te werken, denk aan beroepspensioenfondsen, anderzijds omdat het elders verzekerd pensioen veelal een renteregeling is. Daarbij komt nog dat pensioenuitvoerders de commerciële waarde van de pensioenaanspraken moeten overgedragen die vervolgens door de vennootschap op fiscale grondslagen worden gewaardeerd. Dit leidt tot een positief resultaat.

### Onbepaald verzekerd deel

Meestal is er sprake van een onbepaald elders verzekerd gedeelte. Dat betekent dat er slechts één pensioenbrief is. De uitvoerder is het directiepensioenlichaam. Deze heeft een deel van het pensioen (her)verzekerd bij een verzekeraar. Op de polis is opgenomen dat sprake is van pensioen in de zin van de Wet op de loonbelasting 1964. Als hier wordt gekozen om het verzekerde gedeelte terug te storten naar de BV, dan wordt het ontvangen bedrag belast. Omdat de totale pensioenaanspraken worden uitgevoerd door een eigenbeheerlichaam zal dit een toename van de fiscale pensioenverplichting inhouden. Als het ontvangen bedrag van de verzekeraars hoger is dan de toename van de fiscale pensioenverplichting zal dit eveneens leiden tot een positief resultaat. Dit wordt belast met vennootschapsbelasting. Of de afkoopwaarde van de verzekeraars hoger is dan de toename van de pensioenverplichting is mede afhankelijk van de toegepaste waar-

deringsmethode van het elders verzekerd pensioen. In de regel zal de toename van fiscale pensioenverplichting na overdracht kleiner zijn als bij de waardering van het elders verzekerd pensioen de herleidingsmethode is toegepast in plaats van de inbouwmethode.

### Voorbeeld onbepaald elders verzekerd deel

Het opgebouwde ouderdompensioen is € 20.000. Het partnerpensioen bedraagt € 14.000. De dga besluit de elders verzekerde aanspraken naar de vennootschap terug te halen. Er is dan sprake van een waardeoverdracht van de verzekeraar naar het eigenbeheerlichaam.

Fiscale balans 31 december 2016			
Liquide middelen	309.000	Kapitaal	18.000
		Winstreserve	191.000
		Pensioenverplichting	100.000
Totaal	309.000		309.000

De afkoopwaarde van de elders verzekerde aanspraken bedraagt € 291.000. De fiscale waarde van de totale aanspraken na waardeoverdracht bedraagt € 200.000. Een toename van € 100.000. Dit betekent dat de vennootschap na waardeoverdracht een positief resultaat behaalt van € 191.000. Hierover is de vennootschap 20% vennootschapsbelasting verschuldigd. Dit is € 38.200.

Fiscale balans 31 december 2016 na waardeoverdracht			
Liquide middelen	600.000	Kapitaal	18.000
		Winstreserve	343.800
		Pensioenverplichting	200.000
		Nog te betalen Vpb	38.200
Totaal	600.000		600.000

Besluit de dga vervolgens het pensioen af te kopen dan wordt de korting van 34,5% slechts verleend over de fiscale waarde van de pensioenverplichting op 31 december 2015 (zonder het verzekerde deel). De fiscale waarde is met het terughalen van het verzekerde deel naar eigen beheer gestegen. Over die stijging is bij afkoop loonbelasting verschuldigd. Conclusie: afkoop van het pensioen nadat het verzekerde deel naar eigen beheer is teruggehaald lijkt op voorhand ongunstig.

Gaat de dga over tot een het omzetten van de pensioenverplichting in een oudedagsverplichting, dan kan wel worden uitgegaan van de totale fiscale pensioenverplichting.

Hiervoor zijn de fiscale gevolgen weergegeven van het terughalen van het extern verzekerde deel naar eigen beheer en vervolgens over te gaan tot afkoop. De dga die besluit zijn elders verzekerde gedeelte terug te halen dan wel premievrij te maken moet daarnaast realiseren dat dit gevolgen heeft voor de bestaande risicodekkingen en eventuele garanties in de polis. Premievrijmaking van een polis met een hoog garantiekapitaal kan zeer ongewenst zijn. De garantie kan volledig, dan wel gedeeltelijk vervallen. Kortom, de dga doet er verstandig aan zich goed te laten voorlichten over de risico's.

Als de dga besluit de polis voort te zetten moet onderscheid gemaakt worden in:

- Is er sprake van kapitaal of beleggingen.
- Garantie op einddatum of ook tussentijds.
- Welke waarderingsmethode is toegepast: herleidingsmethode of de inbouwmethode.
- Worden de opgebouwde aanspraken in eigen beheer premievrijgemaakt of afgekocht.

### **Gevolgen voortzetten polis in combinatie met einde eigen beheer**

Als de dga de opgebouwde aanspraken in eigen beheer wil afkopen dan wel wil omzetten in een oudedagsverplichting en de polis wil voortzetten, dan dient hij de onbepaalde pensioentoezegging om te zetten in een bepaalde pensioentoezegging. Volgens de Kamerstukken zou slechts een wijziging van de pensioenbrief nodig zijn om dit te bewerkstelligen. De pensioenbrief zou dan moeten bepalen dat het eindkapitaal bij de verzekeraar moet worden omgezet in een levenslang pensioen. Het gedeelte over de periode vóór einde eigenbeheerperiode kan dan via een interne waardeoverdracht ingebracht worden in de toekomstige pensioenopbouw in de polis.

Voor de praktijk zijn nog veel zaken onduidelijk. Allereerst lijkt slechts het opmaken van een nieuwe pensioenbrief eenvoudig. Echter er is sprake van een nieuwe pensioenuitvoerder. De verzekeraar zal een rol willen spelen bij de inhoud van de pensioenbrief. Daarnaast is het interessant wie nu de factor A bepaalt in de toekomst, de verzekeraar of de vennootschap?

Volgend aandachtspunt is hoe zo'n interne waardeoverdracht moet worden vastgelegd, berekend en gekwalificeerd. Ook is onduidelijk hoe je de in te brengen waarde moet berekenen als bij waardering gebruik is gemaakt van de herleidingsmethode. De ingebrachte waarde volgens de herleidingsmethode wijkt af van de afkoopwaarde.

Wij hebben begrepen dat de opgebouwde waarde tijdens de eigenbeheerperiode als eerste storting verwerkt moet worden. Ver-

volgens geldt dan een nieuwe pensioenbrief voor de toekomstige premies. Dat is een praktische oplossing. Echter, er zit een adder onder het gras. De polis komt voort uit een overeenkomst tussen het eigenbeheerlichaam en de verzekeraar. De verzekeraar zal derhalve moeten willen meewerken aan deze constructie. Mogelijk willen verzekeraars niet meer als uitvoerder optreden voor pensioen van de directeur-groootaandeelhouder of zijn zij niet in staat om de gevraagde wijziging van de polis door te voeren.

Neem daarbij in ogenschouw dat het vaak om polissen gaat met garanties uit het verleden die verzekeraars liever niet meer zouden geven. Dit betekent dat het in de praktijk wel eens moeilijk zal blijken te zijn om een bepaalde pensioentoezegging te doen die door de verzekeraar kan worden uitgevoerd. In de situatie dat een verzekeraar de polis wel kan voortzetten bestaat er het risico op bovenmatigheid.

### **Voorbeeld**

Jan heeft zijn eigenbeheergedeelte afgekocht en heeft besloten zijn polis voort te zetten. Het betreft een gemengde polis uit 1992 met een vaste premie (voorfinanciering derhalve). Bij overlijden van Jan blijkt het partnerpensioen dat uit de polis kan worden aangekocht gebaseerd op alle opbouwjaren; dus ook op de jaren waarover reeds een afkoop heeft plaatsgevonden. Omdat eenmaal prijsgegeven aanspraken niet opnieuw ingekocht mogen worden, kan gesteld worden dat het pensioen bovenmatig is. Het is niet duidelijk hoe de fiscus met dergelijke situaties zal omgaan. Relevant hierin is dat de toets op bovenmatigheid voorheen lag bij de vennootschap maar nu bij de verzekeraar. Dit risico op bovenmatigheid speelt met name bij polissen waar een vaste premie is afgesproken is voor een gegarandeerd eindkapitaal. Kortom: de polis voortzetten in combinatie met een beëindiging van de eigenbeheersituatie is verre van eenvoudig voor de adviseur. Aangezien deze optie het beste past bij de wensen van het kabinet, is het opvallend dat uitvoering ervan ingewikkeld is.

### **Polis voortzetten en eigen beheer premievrij behouden**

Eenvoudiger zou het zijn om de polis voort te zetten én de opgebouwde aanspraken in eigen beheer te laten staan. Door premiebetalingen stijgt de waarde van de polis. Op basis van de reeds bestaande inbouw- of herleidingsmethode kan dan jaarlijks de waarde van de polis worden verrekend met de eigenbeheerreserve. De toename van de waarde van de polis leidt tot een verlaging van de pensioenverplichting. Dit is goed uitvoerbaar. De polis hoeft niet te worden aangepast. Slechts het beëindigen van pensioenopbouw in eigen beheer moet geregeld worden.

De Belastingdienst neemt echter vooralsnog het standpunt in dat dit niet mogelijk is. Dat komt omdat de verzekeraar op einddatum met het beschikbare kapitaal een uitkering aankoopt die lager is dan de overeengekomen premievrije aanspraak. De vennootschap moet dan bijspringen om de uitkering na te kunnen komen. Dit vindt dan plaats bij een niet-toegestane pensioenuitvoerder.

### **Voorbeeld**

De dga heeft recht op een ouderdomspensioen van € 10.000. Bij het bepalen van de fiscale verplichting is rekening gehouden met een elders onbepaald verzekerde deel. Op pensioendatum is de fiscale pensioenverplichting € 150.000. Op basis van de fiscale actuariële grondslagen komt de verplichting overeen met

€ 6.000 pensioen. De verzekeraar koopt met het kapitaal een pensioen aan van € 2.000. Het totale pensioen komt daarmee op € 8.000. De toezegging is echter € 10.000. De vennootschap dient direct de fiscale pensioenverplichting te verhogen. Dit betekent een pensioendotatie aan een niet-toegestane pensioen-uitvoerder.

Wij delen deze mening niet. Het overgangsrecht is op de premievrije aanspraken van toepassing. Dat betekent dat de BV een toegelaten uitvoerder is van die aanspraken. Er vindt slechts een verschuiving plaats van het vermogen. Er komen geen nieuwe aanspraken bij. Het aanvullen van de aanspraken op pensioendatum is een aangelegenheid die de BV zelf aangaat en niet de werkgever. De werkgever wordt namelijk niet aangesproken voor het verschil.

De dga die zijn polis wil voortzetten heeft veel problemen op te lossen. Het kabinet veronderstelt dat een onbepaalde polis moet worden omgezet in een bepaald verzekerd deel. Dat betekent ook dat er met de verzekeraar overeenstemming moet zijn over de voortzetting van de polis en de inbreng uit het verleden. Het is hierom verstandig om de gewenste situatie zo snel mogelijk voor te leggen aan de bevoegde belastinginspecteur. Echter de tijd om dit te doen is zeer beperkt.

### Positie partner dga

De dga die zijn pensioen wenst af te kopen of de fiscale pensioenverplichting wenst om te zetten in een oudedagsverplichting dient zijn keuze schriftelijk kenbaar te maken aan de Belastingdienst. Dit moet gebeuren binnen één maand na afkoop dan wel omzetting in een oudedagsverplichting.<sup>4</sup> Daarvoor is een speciaal informatieformulier ontwikkeld dat van de site van de Belastingdienst te downloaden is. Naast het vermelden van de fiscale waarde van de pensioenverplichting op 1 januari en 31 december 2015 moet ook op het formulier aangegeven worden of de partner instemt met de keuze van de dga.<sup>5</sup> Dit geldt ook voor ex-partner(s) van de dga die nog aanspraak maken op een deel van het pensioen in eigen beheer. Het informatieformulier moet ervoor zorgen dat partijen zich bewust zijn van de beslissing en zich over de voor- en nadelen zullen laten informeren. Als de dga zijn pensioenverplichting omzet in een oudedagsverplichting moeten de dga en zijn partner aangeven of er afspraken zijn gemaakt over een verdeling van de oudedagsverplichting bij een eventuele echtscheiding.<sup>6</sup> Opvallend is dat dit niet kenbaar hoeft te worden gemaakt bij een eventuele afkoop. Zowel bij afkoop als bij het omzetten van de fiscale pensioenverplichting in een oudedagsverplichting is de Wet verevening pensioenen bij echtscheiding niet meer van toepassing. Dit is logisch bij afkoop. Er zijn immers geen pensioenrechten meer.

De partner dient dus goed geïnformeerd te worden over de gevolgen van afkoop of de omzetting van de fiscale pensioenverplichting naar een oudedagsverplichting. Daarbij moet onderscheid gemaakt worden in de situatie dat de dga gehuwd is in gemeenschap van goederen dan wel op huwelijkse voorwaarden. Is de dga gehuwd in gemeenschap van goederen, dan zal het eenvoudiger zijn instemming te krijgen van de partner. Door instemming doet de partner afstand van een voorwaardelijk recht op de helft van het opgebouwde ouderdomspensioen dat is opgebouwd tijdens het huwelijk en het recht op bijzonder partnerpensioen bij echtscheiding. Door hiervan afstand te doen stijgt

de waarde van de vennootschap. Het afstempelen van de commerciële verplichting naar de fiscale waarde leidt tot het vervallen van de dividendklem. Mochten de dga en zijn partner ooit uit elkaar gaan, dan heeft de partner recht op de helft van de waarde van de vennootschap. Daarmee is een deel van het recht op een voorwaardelijk ouderdomspensioen als de dga op pensioendatum in leven is of een bijzonder partnerpensioen als de dga overlijdt omgezet in een direct recht op geld. Voor de fiscale waarde die overblijft heeft de dga de mogelijkheid dit af te kopen dan wel om te zetten in een oudedagsverplichting. Bij afkoop stijgt eenmalig het inkomen. Ook dit komt de partner direct toe. Zet de dga zijn fiscale pensioenverplichting om in een oudedagsverplichting dan zal de partner hiervan meeprofiteren als de verplichting wordt omgezet in een lijfrente of in twintig jaar wordt uitgekeerd door de vennootschap. Mochten partijen besluiten te scheiden, dan kan heeft de partner op grond van het huwelijksvermogensrecht recht op de helft daarvan. Uiteraard kan de oudedagsverplichting naar eigen inzicht anders worden verdeeld.

Dit ligt anders als de dga gehuwd is op huwelijkse voorwaarden zonder een finaal verrekenbeding bij echtscheiding. In deze situatie komt de waardevermindering van de aandelen bij het afstempelen van de commerciële waarde naar de fiscale waarde toe aan de dga zelf. Dit geldt ook voor de oudedagsverplichting als de dga voor deze optie kiest. De Wet verevening pensioen bij scheiding is immers niet van toepassing op de oudedagsverplichting en ook niet op lijfrente. In het kader van de zorgplicht is het van belang dat partijen dus afspraken maken over een vorm van compensatie die recht doet aan de waardevermindering van de aandelen en eveneens toezien op een verdeling van de oudedagsverplichting bij echtscheiding. Als de dga de fiscale waarde die na afstempelen overblijft afkoopt en uitkeert als loon, dan profiteert de partner daar direct van. Dit ligt anders als de dga dit inkomen verrekent met een rekening-courant. Als de dga geen afspraken maakt met de partner over een vorm van compensatie kan gesteld worden dat er sprake is van schenking. Dit kan voorkomen worden als er dus een vorm van een compensatie is overeengekomen. In de schriftelijke antwoorden naar aanleiding van het plenaire debat over het pakket Belastingplan 2017 wordt als voorbeeld gegeven dat de partner 73% van de oudedagsverplichting krijgt als de dga en zijn partner zouden scheiden. Deze 73% zou dan overeenkomen met de verdeling van de commerciële waarde van de opgebouwde pensioenaanspraken die toekomen aan de partner als de dga en partner nu zouden scheiden.

Het is vreemd om op voorhand een compensatiebedrag overeen te komen terwijl de situatie waarvoor gecompenseerd wordt zich nog helemaal niet heeft voorgedaan. Het ligt eerder voor de hand dat wordt overeengekomen dat pas bij echtscheiding de oudedagsverplichting wordt verdeeld in een verhouding die overeenkomt met de waarde van de rechten waarop de ex-partner recht heeft. Bij de berekening wordt dan uitgegaan van fictieve premievrije aanspraken op het moment dat de fiscale pensioenverplichting wordt omgezet in een oudedagsverplichting. Bij echtscheiding kan de waarde die dan toekomt aan de ex-partner meer of minder zijn. Dit is onder meer afhankelijk van de actuariële grondslagen op het moment van scheiding. Deze vorm van verdeling doet het meest recht aan de oorspron-

kelijk situatie van voor de wetwijziging. Voor het partnerpensioen dat de partner misloopt bij overlijden kan de dga privé een risicoverzekering sluiten. Bij voorkeur kruislings. Natuurlijk moet de dga wel gezond zijn.

Als de dga besluit de fiscale waarde als loon uit vroegere dienstbetrekking uit te keren moeten eveneens met de partner afspraken worden gemaakt over een vorm van compensatie. Met name over het gedeelte van de waardestijging van de vennootschap. Hoewel Wiebes veronderstelt dat de partner hiervan voordeel heeft nu er dividend uitgekeerd kan worden, is het maar de vraag of de dga hiertoe overgaat. Ook in deze situatie is het redelijk dat overeengekomen wordt dat in geval van scheiding de partner recht heeft op een deel van de waardestijging van de vennootschap. Het bedrag kan bij voorbaat overeengekomen worden, maar het ligt meer voor de hand dit vast te stellen op het moment van scheiding. Daarbij moet de partner wel beseffen dat de waarde van dit recht afhankelijk is van het toekomstig bedrijfsresultaat.

Een goed alternatief bij het maken van een compensatieafpraak is uit te gaan van de verdeling van de reeds opgebouwde pensioenaanspraken van de partner zelf, de pensioenaanspraken die de dga eventueel heeft opgebouwd als gewone werknemer, dan wel al verzekerd heeft bij een verzekeraar. Op deze aanspraken blijft de Wet verevening pensioen bij scheiding van toepassing. Het voordeel is dat de partijen het recht hebben bij scheiding een andere verdeling te kiezen dan 50-50 zonder dat sprake is van een belaste schenking. Het is denkbaar dat als compensatie voor het wegvallen van de pensioenaanspraken in eigen beheer wordt overeengekomen dat de partner alle aanspraken behoudt die hij of zij zelf heeft opgebouwd. Is dit ontoereikend, dan kan een deel van de aanspraken opgebouwd door de dga in de verdeling betrokken worden. Zijn deze rechten over en weer te laag om de aanspraken in eigen beheer te compenseren, dan kan besloten worden dat de dga in de toekomst zijn pensioen geheel dan wel gedeeltelijk gaat verzekeren. Bij een toekomstige scheiding kunnen deze aanspraken als eerste worden verdeeld in een verhouding die recht doet aan de verdeling van de afgekochte aanspraken. Blijven partners bij elkaar dan profiteren beide daarvan ook op pensioendatum van de dga. Voordeel van deze constructie is dat het pensioeninkomen is verzekerd. De partner is niet afhankelijk van het ondernemingsvermogen.

Dit zijn slechts enkele mogelijkheden. Welke vorm van compensatie het beste past voor de dga en zijn partner is afhankelijk van de financiële positie van de onderneming en de wensen en doelstellingen van beiden. Dit is lastig en complex. Niet voor niets dat Wiebes niet met uitgewerkte voorbeelden komt en dit doorschuift naar de adviseur.

### Vastlegging compensatieregeling een groot probleem

Volgend aandachtspunt is hoe een compensatieregeling vastgelegd moet worden. Het gaat hier om een aanpassing van een pensioenaanspraak ingeval in de toekomst een echtscheiding plaatsvindt. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel heeft Pieter Omtzigt erop gewezen dat in het memorie van antwoord van de Wet verevening pensioen bij scheiding is opgenomen dat het wijzigen van aanspraken aangaande de partner ingeval er nog

geen scheiding van toepassing is slechts mogelijk is bij notariële akte.<sup>7</sup> Dat betekent derhalve dat elke compensatiemethode (door de adviseur) schriftelijk bij de notaris zou moeten worden vastgelegd. Saillant detail is dat de notaris geen Wft-vergunning heeft en bij compensatiemethoden regelmatig een verzekering een rol zal spelen. De notaris zal bij de compensatiemethode volledig moeten vertrouwen op de juistheid ervan.

Het is in principe mogelijk dat de BV partij blijft bij een compensatieregeling. De vraag is dan of de voorwaardelijke compensatie gewaardeerd moet worden op de commerciële balans of dat deze verplichting in de jaarrekening vermeld moet worden als een buitenvennootschappelijke verplichting.

### Conclusie

De dga zal zijn opbouw in eigen beheer moeten stopzetten. In geval van een gedeeltelijk verzekerde regeling zal hij moeten besluiten of hij deze polis wil voortzetten. Of het mogelijk is om voort te zetten is echter mede afhankelijk van de verzekeraar en de fiscus. Bovendien is niet duidelijk hoe de opbouw tot uiterlijk 1 april 2017 in de polis moet worden gekwalificeerd vanaf 1 april 2017. De deadline van 1 april is veel te kort.

De rol van de partner mag niet onderschat worden. Allereerst is de toestemming van de partner nodig om het pensioen in eigen beheer af te stempelen. Ten tweede zal er zonder compensatie sprake kunnen zijn van een belaste schenking. Een aantal compensatiemethoden is toegelicht. Ook deze compensatiemethoden zijn niet eenvoudig toe te passen. Bovendien is formeel een notariële akte nodig.

Naar onze verwachting zal slechts een beperkt aantal adviseurs dit adviestraject adequaat kunnen oppakken. Er moet kennis zijn van pensioen, arbeidsrecht, compensatiemethoden, schenkingsrecht, huwelijksgoederenrecht, jaarverslaglegging en fiscaliteit. Bovendien moet voor 1 april 2017 reeds een en ander besloten en vastgelegd worden. Het is de komende tijd een tijd van bloed, zweet en tranen. De tijdsdruk verhoogt immers de bloeddruk van de adviseur. Er zal hard gewerkt moeten worden (zweet) én de kans is wel degelijk aanwezig dat het niet op tijd lukt (tranen). Sterkte. ■

1 Art. 38n lid 2 Wet LB 1964.

2 Art. 38p lid 1 Wet LB 1964 jo. art. 12.3a Uitvoeringsregeling LB 2011.

3 In de nota van wijziging wordt de datum van 1 april niet genoemd. Deze moet staan in een tijdens het schrijven van dit artikel nog niet gepubliceerd beleidsbesluit. Zonder dit beleidsbesluit lijkt het alsof opbouw in eigen beheer niet mogelijk is tot 1 april 2017. Aangezien het juridisch onmogelijk is om opbouw met terugwerkende kracht te beëindigen én het opmaken van een nieuwe pensioenovereenkomst mogelijk wordt gemaakt tot 1 april, lijkt ons opbouw tot 1 april mogelijk.

4 Art. 12c lid 2 Uitvoeringsbesluit LB 1965.

5 Art. 12c lid 1 onderdeel d en f Uitvoeringsbesluit LB

6 Art. 12c lid 1 onderdeel g Uitvoeringsbesluit LB 1965.

7 Kamerstukken 2016/17, 34 555; Verslag dinsdag 15 november 2016, p. 30.