

De invloed van het Wetsvoorstel Wet pensioenverdeling bij scheiding op de “passende compensatie” bij het uitgefaseerde pensioen in eigen beheer

mr. Frits van der Kamp, fiscaal adviseur familievermogensrecht, collaborative professional, mediator en (gast)onderzoeker aan het Fiscaal Instituut van Tilburg University

Leerdoelen

Na het lezen van dit artikel:

- weet u op welke pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten de partner en de gewezen van de DGA in beginsel recht heeft onder de huidige Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (hierna: “Wet VPS”) en in geval van afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting kwijt raakt;
- weet u op welke pensioenaanspraken en -uitkeringsrechten de partner en de gewezen partner van de DGA in beginsel recht heeft onder de thans voorgestelde Wet pensioenverdeling bij scheiding 2021 (hierna: “Wet PS 2021”) en in geval van afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting kwijt raakt;
- weet u welke invloed de voorgestelde Wet pensioenverdeling bij scheiding 2021 heeft op de compensatie vormgeving heeft en op welke fiscaal juridische aandachtspunten u dient te letten vanwege deze voorgestelde nieuwe regelgeving.

Trefwoorden

Wetsvoorstel Pensioenverdeling bij Scheiding 2021

Echtscheiding

Compensatie en schenking

Pensioen in eigen beheer

Oudedagsverplichting

Samenvatting

(achteraf nader in te vullen)

Inleiding¹

De Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen biedt tot 2020 (ofwel tot en met 2019) de directeur-groootaandeelhouder (hierna: DGA) de mogelijkheid om zijn of haar pensioenaanspraken of ingegaan pensioen af te kopen met een fiscale korting op de heffingsgrondslag, dan wel om te zetten in een oudedagsverplichting. Een dergelijke afkoop of omzetting heeft voor de (gewezen) partner tot gevolg dat deze aanspraken en uitkeringen definitief vervallen, waarvoor de (gewezen) partner dient te worden gecompenseerd.

Allereerst (I) ga ik in op de fundamentele wijzigingen in het wetsvoorstel Wet PS 2021 en sta ik stil bij enkele belangrijke aandachtspunten.

In het tweede onderdeel (II) ga ik kort in op de fiscale gevolgen van de veel voorkomende, reeds afgesproken compensatievormen bij de uitgefaseerde DGA en de relevante partner(s) in het algemeen. Tevens beschouw ik daarbij nader het

schenkingsbegrip. In het derde onderdeel (III) ga ik nader in op de relevante situaties, waarbij gemaakte compensatie afspraken tot een mogelijke aanpassing nopen. Tot slot (IV) vermeld ik enkele aanbevelingen voor de praktijk.

(I) Fundamentele verschillen Wet VPS en voorstel Wet PS 2021

De wetgever heeft met het ingediende wetsvoorstel, Wet PS 2021, gekozen voor een geheel nieuwe wetgeving op het terrein van de afwikkeling van pensioenaanspraken bij een echtscheiding. Allereerst ga ik kort in op de aanleiding, vermeld vervolgens inhoudelijk de hoofdlijn van het wetsvoorstel en ga tot slot in op enkele belangrijke aandachtspunten. Ik sluit af met een kort overzicht van de verschillen tussen het wetsvoorstel en de thans nog bestaande Wet VPS wetgeving.

1.1. Aanleiding wijziging Wet VPS in Wet pensioenverdeling bij scheiding 2021

De in de door Staatssecretaris, mevrouw Klijnsma, aangekondigde evaluatie Wet VPS heeft geleid tot de nodige gesignaleerde knel- en verbeterpunten in de praktijk. Dit heeft geleid tot nader onderzoek omtrent alternatieven en ook over de financiële gevolgen van een eventuele andere standaardbetreffende pensioenafwikkeling bij scheiding: de pensioenconversie. In de uiteindelijke evaluatie Wet VPS, welke bij brief van 8 maart 2018 inclusief bijlage plaats heeft gevonden, worden dezelfde knelpunten genoemd alsmede de sinds 2018 bij wet gewijzigde standaard inzake het huwelijksvermogensrecht, indien er geen huwelijksvoorwaarden zijn overeengekomen. Deze evaluatie heeft geleid tot een consultatie wetsvoorstel op 10 december 2018². Door vele (uitvoerings)instanties en professioneel betrokken dienstverleners is daarop uitgebreid gereageerd en zijn waardevolle suggesties gedaan. Uiteindelijk heeft dit (mede) geleid tot het wetsvoorstel Wet PS 2021

Alvorens ik inhoudelijk in ga op de wijziging, breng ik kort in herinnering welke aanleidingen een rol hebben gespeeld bij de overweging tot het huidige wetsvoorstel. Naast alle valide argumenten inzake uitvoeringscomplexiteit, springt in het oog het argument van het “beperkte gebruik” van de wet. De wetgever bedoelt daarmee dat de praktijk weinig afwijkt van de hoofdregels, die van toepassing zijn zonder gezamenlijke andere keuze. Uit onderzoek van november 2016 en juni 2017³ blijkt dat ruim 30 procent geen afspraken heeft gemaakt over pensioenverdeling. Een gezamenlijke keuze tot conversie bedroeg slechts circa 3%. Afwijkingen van het wettelijk vereveningspercentage (standaard is 50% tijdens huwelijk opgebouwd OP) hebben nauwelijks plaats gevonden.

De crux van de gemelde constatering zit naar mijn mening in het slechts gezamenlijk kunnen afwijken van de hoofdregels. In het verleden bleek al dat “mannen” niet mee willen werken aan afwijkingen. Immers, de kans dat de ex-partner/ vereveningsgerechtigde overlijdt en daarmee het pensioen van de man weer “aanwast” tot 100%, staat aan medewerking in de weg.⁴ De betrokken experts alsmede overheid rekenden ten onrechte op een maatschappelijk wijziging van koers op dit punt. Hoe traditioneel ook, de “man” heeft zich niet “aangepast”. Ik pleitte al eerder voor conversie als hoofdregel op basis van een analyse vanuit meerdere invalshoeken.⁵ Het meest bijzondere en telkens terugkerende, niet valide argument, is van een omgedraaide wereld: “Omdat het niet wordt toegepast is het niet populair”. Indien conversie de hoofdregel wordt, zal het worden toegepast en is dus dan “populair”? Bij deze redenering is er geen enkel beletsel om conversie tot hoofdregel om te vormen.⁶

Kortom, conversie is wat mij betreft als nieuwe en betere hoofdregel een belangrijke optie. Het in de literatuur vermelde nadeel, dat ook het (bijzonder) partnerpensioen (PP) dan wordt geconverteerd, is slechts te wijten aan beleid/regels van de uitvoerder. Het is geen juridische regel die dwingt om ouderdomspensioen (OP) en (bijzonder) PP samen in één “eigen aanspraak” om te zetten. Ook daar kan de uitvoerder meer ruimte 1128 MFN worden gevraagd door de wetgever. Deze juridische speelruimte meldde ik in 2017 eveneens, waarbij deze optie nu in het onderhavige wetsvoorstel opgenomen is. ⁷

1.2. Hoofdlijn wetsvoorstel Wet PS 2021

Allereerst schets ik ten behoeve van het overzicht zeer kort de aanspraken onder de huidige Wet VPS. De Wet VPS kent een vereveningsaanspraak van 50% terzake het opgebouwde ouderdomspensioen tijdens huwelijk of geregistreerd partnerschap voorschreef als hoofdregel, terwijl er geen band bestond met het toepasselijk huwelijksgoederenregime. Niet terzake doet of er een gemeenschap van goederen bestaat of bijvoorbeeld koude uitsluiting bij huwelijks voorwaarden. Daarnaast bestaat er voor de vereveningsgerechtigde aanspraak bij scheiding op een bijzonder partnerpensioen (PP). Dat behelst de volledige opgebouwde partnerpensioen aanspraken van de werknemer, onder aftrek van eventuele eerdere scheidingsverplichtingen (bijzonder partnerpensioen) jegens ex-echtgenoten/geregistreerde partners.

Het wetsvoorstel “Wet PS” heeft twee smaken:

1. Pensioenverdeling door conversie als hoofdregel (artikel 4 Wet PS); óf
2. Pensioenverdeling door verevening (artikel 5 Wet PS) in specifieke situaties van buitenlandse scheidingen, enkele bijzondere pensioen als arbeidsongeschiktheidspensioen en ingeval van een scheiding van tafel en bed, welke niet binnen 6 maanden is gemeld bij de uitvoerder (artikel 5, lid 2 Wet PS).

Pensioendeling beperkt(er) naar analogie van huwelijksvermogensrecht

Het wetsvoorstel Wet PS behelst een meer bij het nieuwe, beperktere huwelijksvermogensrecht aansluitende regeling. Sinds 2018 kennen we een nieuw en beperkter wettelijk huwelijksvermogensrecht. Voorhuwelijks privé vermogen blijft daarbij privé en valt niet in de gemeenschap bij het aangaan van het huwelijk. Dit gewijzigde stelsel is niet relevant voor het ouderdomspensioen vallend onder de Wet VPS. Het is echter voor de wetgever wel aanleiding geweest om de regeling bij scheiding ten aanzien van de door de werknemer opgebouwde aanspraken op partnerpensioen tijdens de voorhuwelijksperiode te “(her)bezien”.

Het wetsvoorstel neemt als uitgangspunt, het voorhuwelijks deel van het opgebouwde partnerpensioen onder de nieuwe Wet PS regeling geheel buiten de pensioenverdeling te laten. Vervolgens wordt in het wetsvoorstel PS 2021 naar analogie van het nieuwe huwelijksvermogensrecht sinds 2018 als uitgangspunt gekozen voor het “verdelen” van het tijdens de huwelijksperiode opgebouwde partnerpensioen. De gerechtigdheid neemt dus ten opzichte van de Wet VPS fors af: van 100% van het opgebouwde partnerpensioen (na scheiding “bijzonder partnerpensioen” geheten) voor de ex-echtgenoot naar 50% van slechts het tijdens huwelijk opgebouwde partnerpensioen.

Conversie als hoofdregel; een geheel "eigen recht"!

Tot slot is de conversie de hoofdregel in het wetsvoorstel. Dat betekent enerzijds dat ieder van de ex-echtgenoten en geheel "eigen recht" verkrijgt, dat niet meer afhankelijk is van de ander. Geheel van de ex-echtgenoot afgezonderde keuzen betreffende beleggingen, het uitstellen van de pensioeningangsdatum in aansluiting op een eventueel langer doorwerken, het niet meer terugvloeiën/aanwassen bij de ex-echtgenoot van het "verevende ouderdomspensioen", een eigen vormgeving door gewenste hogere uitkeringen in het begin van het pensioen en lagere uitkeringen aansluitend (flexibilisering met wettelijk mogelijke hoog/laag uitkeringen); dit alles vergroot het handelingsperspectief van beide ex-partners.

Tijdstip conversie

De uitvoerder gaat over tot conversie indien een periode van zes maanden is verstreken vanaf inschrijving van de scheidingsbeschikking. Indien ex-partners derhalve andere afspraken maken (bijvoorbeeld andere percentages e.d.), hebben zij tot 6 maanden na de ingeschreven echtscheiding om dat te melden. De uitvoerder regelt dat de conversie, zonder tegenbericht van andersluidende afspraken, met terugwerkende kracht tot datum echtscheiding wordt verdeeld. Zoals al kort gemeld, kan de verdelingsgerechtigde partner het recht op het aan deze partner toekomende partnerpensioen buiten de conversie houden. Deze partner krijgt daarmee een aanspraak op (bijzonder) partnerpensioen. Het belang daarvan is gelegen in de mogelijke afhankelijkheid van partneralimentatie. Bij overlijden van de alimentatieplichtige kan de uitkering uit hoofde van het bijzonder partnerpensioen het wegvallen van de alimentatie (deels) opvangen.

Afwijken van de standaardregeling

Artikel 7 van het wetsvoorstel regelt de contractuele afwijkingsmogelijkheden. Er zijn drie modaliteiten ter afwijking van de standaardconversie in het wetsvoorstel voorzien:

1. uitsluiting van pensioenverdeling; bij deze mogelijkheid behoudt ieder het eigen pensioen;
2. de verdeling van de pensioenopbouw vindt over een andere periode dan de huwelijkse periode plaats. Gedacht kan daarbij bijvoorbeeld ook worden aan de opbouw tijdens de voorhuwelijkse periode;
3. een ander percentage dan 50% kan worden overeengekomen.

Niet mogelijk is derhalve een toepassing van de Wet VPS voor een scheiding vanaf 2021, te weten de verevening!

1.3. Belangrijke aandachtspunten

Terminologie verwarrend

Allereerst verdient de aandacht dat er taal technisch alsmede civielrechtelijk een geheel ander begrippenapparaat is gekozen. Niet langer zijn het de termen "verevenen" en "verrekenen" ingeval er ter verrekening van een aanspraak iets anders wordt verkregen, bijvoorbeeld uit de gemeenschap, dan wel het privévermogen van één der ex-partners. De "Wet pensioenverdeling bij scheiding 2021" kent de begrippen: "verdelen door conversie", en "verdelen door verevenen". Bij nadere, van de wet afwijkende overeenkomst, volgt er dan weer de mogelijke aanvullende "verrekening" als

terminologie. Deze in het civiele recht bekende begrippen hebben echter een volstrekt andere lading dan in de pensioenterminologie van het wetsvoorstel.

Ten aanzien van pensioen is er civielrechtelijk in het geheel geen sprake van een gezamenlijk vermogen "in een gemeenschap". Pensioen waarop de Wet VPS, straks de Wet PS, van toepassing is valt immers sinds mei 1995 niet in de huwelijksgemeenschap op grond van artikel 1.94, lid 2, Boek 1, Burgerlijke Wetboek (BW).

Ingrijpende wijziging partnerpensioen: verzorgingskarakter ontbreekt vrijwel

De forse ingreep in de aanspraken op (bijzonder) partnerpensioen, welke in de conversie wordt betrokken, is gelegen in het feit dat:

a. het slechts betreft de partnerpensioenaanspraak, voor zover opgebouwd tijdens de huwelijkse periode; én

b. van die aanspraak slechts een percentage van 50% meetelt.

Het vraagt aandacht van de rechtspraak om hier scherp te letten op de samenhang met partneralimentatie in verband met het overlijdensscenario van de alimentatieplichtige.

Toepassing Wet VPS of Wet PS? Overgangsrechtelijke regeling!

Indien het huwelijk wordt ontbonden vóór 2021, geldt de toepassing van de Wet VPS. Het wetsvoorstel bepaalt dat voor scheidingen vanaf 1 januari 2021 de nieuwe Wet PS van toepassing is.⁸ Van belang is daarbij dat er bij echtscheiding, hetgeen betekent een ingeschreven scheidingsbeschikking, een groot verschil kan ontstaan in aanspraken rond 1 januari 2021. Het verdient aandacht om bij scheidingsituaties de partners hierover tijdig te informeren.

Tóch nog verevenen in 2021..?

Het wetsvoorstel biedt géén mogelijkheid om bij een echtscheiding na 2020 nog de afwijking van een verevening overeen te komen. De eerbiedigende werking voor de toepassing van de Wet VPS ziet derhalve op de scheidingen die in 2020 tot stand zijn gekomen! Dat is een forse inperking van de mogelijkheden ten opzichte van de huidige regelgeving.

Indien men toch bij scheiding in 2021 wenst te verevenen, kan de volgende route worden overwogen. Indien men in 2021 tot een scheiding van tafel en bed overgaat (met een verzoek aan de rechtbank) en de termijn van de melding binnen 6 maanden wordt bewust overgeslagen, dan wordt wél verevend (artikel 5, lid 2 Wet PS). Bij een scheiding van tafel en bed is men civielrechtelijk uit elkaar, vindt er verdeling plaats, maar blijft men wettelijk gehuwd. Bij een latere gezamenlijke ontbinding van het huwelijk blijft de verevening intact.

Omissie bij huwen na samenleven

Als omissie in de wet geldt de veel voorkomende situatie, waarbij een voorhuwelijks partnerpensioen wel is opgebouwd, maar tijdens een samenleefsituatie. Als deze samenlevingssituatie - naar analogie van de denkrichting door de wetgever ten aanzien van het partnerpensioen - in een huwelijks wordt omgezet, dan zou juist wél naar analogie van het huwelijksvermogensrecht deze periode moeten worden meegenomen. Immers, het is samen opgebouwd, gezamenlijk voorhuwelijks vermogen dient ook in de gemeenschap te vallen. De voorgestelde wettekst voorziet hier echter niet in!

Voor de praktijk van samenlevens een belangrijk aandachtspunt.

DGA en wetsvoorstel Wet PS

In afwijking van de hiervoor beschreven reguliere pensioendelingsregels geldt bij de DGA het volgende. Er is een andere definitie van scheiding en een ander tijdstip van scheiding opgenomen ingeval van een scheiding van tafel en bed. Specifiek voor het partnerpensioen van de DGA geldt de datum van ontbinding van het huwelijk (echtscheiding) na scheiding van tafel en bed. Dit biedt de partner van de DGA een betere bescherming, immers er is een langere opbouw van het partnerpensioen voor de partner.

Overzicht in schema van pensioenconversie: wat zijn de gevolgen?

Zowel onder het thans bestaande regime van de Wet VPS als de standaardverdeling door conversie in de voorgestelde Wet PS komt de vraag op welke verschillen dit meebrengt. In onderstaand overzicht schets ik kort de voordelen en nadelen van conversie tegenover de verevening.

Overzicht gevolgen verevening en conversie bij overlijden en pensionering⁹

	Verevening	Conversie
Verdelingsplichtige gaat met pensioen	Verdelingsplichtige maakt keuzes over o.a. ingang en hoogte van pensioen (of de beleggingskeuzes). Deze keuzes gelden ook voor de gerechtigde.	Verdelingsplichtige en gerechtigde maken los van elkaar keuzes over o.a. ingang en hoogte van pensioen (of de beleggingskeuzes).
Verdelingsplichtige overlijdt voordat verdelingsgerechtigde overlijdt	Voor pensioendatum: Eventueel komt er een bijzonder partnerpensioen voor de verdelingsgerechtigde tot uitkering. Na pensioendatum: De uitbetaling van het ouderdompensioen stopt voor de verdelingsgerechtigde. Eventueel komt er een bijzonder partnerpensioen voor de verdelingsgerechtigde tot uitkering.	Voor pensioendatum: Er zijn geen gevolgen voor het ouderdompensioen van de verdelingsgerechtigde. Er komt geen bijzonder partnerpensioen tot uitkering, tenzij optie partnerpensioen buiten conversie. Na pensioendatum: Idem hierboven, geen gevolgen, het is al meegenomen in de conversie, tenzij optie partnerpensioen buiten conversie .
Verdelingsgerechtigde overlijdt voordat verdelingsplichtige overlijdt	Het verevende ouderdompensioen voor de verdelingsgerechtigde vloeit terug naar de verdelingsplichtige. Indien de regeling daarin voorziet, geldt dat ook voor het bijzonder partnerpensioen.	Indien het ouderdompensioen voor de verdelingsgerechtigde is ingegaan, stopt de uitbetaling. Er zijn geen gevolgen voor het ouderdompensioen van de verdelingsplichtige, dit wordt niet verhoogd.

(II). Compensatie, fiscale gevolgen en belangrijke aandachtspunten

Inleiding compensatie (ex-)partner

Het vraagstuk van de compensatie betreft in wezen de vraag of en in hoeverre er sprake is dan wel kan zijn van een belaste schenking. Immers, er worden voorwaardelijke pensioenrechten definitief “prijsgegeven” bij de afstempeling, gevolgd door afkoop dan wel de aanspraak op een oudedagsverplichting, ook wel ODV.

Schenking? Voorwaardelijk

Ten aanzien van de mogelijke schenkingsaspecten welke tijdens het wetgevingsproces zijn gemeld, is de nodige nuancering aan te brengen. In de literatuur wordt ingegaan op alle vereisten van schenking, te weten de “verarming”, “verrijking” en de “bevoordelingsbedoeling” en zeer kritisch onderscheid bepleit tussen de “bewustheid” van de “bevoordelingsbedoeling”.¹⁰ Tevens wordt de vraag aan de orde gesteld of er sprake is van een voorwaardelijke schenking dan wel een onvoorwaardelijke schenking.¹¹ Met Albert ben ik van mening dat er sprake is van een voorwaardelijke aanspraak: eerst ingeval van een echtscheiding dan wel het overlijden van de werknemer bestaat een vereveningsaanspraak, respectievelijk het recht op (bijzonder) nabestaandenpensioen. Om de vereveningsrechten daadwerkelijk tot het eigen vermogen te kunnen rekenen, zal er eveneens de opschortende voorwaarde gelden dat de ontvanger nog in leven is, elke maand dat er wederom een pensioentermijn is verschenen. De schenking zal dan eveneens dit voorwaardelijke karakter bevatten. Daarmee is de schenking, indien al aan de orde, eerst bij de latere daadwerkelijk realisatie van de pensioenbaten in aanmerking te nemen.

Wat betreft de jurisprudentie omtrent schenking en de bevoordelingsbedoeling valt nog een belangwekkende uitspraak te melden. De bewuste bevoordelingbedoeling is recent als zelfstandig criterium voor de schenking aan de orde geweest. Bij afwezigheid van de bevoordelingsbedoeling neemt de rechtbank in deze voorgelegde zaak géén schenking aan.¹² Met Kooiman ben ik van mening dat “alleen wie onvoorwaardelijk verkrijgt, écht verkrijgt”.¹³

Inkomstenbelasting

Naast een mogelijk verschuldigde schenkbelasting, ingeval er “te weinig, dan wel “te veel is vergoed” bij een afkoop, dan wel omzetting naar de oudedagsverplichting, speelt tevens de problematiek van artikel 3.102, lid 3, Wet IB in combinatie met artikel 6.3, Wet IB¹⁴. De werking van met name het eerste artikel is lange tijd onderbelicht gebleven, maar heeft sinds de jurisprudentie inzake de lijfrenteverdeling weer aan aandacht gewonnen¹⁵. Tevens is deze “verrekenbepaling” van toepassing op hetgeen wordt “ontvangen ter verrekening van pensioenrechten”, hetgeen in de jurisprudentie eerst sinds lange tijd aan de orde kwam in de belangwekkende uitspraak van Hof Den Bosch op 14 december 2017.¹⁶

Voorbeeld

Johan en Anne, gehuwd in gemeenschap van goederen, gaan scheiden. Johan heeft pensioenaanspraken opgebouwd tijdens het huwelijk. Deze hebben een totale waarde (actuarieel berekend) van € 600.000. Tot de huwelijksgemeenschap behoort een gezamenlijke woning, ter waarde van € 420.000, vrij van financieringen.

Johan en Anne bepalen in hun scheidingsconvenant de Wet VPS buiten toepassing te laten, zodat de aanspraken geheel aan Johan zullen toekomen. Anne krijg daartegenover de gehele woning toegescheiden. Zij nemen daarbij een zakelijke latentie in aanmerking van 30% inzake de pensioenwaardering, welke daarmee € 420.000 waard is.

Uitwerking

Het fiscaal gevolg van deze afspraken is als volgt: hetgeen Anne ontvangt ter verrekening van de pensioenrechten, is belast als periodieke uitkering (ex artikel 3.102, lid 3, Wet IB). Zij dient een bedrag ter waarde van € 210.000 in box 1 aan te geven. Johan heeft terzake van deze afspraak de helft van de woning opgeofferd om de pensioenrechten geheel te kunnen behouden (aannee is daarbij dat de helft aan waarde aan Anne toekomt). Bij hem treedt de persoonsgebonden aftrekpost op uit hoofde van artikel 6.3, Wet IB).

Deze bepaling verdient belangrijke aandacht bij een compensatievormgeving. De werking beperkt zich tot hetgeen “in het kader van echtscheiding wordt ontvangen”. Echter, “in het kader van” valt ruim uit te leggen. Er is immers geen termijn vermeld, waartoe de bepaling zich beperkt. Indien echter een voorwaardelijke vergoeding wordt overeengekomen, ligt de “pensioenverrekening onder opschortende voorwaarde van echtscheiding” zeer dicht aan tegen art. 3.102, lid 3, Wet IB 2001, zodat uitvoering van de compensatie wel degelijk fiscale gevolgen heeft, te weten: belaste uitkering bij de partner en aftrekbaar bij de DGA.

De visie & goedkeuringen van de belastingdienst

De zienswijze omtrent de inkomstenbelasting is tevens verwoord in een als Vragen en antwoorden gepubliceerd stuk door de relevante Kennisgroep van de belastingdienst op 18 juli 2018, hetgeen als goedkeuring kan worden beschouwd.¹⁷ De belastingdienst hanteert met name voor wat betreft vragen inzake de heffing en aftrek in de inkomstenbelasting een aantal situaties, waarin in ieder geval een goedkeuring kan worden afgeleid. Vanwege het goedkeurend karakter kan op deze uitleg een beroep worden gedaan. Dat brengt enerzijds een welkome aanvulling, anderzijds laat het onverlet dat men een ander standpunt kan innemen.¹⁸ Ten aanzien van schenking is deze kennisgroep niet bevoegd en doet daarover dan ook geen uitspraken.

(III). Compensatie en “verouderde afspraken” in het licht van de Wet PS 2021

Ten aanzien van de compensatievormgeving is in de praktijk een aantal (hoofd)vormen te onderscheiden. Deze zijn mede afhankelijk van het huwelijksvermogensregime. Ik meld (niet uitputtend) de volgende voorkomende situaties en bijbehorende regelingen:

Situatie A: zonder concreet uitzicht op een scheiding/overlijden:

- staande huwelijk overeengekomen, direct betaald
- staande huwelijk overeengekomen, later verschuldigd bij relevante gebeurtenis (bij scheiding of overlijden)

Situatie B: concreet uitzicht op scheiding/reeds gescheiden (of overlijden)

- staande huwelijk overeengekomen, direct betaald
- staande huwelijk overeengekomen, na de scheiding of bij pensionering verschuldigd
- na scheiding overeengekomen: direct of bij pensioenleeftijd verschuldigd

Situatie C: reeds gescheiden

-reeds eerder gescheiden aanvullend overeengekomen en direct betaalde compensatie voor verlies aan pensioenrechten (of ODV)

Verder bestaan er concrete, in de toekomst verschuldigde afwikkelingsafspraken (bij scheiding en overlijden), waarbij zo precies mogelijk alle relevante gebeurtenissen zijn beschreven (met de financiële gevolgen).

Een andere variant is de meer abstracte variant, in de toekomst verschuldigd, waarbij als de situatie zich voordoet er een compensatie benadering zal worden opgesteld en betaald (abstracte variant).

Tot slot komt tevens voor de situatie waarin er een gemeenschap van goederen (van vóór 2018) bestaat en waarbij alle baten vooralsnog in de gemeenschap vallen, waarbij met name te denken valt aan de waardeinstijging van de BV-aandelen.

Invloed Wet PS op reeds gemaakte “compensatie afspraken”

De omvang van de pensioenaanspraken bij scheiding onder de thans voorgestelde Wet PS 2021 is, zowel ten aanzien van ouderdomspensioen (met conversie) als ten aanzien van (bijzonder) nabestaandenpensioen -indien buiten de conversie gelaten, ook zelfstandig (vermogens)recht- versoberd ten opzichte van de hoofdregel in de huidige Wet VPS. Dit kan meebrengen dat huidige afspraken omtrent “compensatie” onder de nieuwe regels te ruim zijn en als schenking kunnen worden aangemerkt. Dit risico dient voor alle afspraken te worden geanalyseerd te worden. Het is op dit moment met name de (verminderde) omvang van de toekomstige pensioendelingsaanspraken onder het nieuwe wetsvoorstel, dat zou kunnen leiden tot een “te ruim overeengekomen vergoeding”, ten opzichte van de onder de huidige regels geldende scheidings- en/of overlijdensaanspraken.

Beoordeling compensaties: inkomstenbelasting

Op het punt van de inkomstenbelasting valt niet veel te vrezen. Met een beroep op de goedkeuringen van de vermelde Kennisgroep zal dat geen fiscale inkomstenbelasting schade en eventueel daarmee ook gepaard gaande vermogensschade (hoeven) op(te)leveren. Voor zover er wél inkomstenbelasting is verschuldigd over de “betaalde compensatie” in het kader van echtscheiding en tevens een aftrekpost bestaat voor de betalende (ex)partner, is voor deze heffing voldoende duidelijkheid geschapen.

Voor de situaties B en C is de inkomstenbelasting uitwerking, als in het voorbeeld van Johan en Anne hiervoor beschreven, relevant, aldus de belastingdienst. Uitzondering hierop is de voorwaardelijke variant in B, waarvan de Kennisgroep in vraag 3 en 4 het standpunt inneemt dat het een vermogenskwestie is, en derhalve geen inkomstenbelastingheffing en -aftrek oplevert. Onderdeel A. speelt zich volgens het beleid geheel af in de vermogenssfeer, en leidt niet tot de gemelde inkomstenbelastingheffing en -aftrek. Dat zal dan voor de praktijk een geruststelling mogen zijn, althans helderheid verschaffen.

Beoordeling compensaties: schenkbelasting

Tijdens de roerige parlementaire geschiedenis van de uitfasering van het pensioen in eigen beheer is het nodige gemeld omtrent het niet aanwezig zijn van een schenking in de situatie van gemeenschap van goederen of huwelijkse voorwaarden met een finaal verrekenbeding.¹⁹ Dit betreft echter geen uitlating van de uitvoerende macht, te weten

de belastingdienst of namens deze de bevoegde staatssecretaris/minister, waardoor een beroep hierop geen zekerheid biedt.

Compensaties met directe betaling

Ten aanzien van een directe afrekening kan worden gesteld dat geen rekening hoeft te zijn gehouden met een nog niet in werking getreden wetgeving. De directe vergoedingen komen daarmee naar mijn mening niet in aanmerking voor aanvulling of vermindering, vanuit het schenkingsvraagstuk bezien.

Afwikkelingen vanaf eind 2018, toen het consultatiedocument inzake het wetsvoorstel werd gepubliceerd, komen dichterbij de definitieve vormgeving van de wet met als hoofdregel conversie die ziet op “minder te converteren aanspraken” wegens het (voorgestelde) verminderde recht nabestaandenpensioen.

Compensaties met voorwaardelijke, tevens uitgestelde betaling

Compensaties met een voorwaardelijk karakter, kunnen zich eenvoudiger in de schenkings sfeer bevinden, mede vanwege de beleidsstandpunten als gemeld.

Maar ook in de overeengekomen bewoordingen van de compensaties kunnen veel verschillende situaties optreden. Het risico dat hierin dient te worden onderzocht, is het volgende. Indien rekening wordt gehouden wat betreft de omvang van de compensatie, zal men tekstueel de relevante wetgeving hebben gevolgd, te weten de toepasselijkheid van de relevante pensioenwetgeving bij scheiding.

Indien dat echter in abstracte zin geformuleerd kan dat aanvullingen vereisen, bijvoorbeeld: “er bestaan aanspraken bij scheiding die zullen te zijner tijd worden vastgesteld. Daarop komen allerlei zaken die ten goede zijn gekomen aan de alsdan ex-partner, in mindering”... Deze tekst krijgt mogelijk een andere uitwerking met het oog op de “verminderde aanspraken” uit hoofde van de beoogde Wet PS 2021.

Een uitfasering, waarbij te zijner tijd bij de scheiding zal worden bezien welke aanspraken er zouden hebben bestaan, kan deze gevolgen eveneens met zich dragen. Tevens kunnen meer concrete voorwaardelijke compensatieregelingen met latere betaling kunnen met het oog op de gehanteerde bewoordingen op deze toepassingsverschillen stuiten.

De risico's van schenking liggen in deze situaties voor de hand. Waar de belastingdienst de inkomstenbelasting kennelijk hierbij (grotendeels) uitsluit als standpunt, is de schenk- en erfbelasting de te nemen horde. Een uitdaging voor de volledig lopende uitgestelde pensioenuitfaseringsportefeuille!

IV. Aanbevelingen voor de praktijk

Compensatie bij overlijden

In deze bijdrage ben ik niet of nauwelijks ingegaan op de complexiteit van de erfrechtelijke scenario's bij compensatie. De erf- en schenkbelasting heeft zich daarover veel meer uitgelaten, met name omtrent de vormgeving van de ODV in relatie tot het testamentaire erfrecht. Het spreekt voor zich dat dit een uiterst belangrijk onderwerp zal blijven. Overigens valt op dat vrijwel alle beleidsstandpunten “buitenwettelijk” zijn geformuleerd. Ik doel daarmee op de veelheid aan voorwaarden ten aanzien van de ODV, waaronder “verknochtheid”, waarvan uit de tekst van de Wet Loonbelasting in het geheel niet blijkt.²⁰ Ik pleit daarom ook voor eenvoudige maar heldere wetgeving in formele zin. Want die worden we geacht te kennen!

Tevens is een belangrijk aandachtspunt van een testamentaire afspraak is dat een testament geen tweezijdige rechtshandeling is en daardoor immer gewijzigd kan worden. Deze vorm is dan ook in beginsel niet, dan wel minder aanbevelenswaardig.

Schenkbelasting en goedkeuring?

De schenkbelasting verdient aandacht. Zeker bij de toekomstige afwikkelingen. Ondanks de gedane uitlatingen in de parlementaire toelichting ingeval van gemeenschap van goederen situaties en finale verrekenbedingen, dient men scherp op de hoede te zijn. Dergelijke uitlatingen die immers als mede-wetgever zijn gegeven, hebben niet de status van goedkeurend beleid als uitvoerder waarop in rechte een beroep kan worden gedaan.²¹

Geïnformeerd of geen overeenkomst

Partners en gewezen partners dienen te allen tijde volledig en zonder voorbehoud geïnformeerd te zijn omtrent alle financiële gevolgen bij de beslissingen tot afkoop of omzetting in een ODV. Wanneer de wilsovereenstemming immers ontbreekt, bestaat er geen overeenkomst. Hierover is in de jurisprudentie ten aanzien van toekomstvoorzieningen de afgelopen jaren veel meer helderheid geschapen.

Nabestaandenregelingen

“Schenkt” ruim aandacht voor de situatie bij overlijden. Het verlies van nabestaandenpensioen bij uitfasering (ook van nog lopende externe verzekerde pensioenregelingen) verdient een passende en goede oplossing. Kruislingse risicoverzekeringen zijn eenvoudig af te sluiten (afhankelijk van de leeftijden) ook door ex-partners, zijn veel minder kostbaar dan decennia geleden en kunnen voorzien in belangrijke zekerheid qua inkomen of vermogen. Maakt gebruik van het buiten de standaardconversie houden van de (beperkte) nabestaandenpensioenaanspraken onder de Wet PS 2021.

*Notariële akte of nietig!*²²

Bij de vormgeving van de compensatie speelt de rol van de notariële akte op meerdere fronten een rol. Naast verplicht vormvoorschrift voor huwelijkse voorwaarden en testamentaire makingen, de aanvullende bewijskracht bij legalisatie van de handtekening, was ook de informatieplicht als neutrale rol van de notaris van belang. Bij een gemeenschap van goederen kan een afwijkende afspraak betreffende een latere verdeling slecht bij notariële akte plaats vinden op straffe van een nietige compensatie overeenkomst. Deze is echter (te!) weinig ingeschakeld.

En tot slot:

Controle compensatieafspraken op schenking in verband met Wet PS 2021

Afhankelijk van de gehanteerde standaardafspraken, dan wel ingeval van veel maatwerkcompensaties (!), verdient het aanbeveling om deze bij inwerkingtreding van de voorgestelde wet na te lopen op mogelijk schenkingsgevolgen.

Hoewel de wetgever daarin scheutig lijkt, ontbreekt goedkeurend beleid.

Het grootste risico is daarmee nog niet uit de wereld van de adviespraktijk van het uitgefaseerde pensioen!

¹ Deze bijdrage is geactualiseerd tot 25 november 2019.

² Bron: www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstel_pensioenverdeling_bij_scheiding_2021

³ Wijzer in geldzaken (2016) Pensioenmonitor 2016 en Stichting Pensioenregister (2017 door Motivaction).

⁴ Zie bijvoorbeeld mr. F.M.H. Hoens, Pensioen, scheiding en het wetsvoorstel Wet pensioenverdeling bij scheiding 2021 (I), WPNR2019/7260, par. 3.4, blz. 813.

⁵ Mr. F.H. van der Kamp, Evaluatie Wet Verevening Pensioenrechten bij Scheiding: fundamentele aspecten oorzaak van oeroude knellende knelpunten?, REP augustus 2017, nr. 5. Ik pleitte daar voor conversie als hoofdregel op basis van een analyse vanuit meerdere invalshoeken

⁶ Zie voor dit argument tevens mr. F.M.H. Hoens, Pensioen, scheiding en het wetsvoorstel Wet pensioenverdeling bij scheiding 2021 (I), WPNR2019/7260, par. 3.4, blz. 814.

⁷ Zie noot 5, alsmede artikel 4, derde lid, wetsvoorstel WPS 2021, waarin binnen zes maanden na het scheidingstijdstip, op verzoek van de verdelingsgerechtigde, het deel van het partnerpensioen dat als hoofdregel in de conversie wordt betrokken, daar buiten wordt gelaten.

⁸ Artikel 12 van het wetsvoorstel Wet PS.

⁹ Zie concept wetsvoorstel (aangevuld met nieuwe optie partnerpensioen niet in de conversie te betrekken), Memorie van Toelichting, bl. 20.

¹⁰ C.A.WE. Zandvoort-Gerritsen en J.H.J. Jansen, Peb – Talk: Schenkingsperikelen rondom uitfasering pensioen in eigen beheer, WPNR 2017/7148, par. 3 en 4.

¹¹ Zie P.G.H. Albert, Wet infasering PEB (Partnerproblematiek En Beroepsaansprakelijkheid), NTFR 2017/131, blz. 2.

¹² Rechtbank Gelderland, 18 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4002.

¹³ Mr. dr. W.R. Kooiman, “De arme pensioenpartner”, FBN 2017/2-5.

¹⁴ Zie drs. J.M.J. Holtermans en mr. F.H. van der Kamp, “Compensatie voor de partner in geval van afkoop pensioen of omzetting in een oudedagsverplichting”, PE Tijdschrift voor de Bedrijfsopvolging, oktober 2017, par. 2.2.1.3. alsmede 2.3.

¹⁵ Rechtbank Breda, 10 juni 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BR1489. Later bevestigd door het Hof Den Bosch op 23 februari 2012 (ECLI:NL:GHSHE:2012:BW1088) en de Hoge Raad op 18 maart 2013. Zie ook mr. F.H. van der Kamp, “Lijfrente- en kapitaalverzekeringen fiscaal verdeeld bij echtscheiding”, PensioenAdvies, januari/februari 2005, en “Verdeling en toerekening lijfrenteverzekeringen bij scheiding toegepast en nader beschouwd”, EchtscheidingsBulletin, november/december 2008; alsmede “Fiscaal-juridische aandachtspunten van (stakings)lijfrente bij de bv”, Pensioenmagazine juni 2017.

¹⁶ Hof Den Bosch, 14 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5584, zowel pensioen- als lijfrenteverrekening.

¹⁷ Vragen & Antwoorden van de Kennisgroep Verzekeringsproducten en Assurantiebelasting over fiscale behandeling compensatie bij afkoop of omzetten in oudedagsverplichting van pensioen in eigen beheer d.d. 18 juli 2018. Bron: <https://centraalaanspreekpuntpensioenen.belastingdienst.nl/publicaties/vragen-antwoorden-van-de-kennisgroep-verzekeringsproducten-en-assurantiebelasting-over-fiscale-behandeling-compensatie-bij-afkoop-of-omzetten-in-oudedagsverplichting-van-pensioen-in-eigen-beheer-ve/>

¹⁸ Zie drs. J.M.J. Holtermans en mr. F.H. van der Kamp, Compensatie voor de partner in geval van afkoop pensioen of omzetting in een oudedagsverplichting, PE Tijdschrift voor de Bedrijfsopvolging, oktober 2017, par. 2.2.1., slot

¹⁹ Kamerstukken I 2016/2017, 34552, E.

²⁰ Men zie artt. 38n, 38o en 38p, Wet LB 1964.

²¹ G.M.C.M. Staats, Het einde van het dga-pensioen, TFO2017/148.1 en C.A.H. Luijken, Wijziging wettelijk kader pensioen in eigen beheer, de schenkbelastingaspecten! FTV augustus 2017, nr. 37.

²² Zie mr. F.H. van der Kamp en mr. dr. G.M.A.M. Staats, Notaris: waakt (ook) voor uw saeck!, Notariaat Magazine, maart 2017, blz. 20.