

HEEFT HET PENSIOEN IN EIGEN BEHEER NOG TOEKOMST?

HEEFT HET PENSIOEN IN EIGEN BEHEER NOG TOEKOMST?

Verslag van de studiemiddag over het wetsvoorstel Pensioen DGA, gehouden op
6 oktober 2016 op de Vrije Universiteit Amsterdam

Met bijdragen van:

Hans Buijze
Erik Lutjens
Cor Overduijn
Paul Lavrijssen

 Wolters Kluwer

Deventer – 2017

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, www.H2Rplus.nl

ISBN 978 90 13 14445 1
NUR 827-715

© 2017 Wolters Kluwer Nederland BV

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden veeelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Wolters Kluwer Nederland BV legt de gegevens van de abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst.

De gegevens kunnen door Wolters Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Wolters Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.wolterskluwer.nl.

Inhoudsopgave

Inleiding	7
Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen <i>Hans Buijze</i>	9
De DGA civiel-pensioenjuridisch bekeken <i>Erik Lutjens</i>	23
Pensioen eigen beheer Visie vanuit de adviseur <i>Cor Overduijn</i>	37
Wetsvoorstel uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen Gesplitste polissen <i>Paul P.M. Lavrijssen RB FFP</i>	45

Inleiding

Met ingang van 1 april 2017 is de wetgeving voor de pensioenen van directeuren-grootaandeelhouder ingrijpend gewijzigd. Aanleiding daarvoor was met name de zogenoemde “dividendklem”. De oorzaak daarvan is het verschil tussen de fiscale waarde en de commerciële waarde in het economische verkeer van de pensioenverplichting. Een vennootschap mag alleen dividend uitkeren voor zover sprake is van vrije reserves. Of en in hoeverre dat zo is bij pensioen in eigen beheer, moet worden vastgesteld op basis van de commerciële waarde van de pensioenverplichting. Deze commerciële waarde in het economisch verkeer is (veel) hoger dan de fiscale waarde. Met name door de te hanteren rente. Voor de fiscale waarde is die vast 4%, voor de commerciële waarde is dit de marktrente. Hoe hoger de rente waar tegen de verplichtingen contant worden gemaakt, hoe lager de daarbij behorende voorziening. Daarnaast leidt het fiscaal niet mogen meenemen van een eventuele indexatieverplichting tot een lagere waarde dan de commerciële waarde, waarbij met een dergelijke verplichting wel rekening gehouden wordt. Hoe hoger de waarde van de aan de passiefkant van de balans staande verplichting is, hoe minder ruimte er is voor uitkeren van dividend. De Belastingdienst stelt zich op het standpunt dat als een B.V. meer dividend uitkeert dan op basis van de commerciële waarde is toegestaan er sprake is van (gedeeltelijke) afkoop van het pensioen in eigen beheer. Met alle fiscale gevolgen van dien. Vandaar dat na jarenlang hevig verzet vanuit de wereld van de directeuren-grootaandeelhouder en hun adviseurs tegen het afschaffen van pensioen in eigen beheer (de motor voor het MKB), nu juist uit deze hoek het dringende verzoek kwam tot wetswijziging om het dividend probleem op te lossen.

Deze wetswijziging is vanaf 1 april 2017 van kracht. Na afloop van de zogenoemde ‘coulance-periode’ van drie maanden (dus vanaf 1 juli 2017) is opbouw van nieuwe pensioenaanspraken in eigen beheer niet meer mogelijk. Voor de tot die datum opgebouwde pensioenaanspraken en –rechten kan de directeur-grootaandeelhouder kiezen uit drie opties;

1. Zijn pensioenaanspraken of –rechten afkopen;
2. Zijn pensioenaanspraken of -rechten omzetten in een oudedagsverplichting;
3. Het regime zoals dat tot 1 maart 2017 van toepassing was, handhaven.

Tijdens de Zifo-studiemiddag op 6 oktober 2016 gingen sprekers uit de praktijk (belastingdienst, advieswereld en pensioenuitvoerders) en wetenschap in op het wetsvoorstel, dat toen nog een beoogde ingangsdatum kende van 1 januari 2017.

Door een onverwachte ontwikkeling tijdens de behandeling in de Eerste Kamer werd dit uiteindelijk 1 april 2017. Daarmee komt een einde aan de mogelijkheid voor het opbouwen van pensioen in eigen beheer voor directeuren-grotaandeelhouders. Het overgangsrecht voor bestaande aanspraken levert echter stof tot discussie. Die is vooralsnog dan ook nog niet voorbij.

In dit boekje, onderdeel van de Zifo-reeks, vindt u de bijdragen van de sprekers aan de studiemiddag.

Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen

Hans Buijze

Inleiding

Op Prinsjesdag 2016 is het wetsvoorstel “uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen”¹ openbaar geworden. Het wetsvoorstel strekt tot de uitfasering van het zogenoemde pensioen in eigen beheer voor de directeur-groootaandeelhouder. De mogelijkheid van opbouw van een pensioen in eigen beheer wordt afgeschaft, gecombineerd met een tijdelijke maatregel die voorziet in de mogelijkheid van een fiscaal gefaciliteerde afkoop van het reeds opgebouwde pensioen in eigen beheer. Voor directeuren-groootaandeelhouder die hier geen gebruik van kunnen of willen maken, voorziet het wetsvoorstel in andere oplossingen. Bij aanvaarding van dit wetsvoorstel komt op een aanvaardbare wijze een einde aan een discussie over het pensioen in eigen beheer die is gestart in de Eerste Kamer in december 2012 tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Belastingplan 2013.

Hierna wordt voornoemde uitfasering van het pensioen in eigen beheer toegelicht, waarbij allereerst een beschrijving wordt gegeven van de huidige regeling inzake het pensioen in eigen beheer met de knelpunten die aan deze regeling kleven gevolgd door een beschrijving en toelichting op het voorstel voor de uitfasering van het pensioen in eigen beheer.

Daarna volgt een toelichting op de overige maatregelen die betrekking hebben op de fiscaal gefaciliteerde opbouw van oudedagsvoorzieningen.

Pensioen in eigen beheer

Een directeur-groootaandeelhouder (DGA) wordt in fiscaalrechtelijke zin aangemerkt als een werknemer. Net als iedere andere werknemer, kan een DGA onder bepaalde voorwaarden fiscaal gefaciliteerd pensioen opbouwen. Wordt een pensioen toegezegd, dan maakt de pensioenaanspraak deel uit van de arbeidsrechtelijke overeenkomst tussen de DGA en de werkgever/vennootschap. Het verschil tussen de pensioenopbouw van een DGA en de pensioenopbouw van andere werknemers is dat op de pensioenopbouw van de DGA de Pensioenwet niet van toepassing is. Dit heeft tot gevolg dat het pensioen van de DGA niet extern hoeft te worden

¹ Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen, 34 555, nummer 2.

verzekerd en het pensioen van de DGA in eigen beheer kan worden opgebouwd. Dit kan gebeuren door het pensioen in het lichaam onder te brengen waar de DGA de dienstbetrekking vervult. Het is ook mogelijk om het pensioen op te bouwen bij een ander (concern)lichaam dan de werkmaatschappij. Door het pensioen in eigen beheer (PEB) op te bouwen, worden er geen gelden onttrokken aan de onderneming, maar blijven de voor het pensioen van de DGA bestemde gelden beschikbaar voor financiering van de onderneming, terwijl er wel fiscaal voor een pensioen wordt gereserveerd. De DGA kan echter ook – net als andere werknemers, niet zijnde DGA's – het pensioen onderbrengen bij een externe professionele verzekeraar.

Net als bij het pensioen van een gewone werknemer is bij het PEB de omkeerregel van toepassing voor de heffing van loonbelasting ingeval aan de in dat kader gestelde voorwaarden is voldaan. Het pensioen dient vanaf de pensioeningangsdatum in de vorm van een levenslange inkomensvoorziening tot uitkering te komen. De uitkeringen worden in de heffing van loonbelasting (en inkomstenbelasting) betrokken. Er rust dan ook een belastingclaim op de toegezegde pensioengelden. De heffing van loonbelasting wordt gerealiseerd door de periodieke pensioenuitkeringen op het moment van uitkering in de heffing te betrekken. Daarnaast wordt – op basis van de thans geldende wetgeving – loonbelasting geheven in geval van “verboden” handelingen, zoals het geheel of gedeeltelijk prijsgeven of afkopen van de pensioenaanspraak. In die situatie wordt in één keer de loonbelasting over de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak geheven. Tevens is in een dergelijke situatie revisierente verschuldigd.

Gedurende langere tijd was het PEB een aantrekkelijke regeling voor de DGA. Hij kon onder fiscaal gunstige voorwaarden binnen zijn besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (B.V.) een pensioen opbouwen met als groot voordeel dat dit niet ten koste ging van de ruimte voor het doen van investeringen binnen de B.V. De aantrekkelijkheid van het PEB is inmiddels grotendeels verdwenen. Hieraan liggen verschillende redenen ten grondslag, namelijk

... fiscale redenen

In het (verre) verleden was het PEB een fiscaal zeer aantrekkelijk instrument om pensioen op te bouwen en tegelijkertijd het kapitaal beschikbaar te houden voor de financiering van de onderneming. Dankzij de vormgeving als fiscale aftrekpost kan tijdens de actieve fase van de DGA in de B.V. de winst worden verlaagd en daarmee vennootschapsbelasting worden bespaard. Een dergelijke aftrek was in het verleden tegen een vennootschapsbelastingtarief van 48% mogelijk. Doordat de huidige vennootschapsbelastingtarieven een stuk lager zijn (20–25%) is deze mogelijkheid tot uitstel van betaling van vennootschapsbelasting minder aantrekkelijk geworden. Daarnaast zijn de fiscale maximum opbouw- en premiepercentages verlaagd, waarmee ook de omvang van de fiscale aftrekmogelijkheden en dus de liquiditeitsvoordelen van pensioenopbouw in eigen beheer verder zijn beperkt.

... de waardering van de pensioenverplichting

Verder zijn er de steeds groter wordende verschillen tussen de fiscale en de commerciële waardering van de pensioenverplichting, mede ten gevolge van de lage rentestand die relevant is voor de commerciële waardering terwijl voor de fiscale waardering een vaste rekenrente van (ten minste) 4% dient te worden gehanteerd. Voor de fiscale ruimte tot het uitkeren van dividend is uitsluitend de (hoge) commerciële waarde van de pensioenverplichting van belang. Ingeval – rekening houdend met de commerciële waarde van de pensioenverplichting – onvoldoende middelen in de B.V. aanwezig zijn om dividend uit te keren, wordt het uitkeren van dividend aangemerkt als een afkoop van de (gehele) pensioenaanspraak (dividendklem). Over het daaruit voortvloeiende gebrek aan flexibiliteit klagen veel DGA's.

Vershil fiscale en commerciële waardering

De verschillen tussen de fiscale (balans)waardering en de commerciële waardering zijn een gevolg van een aantal factoren, waaronder de te hanteren rekenrente, de leeftijdsterugstelling, het risico van vooroverlijden en de mogelijkheid om met (toekomstige) loon- en prijsstijgingen rekening te houden. Daarnaast bestaat het verschil tussen de fiscale waardering en de commerciële waardering uit de kosten- en winstopslagen die door de verzekeraars worden gehanteerd; deze kosten- en winstopslagen kunnen op basis van goed koopmansgebruik niet worden begrepen in de fiscale pensioenverplichting in eigen beheer. De voornaamste oorzaak echter voor het verschil tussen de fiscale waarde en de commerciële waarde zoals die zich in het bijzonder in de laatste jaren heeft gemanifesteerd, is de rentestand die lager is dan de wettelijk voorgeschreven fiscale rekenrente van (ten minste) 4%. Bij de berekening van de commerciële waarde wordt – anders dan voor de fiscale waardering – wel met die lagere rentestand rekening gehouden. De commerciële waarde van de pensioenverplichting is daarom, als gevolg van de huidige lage rentestand, momenteel aanzienlijk hoger dan de fiscale waarde van de pensioenverplichting.

De gevolgen van dit verschil kunnen fors zijn. Voor de heffing van loonbelasting wordt uitgegaan van de waarde in het economische verkeer, dat wil zeggen het bedrag dat aan een onafhankelijke, externe verzekeraar zou moeten worden betaald om het toegezegde pensioen aan te kopen, terwijl voor de vennootschapsbelasting de fiscale (balans)waarde uitgangspunt is. Kleine rechtspersonen mogen de commerciële jaarrekening opstellen op basis van de fiscale waarderingsgrondslagen (commercieel volgt fiscaal). Dit lijkt weliswaar een deel van het probleem weg te nemen, maar het heeft slechts tot gevolg dat het eigen vermogen van die rechtspersoon hoger lijkt dan het werkelijk is, waardoor vaak (ten onrechte) wordt gedacht dat er ruimte is om dividend uit te delen. In gevallen waarbij de verplichting op de balans is opgenomen op basis van de fiscale waarderingsgrondslagen en er dividend wordt uitgedeeld, wordt het deel van het vermogen aangetast dat commercieel voor het pensioen gereserveerd zou moeten blijven. Als dat het

geval is, kan dat ertoe leiden dat het pensioen voor de toepassing van de loonbelasting geacht wordt te zijn afgekocht en in de heffing van loonbelasting betrokken wordt.

In geval van bijvoorbeeld echtscheiding kan het zo zijn dat het pensioen tegen de waarde in het economische verkeer moet worden overgedragen aan een verzekeraar terwijl de waarde van de verplichting op de balans van de B.V. is berekend met inachtneming van de fiscale regels. De tegenover deze verplichting staande middelen kunnen dan niet toereikend zijn voor de overdracht naar een verzekeraar.

... de financiële situatie van veel B.V.'s

In de praktijk blijken veel B.V.'s onvoldoende middelen te bezitten tegenover de in eigen beheer gehouden pensioenverplichting en dreigen veel B.V.'s niet aan deze verplichting te kunnen voldoen. Hierdoor biedt een PEB minder zekerheid dan een extern belegde oudedagsvoorziening. Er is sprake van conflicterende belangen tussen enerzijds de wens om een veilige oudedagsvoorziening op te bouwen en anderzijds de wens om te kunnen voldoen aan een financieringsbehoefte van die onderneming.²

... administratieve redenen

De aanzienlijke administratieve lasten en de toegenomen complexiteit van het PEB in zijn geheel vormen een niet te negeren probleempunt. De waarderings- en berekeningssystematiek is ingewikkeld. De hoogte van de voor de fiscale winstbepaling in aanmerking te nemen pensioendotatie wordt op basis van actuariële grondslagen bepaald, waardoor elk jaar opnieuw specialisten (actuarieel deskundigen) zowel bij de DGA als bij de Belastingdienst nodig zijn om die dotatie te berekenen. Ter illustratie: bij de Belastingdienst zijn 75 personen bezig met het PEB. De DGA moet ook regelmatig de hulp van andere specialisten inroepen voor bijvoorbeeld het aanpassen van pensioenbrieven en, in geval van scheiding, voor de pensioenverevening of -verrekening. De daarmee gemoeide kosten beperken voor de DGA het voordeel van de fiscaal gefaciliteerde PEB-opbouw.

2 Zoals prof. dr. G.J.B. Dietvorst het in zijn afscheidsrede als hoogleraar bij Tilburg University van 16 oktober 2015 «De jaren geteld» op blz. 31 verwoordde: «Pensioen en financiering van de eigen onderneming zijn twee doelstellingen die niet met elkaar te verenigen zijn.» Volgens hem moet pensioen gewaarborgd zijn en de daartoe bestemde middelen moeten buiten de directe beschikking van betrokkene zijn. Prof. dr. mr. E.J.W. Heithuis zei tijdens de deskundigen-bijeenkomst inzake het pakket Belastingplan 2016 op 23 november 2015 in de Eerste Kamer, het volgende: "Er is maar één goede oplossing voor het huidige pensioen in eigen beheer en dat is afschaffen met een soepele overgangsregeling voor bestaande gevallen. (...) Pensioen toezeggen en het geld toch in je eigen bedrijf houden, klinkt een beetje als van twee walletjes willen eten. Daar zou onze fiscale wetgeving geen aanleiding toe moeten geven.", *Kamerstukken I 2015/16*, 34 302, F.

Samenvattend

De financiële voordelen van het PEB zijn in de loop van de tijd steeds kleiner geworden of zelfs verdwenen en die beperkte financiële voordelen wegen in verreweg de meeste gevallen niet meer op tegen de nadelen: het gebrek aan flexibiliteit en de hoge administratieve lasten. Het is dan ook niet bijzonder dat tijdens de behandeling van het Belastingplan 2013 in de Eerste Kamer in december 2012 een discussie over het PEB is gestart. Deze discussie die vooral betrekking had op het onderzoek naar de mogelijkheden om (zoveel mogelijk) binnen de huidige systematiek van het PEB de knelpunten weg te nemen, is terug te vinden in een reeks van Kamerstukken.³

Gedurende deze discussie werd ook steeds duidelijker dat een (verdere) opbouw van het PEB in veel gevallen door adviseurs wordt ontraden en dat het merendeel van de DGA's de (verdere) opbouw van het PEB daadwerkelijk heeft stopgezet.⁴

Een groot deel van de DGA's heeft het PEB dus eigenlijk al vaarwel gezegd. Daarmee zijn de problemen van de DGA's die nog wel een PEB hebben echter niet kleiner geworden. De huidige verplichtingen als gevolg van het reeds opgebouwde PEB blijven op de balans staan en daarmee blijft ook de noodzaak bestaan voor de DGA om jaarlijks kosten te maken in verband met de ingewikkelde waarderings- en berekeningssystematiek ten behoeve van de juiste waardering van de pensioenverplichting. De DGA en de Belastingdienst worden nog steeds geconfronteerd met de hiervoor beschreven knelpunten.

Intussen wordt de vraag naar het afschaffen van het PEB steeds duidelijker en indringender gesteld, zowel vanuit de wetenschap en de advieswereld als door de DGA's zelf. Die gedachte om het PEB af te schaffen is overigens niet nieuw. Zo was de mogelijkheid tot afschaffen van het PEB al onderdeel van discussie tijdens de Brede Herwaardering II.⁵ In een meer recent verleden hebben bijvoorbeeld de Studiecommissie Belastingstelsel⁶ en de Vereniging voor Belastingwetenschap⁷ voor het afschaffen van het PEB gepleit.

3 Zie met name de *Kamerstukken I* 2013/14, 33 752, E; *Kamerstukken II* 2013/14, 33 752, nr. 94; *Kamerstukken I* 2014/15, 33 752, X; *Kamerstukken I* 2014/15, 33 752, AA; *Kamerstukken II* 2015/16, 34 002, nr. 108; *Kamerstukken I* 2015/16, 33 752, AB; *Kamerstukken II* 34 302, nr. 113; *Kamerstukken II* 2015/16, 34 302, nr. 117 en *Kamerstukken II* 2015/16, 34 302, nr. 122.

4 In het rapport van de Werkgroep Ondernemerspensioen van Tilburg University, *De toekomst van het pensioen van de ondernemer, november 2015*, zijn de uitkomsten van enquêtes onder DGA's en onder adviseurs opgenomen. Daaruit blijkt dat ongeveer 50% (volgens enquête onder DGA's) tot 60% (volgens enquête onder adviseurs) van de DGA's de verdere opbouw van het pensioen heeft stopgezet.

5 *Kamerstukken II* 1992/93, 23 046, nr. 3, p. 3 (MvT).

6 Studiecommissie Belastingstelsel, *Continuïteit en vernieuwing; een visie op het belastingstelsel*, blz. 81.

7 Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap (nr. 242), *Fiscale behandeling van oudedagsvoorzieningen*, blz. 14.

De combinatie van de bestaande knelpunten, het gegeven dat het PEB in veel gevallen wordt ontraden, het gegeven dat veel DGA's de (verdere) opbouw van het PEB daadwerkelijk hebben stopgezet, het gegeven dat de DGA en de Belastingdienst worden geconfronteerd met hoge administratieve lasten, respectievelijk hoge uitvoeringskosten, en het groeiende pleidooi voor afschaffing, heeft bij het kabinet tot de conclusie geleid dat er alle reden is om het PEB te heroverwegen. Uiteindelijk geeft het kabinet er de voorkeur aan om het PEB niet langer voort te zetten. Die voorkeur heeft het kabinet tot uitdrukking gebracht in de brief van 1 juli 2016 aan beide Kamers, waarin de gekozen oplossingsrichting, namelijk het uitfaseren van het PEB, bekend is gemaakt.⁸

Aan de DGA die het PEB wel zou willen beëindigen maar acute belastingheffing wil voorkomen, bijvoorbeeld omdat er onvoldoende liquide middelen beschikbaar zijn om een afkoop te realiseren, wordt de mogelijkheid geboden om de pensioen-aanspraken na het prijsgeven om te zetten in een oudedagsverplichting.

Hoofdstuk 1 *Pensioen in eigen beheer – afschaffing en gefaciliteerde beëindiging*

1.1. Uitfasering

De in het onderhavige wetsvoorstel opgenomen voorstellen met betrekking tot het PEB houden het volgende in:

- a) Met ingang van 1 april 2017 is het niet langer mogelijk om nog fiscaal gefaciliteerd nieuwe pensioenaanspraken op te bouwen in eigen beheer (dus is het ook niet langer mogelijk om nog te doteren aan eventueel reeds in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken).
- b) De DGA wordt gedurende een periode van drie jaar de mogelijkheid geboden zijn opgebouwde pensioenaanspraak af te kopen. Deze afkoopmogelijkheid betekent het volgende:
 - De pensioenaanspraak wordt fiscaal geruisloos (zonder loonbelasting, revisierente en vennootschapsbelasting) afgestempeld naar het niveau van de waarde van de pensioenverplichting op de balans voor de heffing van vennootschapsbelasting (fiscale waarde van de pensioenverplichting).
 - Die fiscale waarde van de pensioenverplichting vóór de afstempeling vormt het uitgangspunt (de grondslag) voor de vaststelling van de grondslag van de loonbelasting die verschuldigd is ter zake van de afkoop, met dien verstande dat op deze grondslag een korting wordt verleend.
 - Ter zake van de afkoop is geen revisierente verschuldigd.
- c) De DGA voor wie een afkoop geen reële optie is, wordt de mogelijkheid geboden om op het moment van het fiscaal geruisloos afstempelen van de pensioenaanspraak naar het niveau van de fiscale waarde van de pensioenver-

⁸ *Kamerstukken II 2015/16, 34 302, nr. 122.*

plichting, de pensioenaanspraak om te zetten in een aanspraak ingevolge een zogenoemde oudedagsverplichting.

Hierna zal de afschaffing en de gefaciliteerde mogelijkheid tot beëindiging nader worden toegelicht. In de bijlage bij deze memorie is op basis van een voorbeeld geschetst hoe de verschillende opties rekenkundig uitwerken. Voorts zal in een afzonderlijke paragraaf aandacht worden geschonken aan de positie van de partner of beter gezegd het waarborgen van de rechten van de partner. Tot slot wordt ingegaan op enige overige aspecten.

1.2. Beëindiging PEB

Dit wetsvoorstel gaat uit van afschaffing van het PEB met ingang van 1 april 2017. Daarmee stopt vanaf 1 april 2017 voor de DGA de mogelijkheid om bij de B.V. fiscaal gefaciliteerd een pensioen op te bouwen. De DGA kan (vanzelfsprekend) over nieuwe dienstjaren na 1 april 2017 wel een oudedagsvoorziening opbouwen bij een professionele aanbieder, net zoals een “gewone” werknemer, niet zijnde een DGA, dat ook kan.

Indien de DGA geen gebruik wenst te maken van de hierna beschreven mogelijkheden tot een gefaciliteerde afkoop of de omzetting naar een oudedagsverplichting, blijft voor hem voor de tot en met 31 maart 2017 in eigen beheer opgebouwde aanspraken de huidige regelgeving in de vennootschapsbelasting en loon- en inkomstenbelasting gelden. Het opbouwen van nieuwe aanspraken is echter niet meer mogelijk, dus er is ook geen dotatie meer mogelijk ingeval tot 1 april 2017 reeds pensioenaanspraken zijn opgebouwd. Indexering (indien toegezegd) van tot 1 april 2017 opgebouwde aanspraken vindt nog wel plaats. Indien de reeds opgebouwde aanspraken niet worden afgekocht of omgezet in aanspraken ingevolge een oudedagsverplichting blijft dit een PEB en blijven de eventuele verschillen tussen de commerciële en de fiscale waarde gehandhaafd. De mogelijk daaraan gekoppelde nadelen zoals eerder in deze memorie beschreven, worden dan ook niet weggenomen.

1.3. Afkoop

Een verregaande vereenvoudiging, zowel voor de DGA als voor de Belastingdienst, en het wegnemen van de knelpunten verbonden aan het PEB, worden pas gerealiseerd als zoveel mogelijk DGA's op zo kort mogelijke termijn daadwerkelijk afscheid nemen van het PEB. Om dat te bewerkstelligen is het noodzakelijk om een afkoop van de pensioenaanspraken voor de DGA aantrekkelijk te maken. Daarvoor is het noodzakelijk te voorzien in een fiscaal gefaciliteerde afkoop. Daarin voorziet dit wetsvoorstel.

Een eerste stap bij een dergelijke afkoop is het fiscaal geruisloos afstempelen van de pensioenaanspraak naar het niveau van de fiscale (balans)waarde van de pensioenverplichting, zijnde de waarde van de tegenover de pensioenaanspraak staande

verplichting op de balans voor de heffing van vennootschapsbelasting. Fiscaal geruisloos houdt in dat ter zake van deze afstempeling geen loonbelasting, vennootschapsbelasting of revisierente verschuldigd wordt.⁹ De aldus afgestempelde pensioenaanspraak kan vervolgens met een korting fiscaal vriendelijk worden afgekocht.

Uitgangspunt voor de heffingsgrondslag voor deze afkoop is dus niet de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak vóór afstempeling, maar de fiscale (balans)waarde van de pensioenverplichting vóór de afstempeling.

Er is geen revisierente verschuldigd. De afkoop wordt zoals gezegd voorts aantrekkelijk gemaakt door het verlenen van een korting op die grondslag (de fiscale waarde van de pensioenverplichting vóór de afstempeling). Om te bewerkstelligen dat deze afkoop en de daarmee te bereiken vereenvoudiging op een zo kort mogelijke termijn plaatsvinden, geldt de afkoopmogelijkheid slechts gedurende drie jaren, namelijk in 2017, 2018 en 2019. Bovendien neemt de korting af per jaar. In 2017 geldt een korting van 34,5%, in 2018 een korting van 25% en in 2019 een korting van 19,5%.

Voorgesteld wordt de afstempeling van de pensioenaanspraak naar de fiscale (balans)waarde van de tegenover die aanspraak staande pensioenverplichting te laten plaatsvinden op basis van de balanswaarden zoals die gelden op het moment van afkoop. Feitelijk zijn dat de per 1 april 2017 “bevroren” balanswaarden, vermeerderd met de actuariële oprenting die daarna eventueel nog heeft plaatsgevonden. Bij de afkoop wordt uitgegaan van die fiscale balanswaarde vóór afstempeling. De korting wordt in beginsel ook over die fiscale balanswaarde verleend, maar om anticipatie-effecten te voorkomen wordt de korting maximaal verleend over de fiscale balanswaarde van de pensioenverplichting zoals die gold op 31 december 2015.¹⁰ Over de waardeverhoging die als gevolg van dotaties, oprenting en indexering na die datum is ontstaan, wordt geen korting op de grondslag verleend. Vanzelfsprekend wordt ook over dat deel geen revisierente verschuldigd. Zodoende zijn er voor deze fiscaal gefaciliteerde afkoopmogelijkheid dus twee bedragen nodig. Zowel voor de afstempeling van de pensioenaanspraken als voor de afkoop van die pensioenaanspraken is de fiscale (balans)waarde van de pensioenverplichting ten tijde van de afstempeling nodig en voor de berekening van de maximale korting op de grondslag is ook de fiscale (balans)waarde van de pensioenverplichting per 31 december 2015 nodig.

1.4. Oudedagsverplichting

Het kabinet is zich ervan bewust dat de geschetste gefaciliteerde afkoop niet voor iedereen de ideale oplossing is. Voor die situatie voorziet het voorstel in de

⁹ Er ontstaat overigens voor de vennootschapsbelasting ook geen aftrekpost ter grootte van het verschil tussen de commerciële waarde en de fiscale waarde van de pensioenverplichting.

¹⁰ Indien een boekjaar in 2015 eerder dan op 31 december wordt afgesloten geldt deze eerdere datum als bepalend voor de vaststelling van de fiscale balanswaarde die als grondslag dient voor de berekening van de korting die ten hoogste kan worden verleend.

mogelijkheid om de pensioenaanspraak tot uiterlijk 31 december 2019 fiscaal geruisloos af te stempelen zoals hiervoor beschreven en vervolgens op basis van de vóór de afstempeling geldende fiscale (balans)waarde van de tegenover de pensioenaanspraak staande verplichting om te zetten in een zogenoemde oudedagsverplichting (deze mogelijkheid is de zogenoemde spaarvariant, genoemd in eerdere brieven aan de Eerste en Tweede Kamer¹¹). Het geld blijft in de onderneming en de DGA houdt een aanspraak voor de oude dag. Belastingheffing vindt dan pas plaats in de uitkeringsfase. De hoogte van deze reservering ligt wel vast, dat wil zeggen dat aan deze reservering niet kan worden gedoteerd. Het bedrag neemt alleen nog toe door oprenting die wettelijk zal worden voorgeschreven. De DGA kan de reservering op elk gewenst moment opeisen om extern een lijfrenteproduct te bedingen. Indien hier niet voor wordt gekozen, moet de reservering vanaf de AOW-gerechtigde leeftijd door het eigenbeheerlichaam gedurende 20 jaren gelijkmatig worden uitgekeerd aan de DGA. Het is mogelijk de uitkeringen in de vijf jaar voor de AOW-gerechtigde leeftijd al in te laten gaan. In dat geval wordt de periode van 20 jaar vermeerderd met het aantal jaren dat de uitkeringen eerder ingaan. Bij de keuze voor deze oudedagsverplichting heeft de DGA door de daaraan verbonden fiscaal geruisloze afstempeling in ieder geval de mogelijkheid zijn dividendklem geheel of gedeeltelijk weg te nemen, zonder dat hij acuut moet afrekenen. Dit kan hij al snel doen, bijvoorbeeld al in 2017. Uiteraard kan de DGA in een later stadium alsnog besluiten tot afkoop van deze verplichting. Als dat gebeurt in 2018 of in 2019 heeft deze DGA nog de mogelijkheid om die afkoop te laten plaatsvinden met overeenkomstige toepassing van de dan geldende kortingen voor afkoop van het PEB zoals hiervoor beschreven en zonder dat revisierente verschuldigd wordt. Ook hier geldt de korting derhalve over maximaal de fiscale balanswaarde zoals die gold op 31 december 2015. Na 2019 zal bij afkoop over de volledige reservering loonbelasting en revisierente verschuldigd zijn.

1.5. De positie van de partner

Met de hiervoor beschreven fiscaal gefaciliteerde mogelijkheden van het fiscaal geruisloos afstempelen van de pensioenaanspraak, gevolgd door een afkoop of het omzetten in een oudedagsverplichting, kunnen ook de (afgeleide) pensioenrechten van de partner van de DGA worden verlaagd. Waar in deze paragraaf over partner wordt gesproken, wordt tevens bedoeld de gewezen partner. Het wetsvoorstel voorziet in de voorwaarde dat die partner uitdrukkelijk moet instemmen met de door de DGA beoogde beëindiging van het PEB. Met deze voorwaarde worden primair de rechten van de partner beschermd terwijl tegelijkertijd wordt zeker gesteld dat de partner zich bewust is van de gevolgen van het afstempelen van de pensioenaanspraak, gevolgd door een afkoop of een omzetting in een oudedagsverplichting. Voor het partnerpensioen is in de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding reeds geregeld dat een DGA hierover geen afspraken kan maken zonder

¹¹ *Kamerstukken II 2015/16, 34 302, nr. 117 en Kamerstukken II 2015/16, 34 302, nr. 122.*

toestemming van de partner. Voor het ouderdomspensioen is een dergelijke wettelijke bepaling er echter niet. Om die reden wordt voorgesteld een dergelijke voorwaarde nu in de wet op te nemen.

Het is uiteraard aan de partner om die toestemming ook daadwerkelijk te verlenen. Als er sprake is van goede afspraken dan wel een passende compensatie voor het verlies aan rechten door de partner, zal een partner geen belang hebben bij het weigeren van toestemming. De beëindiging van het PEB heeft voordelen en kan daarmee dus ook een belang voor de partner hebben. Zo maakt bijvoorbeeld het vervallen van de dividendklem dividenduitkeringen weer mogelijk waardoor het gezinsinkomen verhoogd kan worden. Daarnaast kunnen, net als bij een scheiding, afspraken worden gemaakt om bijvoorbeeld het aan de partner toekomende deel van de waarde van het pensioen bij een professionele verzekeraar onder te brengen. Verder kan de partner compensatie eisen via bijvoorbeeld aanvullende huwelijkse voorwaarden.¹²

Er zullen echter gevallen voorkomen waarbij de partner niet instemt en het PEB derhalve niet beëindigd kan worden. De opgebouwde PEB-rechten zullen dan worden “bevroren” overeenkomstig het gestelde in paragraaf 3.2.

1.6. Overige aspecten

Informatieplicht

De afkoop van de pensioenaanspraken of de omzetting daarvan in de oudedagsverplichting komt niet direct tot uitdrukking in bijvoorbeeld de loonaangifte of de (commerciële) jaarrekening. Het is echter noodzakelijk dat de Belastingdienst beschikt over informatie van de DGA over zijn uitfasering van het PEB. Ten eerste is het van belang dat de Belastingdienst inzicht krijgt in de exacte bedragen die gemoeid zijn met de afstempeling en de eventuele afkoop of de omzetting in een oudedagsverplichting. Daarmee kan ook het gebruik van deze facilitering worden gevolgd. Ten tweede is het noodzakelijk dat de DGA aan de Belastingdienst kenbaar maakt dat de partner of de gewezen partner van de DGA heeft ingestemd met een wijziging in het PEB. Daarom zal de DGA de Belastingdienst moeten informeren indien hij gebruik heeft gemaakt van een van de opties voor een gefaciliteerde beëindiging van het PEB. Deze informatieverplichting is geen verzoek tot toepassing van de fiscaal gefaciliteerde beëindiging van het PEB, maar een voorwaarde waaraan moet worden voldaan als hiervan gebruik wordt gemaakt. Bij algemene maatregel van bestuur zal worden bepaald welke informatie aan de

¹² Bij een dergelijke compensatie kan bij de grote groep DGA's wier PEB-aanspraak commercieel onder water staat, rekening worden gehouden met de uitspraak van Hof Den Haag in een civielrechtelijke zaak (Gerechtshof Den Haag, 18 juni 2014, nr. 105.012.193-01, ECLI:NL:GHDHA:2014:2744). Daarin heeft genoemd hof geoordeeld dat een dekkingstekort bij het PEB evenredig voor rekening van zowel de DGA als diens echtgenoot moet komen. De echtgenoot kan op basis daarvan dus niet meer opeisen dan de DGA zelf uit de B.V. als oudedagsvoorziening kan verwachten. Eenzelfde uitspraak heeft Hof Den Haag op 23 maart 2016 gedaan (Gerechtshof Den Haag, 23 maart 2016, nr. 200.173.543/01, ECLI:GHDHA:2016:1032).

Belastingdienst moet worden verstrekt en op welke wijze deze informatie moet worden aangeleverd.

Gesplitste polissen

Sommige DGA's hebben een zogenoemde gesplitste polis. Onder een gesplitste polis wordt in dit verband verstaan een pensioenovereenkomst waarbij een deel van het pensioen is verzekerd bij een eigenbeheerlichaam (en dus een PEB is als hiervoor bedoeld) en een deel bij een externe verzekeraar. Ingevolge de huidige fiscale wetgeving mag waardeoverdracht van het extern verzekerde pensioen plaatsvinden naar een eigenbeheerlichaam. Dit betekent dat bij gesplitste polissen het extern verzekerde deel fiscaal gezien mag worden "teruggehaald" naar eigen beheer. Na afschaffing van het PEB zoals voorzien in het onderhavige wetsvoorstel, is een eigenbeheerlichaam vanaf 2017 geen toegelaten verzekeraar meer, met uitzondering van het tot en met 31 maart 2017 in het eigenbeheerlichaam opgebouwde PEB. Waardeoverdracht van een extern verzekerde pensioen naar een eigenbeheerlichaam is dan ook vanaf 1 april 2017 niet langer mogelijk. Het kabinet ziet geen aanleiding om te bewerkstelligen dat het extern verzekerde deel na 31 maart 2017 nog kan worden teruggehaald naar eigen beheer. Doel van het onderhavige wetsvoorstel is immers te bewerkstelligen dat zoveel mogelijk DGA's hun PEB beëindigen vanwege de eerder in deze memorie beschreven knelpunten, verbonden aan het PEB. Deze knelpunten doen zich niet voor bij een extern verzekerde pensioen. Overigens is het terughalen van het extern verzekerde deel tot 1 juli 2017 nog wel mogelijk. In dat geval kan dit deel in 2017, 2018 of 2019 worden afgekocht, maar over dit deel wordt geen korting verleend omdat de korting maximaal wordt verleend over de fiscale (balans)waarde zoals die per ultimo 2015 vermeld stond op de balans van de B.V. die de PEB-verplichting heeft. Over die afkoop is ook geen revisierente verschuldigd.

Afkoop reeds ingegane pensioenen

Het gefaciliteerd afkopen van het PEB is ook mogelijk voor reeds ingegane pensioenen. Met andere woorden, gefaciliteerde afkoop is niet voorbehouden aan pensioenaanspraken die nog in de opbouwfase zitten en dus nog niet tot uitkering zijn gekomen.

Echter, bij afkoop van het reeds tot uitkering gekomen PEB in 2017, 2018 of 2019 zal de fiscale balanswaarde op het moment van afstempelen lager zijn dan die per ultimo 2015. In dat geval wordt de korting berekend over de fiscale (balans)waarde op het moment van afstempelen en niet over de (hogere) fiscale (balans)waarde ultimo 2015.

Afgekocht PEB kan niet worden "ingeaald" in de derde pijler

Premies voor lijfrenteproducten mogen alleen in aftrek worden gebracht als sprake is van een pensioentekort (jaarruimte). Voor zover die ruimte in een bepaald jaar niet volledig wordt gebruikt, ontstaat er een extra aftrekruijme, de reserverings-

ruimte, die in een van de zeven daaropvolgende jaren alsnog kan worden gebruikt (“inhaal”). Bij de opbouw van een PEB is sprake van aan de DGA toekomstige aanspraken volgens een pensioenregeling. Een dergelijke opbouw telt dan ook mee voor de beantwoording van de vraag of en in hoeverre sprake is van een pensioentekort. In de jaren dat PEB is opgebouwd, is er voor dat deel dan ook geen pensioentekort en dus geen ruimte om de premies voor een lijfrenteproduct in aftrek te brengen. Dit verandert niet (met terugwerkende kracht) bij beëindiging van het PEB. Nog steeds blijft er dan in de jaren dat gedoteerd is aan het PEB geen ruimte om premies voor een lijfrenteproduct in aftrek te brengen. Beëindiging van het PEB met gebruikmaking van een gefaciliteerde afkoop leidt dan ook niet tot extra inhaalruimte voor de aankoop van een derdepijlerproduct. Indien in de jaren dat het PEB is opgebouwd niet de volledige opbouwruimte is benut, is er voor deze niet-benutte opbouwruimte uiteraard wel de mogelijkheid een lijfrenteproduct aan te schaffen. Deze ruimte is reeds bestaande ruimte die er ook zou zijn als het PEB niet beëindigd zou worden.

Aandelen (pensioen-)B.V. in andere handen

Een bijzondere situatie doet zich voor indien de aandelen in het eigenbeheerlichaam op het moment van het gedeeltelijk prijsgeven van de pensioenaanspraken en de afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting niet in handen zijn van de (gewezen) werknemer zelf. Alsdan zal bij het – zonder verdere compensatie – prijsgeven van pensioenrechten en als gevolg van de daaruit volgende waardevermindering van de aandelen, in de regel sprake zijn van een bevoordeling van de aandeelhouders door de (gewezen) werknemer, waardoor schenkbelasting verschuldigd zal zijn. Dit geldt zowel in geval van een overdracht van de aandelen in het zicht van het benutten van de in dit wetsvoorstel voorziene afkoop- of omzetfaciliteit als in het geval waarin de aandelen in het eigenbeheerlichaam al langer bij een ander berusten. Het kabinet heeft er dus bewust voor gekozen geen wettelijke bepaling in de Successiewet op te nemen.

Wel zijn er diverse andere anticiperende wetsbepalingen opgenomen.

Hoofdstuk 2 Anticiperende maatregelen

2.1. Prijsgeven en afkopen of omzetten

Diverse Kamerleden vragen waarom voor het berekenen van de korting bij afkoop aangesloten wordt bij de datum van 31 december 2015. Verder vragen deze leden welke andere mogelijkheden er zijn om anticipatie-effecten te voorkomen en waarom niet gekozen is voor een tegenbewijsregeling. Zij vragen in dit kader waarom niet gekozen is voor 31 december 2016, waarbij dan voorwaarden worden gesteld aan het bedrag dat in 2016 nog kan worden opgebouwd in het PEB. Verder vragen zij of het beperken van de korting tot de fiscale balanswaarde per 31 december 2015 niet onnodig ingewikkeld is, bijvoorbeeld in gevallen waarin in 2016 niet meer gedoteerd is. De Staatssecretaris antwoordt in de Nota naar aanleiding van het Verslag (34 555, nr. 5) als volgt: in het wetsvoorstel is opgenomen

dat bij afkoop van een PEB in 2017, 2018 of 2019 (na fiscaal geruisloze afstempeling tot de fiscale waarde van de tegenover de pensioenaanspraak staande verplichting) een korting op de grondslag voor de loonbelasting wordt verleend. Deze korting wordt, om anticipatie-effecten te voorkomen, maximaal berekend over de fiscale balanswaarde van de tegenover de afgekochte aanspraak staande verplichting op de eindbalans van het in 2015 geëindigde boekjaar van het lichaam waar het PEB is ondergebracht. Bij een gebroken boekjaar wordt de korting derhalve berekend over de fiscale balanswaarde op de eindbalans van het boekjaar dat eindigt in 2015 en niet op die van 31 december 2015. Wanneer in 2016 alleen door de actuariële oprenting een verhoging van de reserve heeft plaatsgevonden, is er geen sprake van een anticipatie-effect. Voorbeelden van anticipatie-effecten zijn (fors) hogere dotaties aan het PEB in 2016 of zelfs het voor het eerst opbouwen hiervan, waarbij het dan zeer aannemelijk is dat de (hogere) dotaties zijn gedaan met het oog op het behalen van een fiscaal voordeel. Het fiscale voordeel zou er dan uit bestaan dat de dotatie in 2016 voor de volledige (commerciële) waarde in mindering komt bij het bepalen van het fiscale loon, terwijl de aanspraak in 2017 vervolgens kan worden afgekocht voor de (lagere) fiscale waarde van de hier tegenover staande verplichting met ook nog een korting op deze grondslag. Het kabinet acht dit een reëel risico en heeft daarom in het wetsvoorstel bepaald dat de maximale korting die bij afkoop van een PEB in 2017 (of 2018 of 2019) van toepassing is, berekend wordt over de fiscale balanswaarde ultimo 2015. Uiteraard zijn er ook andere mogelijkheden denkbaar om dergelijke anticipatie-effecten te voorkomen. Zo zou de maximale korting berekend kunnen worden over de fiscale balanswaarde ultimo (boekjaar) 2016, voor zover de dotatie in 2016 zakelijk is of een bepaalde marge ten opzichte van eerdere jaren niet overschrijdt. Ook een tegenbewijsmogelijkheid waarbij de korting over de fiscale waarde ultimo 2015 wordt berekend, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat de dotatie in 2016 zakelijk is geweest, is overwogen. Uiteindelijk is echter niet voor deze varianten gekozen, omdat deze (veel) complexer zouden zijn voor de uitvoering, bijvoorbeeld omdat dan veel discussie te verwachten is over de vraag in hoeverre een dotatie in 2016 al dan niet zakelijk is en de hiervoor genoemde anticipatie daar bovendien niet mee wordt voorkomen. Een hogere dotatie in 2016 is immers per definitie niet onzakelijk, maar dat neemt niet weg dat de dotatie tegelijkertijd niet zou zijn gedaan zonder genoemd fiscaal voordeel. Ook het alleen beperken van de grondslag indien de dotatie in 2016 een bepaald percentage meer bedraagt dan de dotatie in 2015, brengt meer uitvoeringslasten mee dan de in het wetsvoorstel opgenomen regeling en voorkomt evenmin de genoemde anticipatie. Het kabinet geeft dan ook de voorkeur aan de thans opgenomen regeling voor het bepalen van de korting op de grondslag. Naar de mening van het kabinet is dit een eenvoudige regeling die het berekenen van de maximale korting niet onnodig ingewikkeld maakt. Er wordt namelijk aangesloten bij de fiscale balanswaarde op de eindbalans van het boekjaar dat eindigt in 2015. Dit is een vaststaand bedrag dat uit de eindbalans van 2015 is af te leiden. Een separate vaststelling of berekening is derhalve niet vereist.

2.2. Extra dotaties in 2016

In artikel 38q Wet LB is een bepaling opgenomen met betrekking tot de pensioenopbouw in 2016. Het voorgestelde artikel 38q van de Wet LB 1964 is van toepassing in gevallen waar in 2016 een opbouw van pensioen in eigen beheer, al dan niet volledig voor rekening van de werknemer, heeft plaatsgevonden die meer dan 125% hoger is dan de opbouw in 2015 en waar vervolgens in 2017, 2018 of 2019 wordt gekozen voor toepassing van artikel 38n, tweede lid, van de Wet LB 1964. In die situatie mag ervan worden uitgegaan dat de hogere opbouw in 2016 heeft plaatsgevonden met het oog op de fiscale faciliteiten in het kader van het uitfaseren van het pensioen in eigen beheer met ingang van 1 april 2017. Om te voorkomen dat ook voor deze incidenteel hogere pensioenopbouw in 2016 kan worden geprofiteerd van de fiscaal geruisloze afstempling, wordt in de eerste volzin van het voorgestelde artikel 38q van de Wet LB 1964 bepaald dat artikel 38n, tweede lid, van de Wet LB 1964 voor dat deel niet van toepassing is. Dit deel van de in 2016 opgebouwde aanspraak kan derhalve niet fiscaal geruisloos worden prijsgegeven tot de fiscale balanswaarde van de tegenover die aanspraak staande verplichting en vervolgens fiscaal gefaciliteerd worden afgekocht of omgezet in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting. In genoemde volzin wordt verder geregeld dat ook artikel 19b van de Wet LB 1964 op dit bovenmatige deel niet van toepassing is. Dit betekent dat als dit bovenmatige deel bijvoorbeeld wordt afgekocht of prijsgegeven niet de in artikel 19b, eerste lid, van de Wet LB 1964 opgenomen gevolgen intreden. Die gevolgen zouden anders namelijk voor de gehele aanspraak gelden. In de tweede volzin van genoemd artikel 38q wordt in samenhang daarmee geregeld dat op het moment dat zich met betrekking tot dat bovenmatige deel een omstandigheid voordoet als bedoeld in artikel 19b, eerste lid, onderdelen a, b, c of d, van de Wet LB 1964, zoals dat artikel luidde op 31 december 2016, de waarde in het economische verkeer van dit bovenmatige deel als loon uit vroegere dienstbetrekking in aanmerking genomen. Daarnaast is in dat geval revisierente verschuldigd. Voor de relatief hoge grens van meer dan 125% is omwille van de uitvoerbaarheid voor de Belastingdienst gekozen. Daarmee is er onder meer ruimte om naast de reguliere opbouw over het betreffende jaar een dienstjaar in te kopen voor zover in het verleden een onvolledig pensioen is opgebouwd.

2.3. Geen KER voor een pensioentoezegging aan de DGA

Wettelijk is het mogelijk om een kostenegaliseringsreserve (KER) op te nemen bij een stellig voornemen tot het toekennen van een pensioen aan de DGA (artikel 3.53 Wet IB 2001). Nu de mogelijkheid van opbouwen van een pensioen in eigen beheer niet meer kan m.i.v. 2017 is in artikel 8, lid 7 Wet Vpb bepaald dat geen KER of voorziening kan worden gevormd bij een stellig voornemen tot het toekennen van een pensioen.

De DGA civiel-pensioenjuridisch bekeken

*Erik Lutjens*¹

De uitfasering van het pensioen in eigen beheer is vooral fiscaal van aard. Aan pensioen in eigen beheer ligt echter een civiele overeenkomst tussen de DGA en zijn werkgever ten grondslag. Dit hoofdstuk richt zich op de civiel-juridische kant van het DGA-pensioen. Twee onderwerpen komen aan de orde: de betekenis van de Pensioenwet en het DGA-pensioen bij scheiding. Daarna bespreek ik de civiele regels inzake wijziging van de aanspraken op DGA-pensioen.

DGA en de Pensioenwet

De Pensioenwet² bevat regels betreffende pensioen en is de centrale wet inzake het aanvullend pensioen voor werknemers. De Pensioenwet is van toepassing op de pensioenovereenkomst en daarmee gelijk gestelde rechtsfiguren. De pensioenovereenkomst omschrijft art. 1 Pensioenwet als: ‘hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen’. Hierin zitten diverse elementen: overeenkomst, werkgever, werknemer en pensioen.

DGA geen werknemer in Pensioenwet

Pensioen in de zin van de Pensioenwet is (definitie art. 1): ‘ouderdompensioen, arbeidsongeschiktheidspensioen of nabestaandenpensioen, zoals tussen werkgever en werknemer overeengekomen’. Ook hier zijn de begrippen werkgever en werknemer dus weer bepalend. Andere partijen kunnen best afspraken maken over pensioen, als bedoeld in de Pensioenwet, maar dit is dan geen pensioenovereenkomst waarop de Pensioenwet van toepassing is.

Voor de DGA nu is van belang dat deze niet valt onder het werknemberbegrip van de Pensioenwet. Werknemer definieert art. 1 als: ‘degene die krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of publiekrechtelijke aanstelling arbeid verricht voor een werkgever, met uitzondering van de directeur-grotaandeelhouder en de werknemer die onder de werkingssfeer van een verplichtgestelde beroepspensioen-

¹ Hoogleraar Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam, pensioenrecht advocaat bij DLA Piper N.V.

² Wet van 7 december 2006, Stb. 2006, 702.

regeling als bedoeld in de Wet verplichte beroepspensioenregeling valt'. De directeur-grotaandeelhouder (DGA) is dus geen werknemer in de zin van de Pensioenwet.

DGA en PSW

In de voorganger van Pensioenwet, de Pensioen- en spaarfondswet, was de DGA wel werknemer, maar kon hij er schriftelijk mee instemmen dat zijn werkgever de pensioenregeling niet op de 'reguliere' wijze onderbracht bij een externe professionele uitvoerder (zie art. 2 lid 3, onder c PSW). Bij de uitvoering moest de werkgever van de DGA zich wel houden aan de Regeling voorwaarden pensioentoezeggingen aan direct- en indirect-grotaandeelhouders.³ Deze Regeling schreef voor op welke wijze de pensioentoezegging aan de DGA mocht worden uitgevoerd, namelijk door reservering van een bedrag binnen de vennootschap die de pensioentoezegging had gedaan of binnen de vennootschap waarvan de DGA de aandelen houdt, dan wel in een aparte rechtspersoon die de uitvoering van de pensioentoezegging aan de DGA ten doel had (dit laatste werd kortheidshalve wel de pensioen-B.V. genoemd). Hiernaast bevatte de Regeling materiele voorschriften: omtrent de rechten bij einde van de deelneming in de pensioenregeling en omtrent de aanspraken op nabestaandenpensioen van de partner van de DGA bij scheiding.

DGA en Pensioenwet

De DGA had onder de PSW dus al een afwijkende positie. Daar lag destijds de overweging aan ten grondslag dat de DGA de bescherming die een 'gewone' werknemer behoeft, niet nodig heeft. Dit heeft er bij de Pensioenwet toe geleid de DGA geheel buiten de wet te plaatsen. Het wordt in de memorie van toelichting als volgt verantwoord:⁴

'De regering wil de positie van de directeur-grotaandeelhouder in pensioenwetgeving verduidelijken door deze geheel buiten de reikwijdte van dit wetsvoorstel te brengen. Belangrijkste reden is dat een directeur-grotaandeelhouder een werknemer is die de feitelijke macht heeft in een onderneming en beschouwd kan worden als eigenaar. Zijn hoedanigheid van werknemer is van ondergeschikt belang. Een directeur-grotaandeelhouder heeft de bescherming van de wet niet nodig. Hij kan zijn eigen belangen ook in de rol van eigenaar behartigen. Er is immers geen sprake van feitelijke ondergeschiktheid aan het bestuur van de onderneming die de werkgeversrol vervult. Doordat de directeur-grotaandeelhouder niet meer onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel valt, geldt dat ook voor hun (ex-)partners.

³ Stert. 1994, 251.

⁴ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 20.

Immers, er is in het geheel geen sprake meer van een pensioen in de zin van dit wetsvoorstel.’

De Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet gaf in art. 8 nog specifiek overgangsrecht voor de DGA die onder de PSW een pensioentoezegging had gekregen. Dit overgangsrecht is uitgewerkt en laat ik hier buiten bespreking.

Begrip DGA

Dan is vervolgens van belang wie de Pensioenwet als DGA aanmerkt. Dit is ingevuld met de definitie van DGA in art. 1 Pensioenwet, luidende als volgt:

- a. persoonlijk houder van aandelen welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen en waaraan stemrecht in de algemene vergadering is verbonden;
- b. indirect persoonlijk houder van aandelen welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen en waaraan stemrecht in de algemene vergadering is verbonden; of
- c. houder van certificaten van aandelen, uitgegeven door tussenkomst van een administratiekantoor waarvan hij voor ten minste een tiende deel in het bestuur vertegenwoordigd is, welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigen en aan welke aandelen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden.

Het gaat dus om het – direct of indirect – persoonlijk houden van aandelen of certificaten en wel met stemrecht. Het vereiste van persoonlijk houden betekent dat bijvoorbeeld de echtgenoot/ote van de DGA niet als DGA in de zin van de Pensioenwet kan worden aangemerkt, ook niet indien er sprake van gemeenschap van goederen. Zie ook de memorie van toelichting.⁵

Er wordt in dit artikel gesproken over «persoonlijk houder of indirect persoonlijk houder» om te benadrukken dat iemand die in gemeenschap van goederen gehuwd is met een grootaandeelhouder door dit enkele feit geen grootaandeelhouder in de zin van dit wetsvoorstel is.

De term ‘indirect’ houder is als volgt toegelicht:⁶

Met de term «indirect houder» wordt bedoeld op de situatie dat de aandelen niet direct in de vennootschap van de werkgever worden gehouden, maar dat de betrokkene aandelen heeft in een vennootschap die aandelen heeft in de vennootschap van de werkgever. Het kan daarbij ook gaan om een situatie waarin iemand in dienst is van een Nederlandse onderneming, die een dochter is van een buitenlandse

⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 167.

⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 167.

onderneming en waarbij de werknemer grootaandeelhouder is in dat buitenlandse moederbedrijf’.

Het vereiste van stemrecht is ingevoegd bij de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering B.V. -recht in 2012.⁷

DGA toch onder Pensioenwet

Ondanks het voorgaande kan de Pensioenwet toch op de DGA van toepassing zijn. Dat is het geval wanneer de DGA valt onder de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Dan is volgens art. 3 lid 1 Pensioenwet de Pensioenwet met uitzondering van de art. 7 en 9 van overeenkomstige toepassing (art. 7 betreft een vermoeden van een pensioenovereenkomst bij schending van een informatieplicht en art. 9 een vermoeden van een pensioenovereenkomst bij overgang van een onderneming). De verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds kan volgens art. 2 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds betrekking hebben op ‘personen die in de betrokken bedrijfstak werkzaam zijn’. De hoedanig van de betrokken personen en de grondslag waarop zij werkzaam zijn is niet van belang. Bijvoorbeeld ook een zelfstandig werkende persoon, niet zijnde een werknemer, kan onder de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds vallen. En een DGA dus ook, al is deze geen werknemer in de zin van de Pensioenwet.

Geen uitvoeringsvoorschriften

Omdat de DGA in het geheel niet onder de Pensioenwet valt, zijn de regels over uitvoering van de pensioenovereenkomst in de Pensioenwet niet op de DGA van toepassing. Onder de PSW gaf de genoemde Regeling voorwaarden pensioentoezeggingen aan direct- en indirect-grootaandeelhouders bepalingen over de uitvoering en onderbrenging van de pensioentoezegging. Ook dergelijke bepalingen gelden niet meer onder de Pensioenwet.

Vanuit de Pensioenwet gezien is de (werkgever van de) DGA dus geheel vrij in de wijze waarop pensioen voor de DGA wordt veiliggesteld. Dat kan door reservering van bedragen in de vennootschap met welke de overeenkomst over pensioen is gesloten of in een afzonderlijke pensioen B.V. of anders.

⁷ Wet van 18 juni 2012, Stb. 2012, 300.

Geen waardeoverdracht

Waardeoverdracht in de zin van de Pensioenwet is ‘slechts’ mogelijk in de gevallen besproken in de Pensioenwet (art. 70 lid 3 Pensioenwet). Overdracht is uitsluitend mogelijk naar door de Pensioenwet toegelaten pensioenuitvoerders (verzekeraar met zetel in Nederland, premiepensioeninstelling, pensioenfonds, met een uitbreiding naar de verzekeraar met zetel buiten Nederland en de pensioeninstelling in een andere lidstaat; deze laatste zijn de in een andere lidstaat, waaronder begrepen EER landen, gevestigde instellingen in de zin van richtlijn 2003/41/EG voor instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen, die de definitie van deze instellingen in art. 1 Pensioenwet). De waardeoverdracht van pensioen op grond van een pensioenovereenkomst in de zin van de Pensioenwet naar een uitvoerder van de DGA is onder de Pensioenwet derhalve niet mogelijk.

Overdracht van pensioenaanspraken vanuit de DGA uitvoerder naar een uitvoerder van een pensioenovereenkomst in de zin van de Pensioenwet kan wel, in zoverre dit als uitvoering van de betreffende pensioenovereenkomst is aan te merken. Dit zou bijvoorbeeld kunnen doordat werkgever en werknemer (niet zijnde de DGA) een pensioenovereenkomst sluiten over hetgeen in het verleden DGA-pensioen was en buiten de Pensioenwet viel. Er is dan feitelijk een pensioenovereenkomst over diensttijd uit het verleden dat de werknemer DGA was.

Pensioenwet en fiscaal recht

Er zijn fiscale grenzen waarbinnen een DGA pensioenovereenkomst zich moet bewegen om voor fiscale erkenning en faciliteiten in aanmerking te komen. Voor de civiele duiding en de rechtsgeldigheid van pensioenovereenkomsten in civiele zin zijn deze fiscale regels echter niet relevant. De fiscale regels bevatten geen bepalingen waarvan overtreding met nietigheid is bedreigd, noch kan worden aangenomen dat een pensioenovereenkomst die de fiscale grenzen te boven gaat (reeds) daarom in strijd is met de goede zeden. Er zullen (andere) fiscale gevolgen zijn, maar dat is het dan ook. Illustratief is de uitspraak van de Hoge Raad 14 maart 2014, PJ 2014/171. Het hof had in deze kwesties bij zijn oordeel dat een besluit tot toekenning van een pensioen niet rechtsgeldig was mede in aanmerking genomen dat de premieafdracht fiscaal niet was aanvaard. De Hoge Raad oordeelt hierover: ‘Ook de overweging van het hof in rov. 2.14 dat de Belastingdienst de omvangrijke dotaties achteraf niet zou hebben aanvaard, kan zijn beslissing niet dragen. De wijze waarop de dotaties fiscaalrechtelijk worden gewaardeerd is een kwestie die geheel losstaat van de rechtsgeldigheid van de toezegging.’.

Waar derhalve de rechtsgeldigheid van een pensioenovereenkomst ‘geheel’ los staat van de fiscale waardering, kan de bedoeling van partijen in relatie tot de fiscale behandeling wel een gezichtspunt zijn dat meeweegt bij de uitleg van de pensioenovereenkomst (zie ook Hof Den Haag 12 mei 2015, PJ 2015/114). Uiteraard is ook mogelijk overeen te komen dat een pensioenovereenkomst slechts tussen partijen geldt indien (en in zoverre) dit fiscaal wordt aanvaard.

Afkoop fiscaal bovenmatig pensioen

De Pensioenwet geeft (ook) geen regels over rechtsgeldigheid van een fiscaal bovenmatig pensioen, maar wel regels over afkoop van fiscaal bovenmatig pensioen. De pensioenuitvoerder is bevoegd een fiscaal bovenmatig pensioen af te kopen en is op verzoek van de gerechtigde verplicht een pensioen af te kopen dat de grenzen van Hoofdstuk IIB VIII Wet op de Loonbelasting 1964 te boven gaat, tenzij het betreft nettopensioen, af te kopen. De afkoopwaarde wordt aan de deelnemer of gewezen deelnemer beschikbaar gesteld of wat betreft het bijzonder nabestaandenpensioen aan de gewezen partner (art. 69 Pensioenwet). Deze bepalingen gelden echter ook niet voor het DGA pensioen, tenzij de DGA deelneemt in een verplicht bedrijfstakpensioenfonds.

Geen Pensioenwet, wel verzekering

De Pensioenwet is niet op de DGA van toepassing. Dat staat er niet aan in de weg dat de DGA het door hem met zijn werkgever overeengekomen pensioen verzekert. Dat kan bij een in Nederland of – in kader van vrije dienstverrichting buiten Nederland – gevestigde verzekeraar. Bij een premiepensioeninstelling kan dit niet omdat een dergelijke instelling alleen arbeidsgerelateerd pensioen mag uitvoeren, waaronder alleen pensioenregelingen in de zin van de Pensioenwet of de verplichte beroepspensioenregelingen worden verstaan. Bij een pensioenfonds kan dit niet omdat een pensioenfonds alleen activiteiten in verband met pensioen (in de zin van de Pensioenwet) mag verrichten en hetgeen daarmee verband houdt (art. 116 Pensioenwet). Op een eventuele verzekering van het pensioen door de DGA is titel 7.17 BW (verzekering) van toepassing, maar niet de Pensioenwet.

Faillissement

Pensioenaanspraken als bedoeld in de Pensioenwet zijn niet afkoopbaar (art. 65 Pensioenwet), ook niet door de curator in het faillissement van de rechthebbende. Ook dit geldt niet voor de DGA. Echter het recht tot afkoop van een verzekering van de DGA kan wel buiten het faillissement vallen, indien deze door de afkoop onredelijk benadeeld wordt (art. 22a F). Indien het gaat om verzekeringen ter uitvoering van een pensioenovereenkomst, is deze onredelijke benadeling aanneemelijk (zie bijvoorbeeld Rechtbank Oost-Brabant 1 februari 2013, PJ 2013/109). De aanspraak op een lijfrenterekening of lijfrentebeleggingsrecht valt ook buiten het faillissement (art. 21 F).

DGA-pensioen bij scheiding

Regels over verdeling van ouderdomspensioen bij scheiding zijn gesteld in de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (Wet VPS).⁸ Deze regels gelden in beginsel ook voor het DGA pensioen. De veel voorkomende situatie van het in 'eigen beheer' houden, levert echter bijzondere vragen op betreffende korte gezegd de 'afstorting'. De Pensioenwet geeft regels over de aanspraak van de gewezen echtgenoot/ote op nabestaandenpensioen bij scheiding, het zogenaamd bijzonder partnerpensioen. Aangezien de Pensioenwet niet voor de DGA geldt, gelden deze regels voor het bijzonder partnerpensioen ook niet. Aangezien de met het bijzonder partnerpensioen gegeven bescherming ook voor de partner voor de DGA gewent werd gevonden, zijn regels voor het bijzonder partnerpensioen van de DGA in de Wet VPS opgenomen.

De Wet VPS: ouderdomspensioen

Volgens de Wet VPS wordt ouderdomspensioen verevend in geval van scheiding. Dat wil zeggen dat de gewezen echtgenoot recht krijgt op betaling van een deel van het tijdens huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen. Dat deel is de helft, uitgaande van een aantal ficties, waaronder de fictie dat de deelneming in de pensioenregeling bij einde huwelijk is beëindigd (art. 3 Wet VPS). Het pensioen van de DGA valt expliciet onder de werking van de Wet VPS. Art. 1 lid 4, onder a bepaalt immers dat de wet van toepassing is op: 'een pensioenregeling op grond van een pensioenovereenkomst als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet; alsmede een pensioenovereenkomst die is gesloten met een directeur-groootaandeelhouder als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet'.

Verevening in de zin van de Wet VPS betekent dat een recht op betaling van het deel van het ouderdomspensioen ontstaat jegens het uitvoeringsorgaan, vermits de scheiding tijdig, binnen twee jaar, met een daartoe voorgeschreven formulier aan het uitvoeringsorgaan is gemeld (art. 2 leden 1 en 2 Wet VPS). Ook het door een DGA, dan wel diens werkgever, ingeschakelde uitvoeringsorgaan valt hier onder. Uitvoeringsorgaan is in art. 1 Wet VPS immers gedefinieerd als: 'de natuurlijke of rechtspersoon, die tot uitbetaling van pensioen gehouden is'. Bij in eigen beheer gehouden pensioen is dit de vennootschap of pensioen B.V. waarbinnen een reservering voor het pensioen heeft plaatsgevonden. Dit impliceert dat de betreffende instelling een deel van het ouderdomspensioen aan de gewezen echtgenoot van de DGA moet betalen vanaf de uitkering aan de DGA zelf.

⁸ Wet van 28 april 1994, Stb. 1994, 342.

Afstorting

Deze toepassing van de Wet VPS brengt mee dat de gewezen echtgenoot voor de realisering van haar recht op betaling van het deel van het ouderdomspensioen afhankelijk is van de vennootschap of de pensioen B.V. waar in het algemeen andere gewezen echtgenoot als DGA overwegende zeggenschap heeft. Deze afhankelijkheid is lang niet altijd een gewenste situatie. De Hoge Raad heeft daarom reeds in 2007 geoordeeld dat de regels van redelijkheid en billijkheid in beginsel meebrengen dat het deel van het pensioen bestemd voor de gewezen echtgenoot extern wordt verzekerd, mits de instelling ook over voldoende middelen daartoe beschikt. De Hoge Raad 9 februari 2007, PJ 2007/42 overwoog als volgt:

De eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen, zullen in het algemeen meebrengen dat de tot verevening verplichte echtgenoot die als directeur en enig aandeelhouder de rechtspersoon beheerst waarin de te verevenen pensioenaanspraak is ondergebracht, dient zorg te dragen voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar van het kapitaal dat nodig is voor het aan de andere echtgenoot toekomende deel van de pensioenaanspraak. Van de vereveningsgerechtigde echtgenoot kan in beginsel immers niet worden gevergd dat deze bij voortdurende afhankelijk blijft van het beleid dat de andere echtgenoot ten aanzien van de betrokken rechtspersoon (en de onderneming waaraan deze verbonden is) voert en het risico moet blijven dragen dat het in eigen beheer opgebouwde pensioen te zijner tijd niet kan worden betaald. De verplichting om in beginsel tot afstorting over te gaan is gebaseerd op de eisen van redelijkheid en billijkheid. De beantwoording van de vraag of daarop in een concreet geval aanspraak kan worden gemaakt, moet geschieden met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Daarbij zal de omstandigheid dat onvoldoende liquide middelen aanwezig zijn om de afstorting te effectueren slechts dan tot ontkenning van die vraag kunnen leiden indien de vereveningsplichtige stelt en bij betwisting aannemelijk maakt dat de benodigde liquide middelen ook niet kunnen worden vrijgemaakt of van elders verkregen zonder de continuïteit van de bedrijfsvoering van de rechtspersoon en de onderneming waaraan deze is verbonden in gevaar te brengen.

Uitgangspunt is dus externe verzekering, tenzij de middelen niet beschikbaar zijn en ook niet van elders kunnen worden verkregen. Veel discussie is daarna gegaan over de vraag wanneer er onvoldoende middelen zijn en in het licht van het verschil in commerciële waarde (benodigd voor externe verzekering) en fiscale waarde (hetgeen fiscaal gereserveerd mocht worden) hoe in dat verband een tekort aan reservering gewaardeerd moet worden in het kader van de afstortingsplicht.

Hof Den Haag 4 juni 2013, PJ 2013/141 wees zo een vordering tot externe afstorting af omdat gezien de financiële situatie van de B.V. en afstorting tot gevolg zou hebben dat de pensioenaanspraak van de DGA “volledig in rook op gaat” de “postsolidariteit die ex echtgenoten jegens elkaar in acht dienen te nemen” zich daar tegen verzet. In gelijke zin over postsolidariteit oordeelde Hof Den Haag 25 november 2015, PJ 2016/52 en zelfde hof 23 maart 2016, PJ 2016/131.

Hof Den Bosch 3 februari 2014, PJ 2014/153 oordeelde dat in de situatie dat de pensioenvoorziening € 48.587 bedroeg, terwijl voor afstorting een bedrag van 144.442 nodig was, de vrouw zich naar “redelijkheid en billijkheid” niet op kan beroepen dat laatstgenoemd bedrag moet worden afgestort.

In gelijke zin oordeelde Hof Amsterdam 13 januari 2015, PJ 2015/60 in een situatie dat de B.V. onvoldoende middelen had.

De beginselplicht tot afstorting is derhalve aanzienlijk genuanceerd. Dit zou natuurlijk anders beslist kunnen worden indien zou blijken dat de DGA op onrechtmatige wijze geldt uit de B.V. heeft weggesluisd.

De nuancering op de afstortingsplicht is recent ook door de Hoge Raad onderkend, in zijn arrest van 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693. Uitgangspunt van de afstortingsrechtspraak is namelijk dat echtgenoten in gelijke mate aanspraak kunnen maken op het opgebouwde pensioen. Dat uitgangspunt zou geweld worden aangedaan indien eventuele tekorten bij gereserveerde bedragen niet worden gedeeld. De Hoge Raad overwoog als volgt:

3.4.4 Het hiervoor in 3.4.2 vermelde wettelijke uitgangspunt dat echtgenoten in gelijke mate aanspraak kunnen maken op het opgebouwde pensioen, is onverkort van toepassing indien de hiervoor in 3.4.3 genoemde afstortingsplicht bestaat. De afstorting dient dan ook, zoals het hof terecht in rov. 4.16 van zijn tussenbeschikking heeft geoordeeld, zodanig plaats te vinden dat de aanspraken van partijen op het pensioen in beginsel ook in dezelfde mate zijn verzekerd, althans dat dit laatste zoveel mogelijk het geval is.

3.4.5 Bij dit laatste dient het volgende tot uitgangspunt te worden genomen.

Indien de vennootschap een pensioentoezegging doet, dient zij zorg te dragen dat zij deze te zijner tijd kan nakomen. Indien en voor zover de opbouw van het pensioen in eigen beheer plaatsvindt, dient zij daarom in beginsel over voldoende kapitaal daartoe te beschikken (in de vorm van een voorziening of van eigen vermogen). In verband met de bepaling van art. 3.29 Wet IB 2001 (die een rekenrente voorschrijft van ten minste 4%) kan de fiscale pensioenreserve in dit verband onvoldoende zijn (hetgeen mede aanleiding is geweest voor de totstandkoming van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen, Stb. 2017, 115). Bij het vorenstaande dient dan ook te worden uitgegaan van de zogeheten commerciële waarde van de toezegging, waarbij de heersende marktrente tot uitgangspunt wordt genomen.

Indien op het tijdstip van scheiding onvoldoende kapitaal aanwezig is om én het aandeel van de tot verevening gerechtigde echtgenoot af te storten, waaronder begrepen de meerkosten om na afstorting tot dezelfde pensioenuitkering te komen als waarop deze zonder afstorting aanspraak had kunnen maken, én voldoende kapitaal in de vennootschap achter te laten om (opnieuw naar commerciële waarde berekend) de met het aandeel van de tot verevening verplichte echtgenoot corresponderende pensioenaanspraak te dekken, zal het tekort in beginsel moeten worden gedeeld, evenredig met de verhouding waartoe de verevening overeenkomstig art. 3 lid 1 WVPS leidt. Alleen aldus wordt immers voldoende recht gedaan aan het hiervoor in 3.4.2 en 3.4.4 vermelde

uitgangspunt dat de aanspraken van partijen (zoveel mogelijk) in dezelfde mate zijn verzekerd.

3.4.6 Uit het vorenstaande volgt dat het hof terecht, in het voetspoor van de door hem benoemde deskundige, is uitgegaan van de commerciële waarde van het in [A] B.V. opgebouwde pensioen, maar dat het heeft miskend dat het vervolgens had te onderzoeken of het in [A] B.V. aanwezige kapitaal toereikend is om én de pensioenaanspraak van de man af te storten, én de overblijvende pensioenaanspraak van de vrouw te dekken, op de hiervoor in 3.4.5 omschreven wijze. De verwijzing door het hof naar nog door [A] B.V. te behalen rendementen en naar de verdien capaciteit van de vrouw, duidt immers erop dat dit kapitaal niet in de vennootschap aanwezig is.

Dus: onderzocht moet worden of, uitgaande van de commerciële waarde van de pensioenaanspraak, er voldoende middelen zijn om de aanspraken op pensioen voor zowel de man als de vrouw in gelijke mate waar te maken. In scheidings-situaties is hiermee een duidelijke richting aangegeven, al kan natuurlijk discussie blijven over de waardebepaling en over de vraag of er mogelijk onrechtmatig geldt is weggesluit. Hierbij merk ik aanvullend op dat de Wet VPS aan het uitvoeringsorgaan een eigen plicht op legt tot betaling van een deel van het ouderdomspensioen aan de gewezen echtgenoot. Indien het uitvoeringsorgaan meewerkt aan wegsluizen van geld waar de vereveningsaanspraak van de gewezen echtgenoot illusoir zou worden, handelt het uitvoeringsorgaan onrechtmatig en is daarvoor aansprakelijk. De DGA als bestuurder kan in het verlengde daarvan persoonlijk aansprakelijk zijn.

Voor de volledigheid merk ik op dat de Wet VPS regelend recht bevat en afwijkende afspraken over de pensioenvervening mogelijk zijn (zie art. 2 lid 1, art. 4 en voor zogenaamde conversie art. 5 Wet VPS).

Bijzonder partnerpensioen

Voor werknemers geeft de Pensioenwet regels over toekenning van een recht op een eigen partnerpensioen aan de gewezen echtgenoot (het bijzonder partnerpensioen, art. 57 Pensioenwet). Omdat de Pensioenwet niet op de DGA van toepassing is, zijn er afzonderlijk regels gesteld voor het bijzonder partnerpensioen in de DGA situatie en wel in art. 3a Wet VPS. Dit artikel luidt:

Artikel 3a

- 1 In afwijking van artikel 1, eerste lid, onderdeel a, respectievelijk onderdeel b, wordt onder scheiding respectievelijk tijdstip van scheiding in geval van scheiding van tafel en bed in dit artikel verstaan:
scheiding: ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed;
tijdstip van scheiding: de datum waarop het huwelijk is ontbonden na scheiding van tafel en bed.

- 2 Indien het huwelijk of geregistreerd partnerschap van een directeur-grootaandeelhouder als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet eindigt door scheiding, verkrijgt zijn gewezen echtgenoot een aanspraak op partnerpensioen als de directeur-grootaandeelhouder ten behoeve van die gewezen echtgenoot zou hebben verkregen indien op het tijdstip van de scheiding de pensioenopbouw zou zijn beëindigd, anders dan door overlijden of het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.
- 3 Indien het huwelijk of geregistreerd partnerschap van een gewezen directeur-grootaandeelhouder als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet eindigt door scheiding, verkrijgt zijn gewezen echtgenoot een aanspraak op partnerpensioen als de directeur-grootaandeelhouder ten behoeve van die gewezen echtgenoot heeft verkregen bij beëindiging van de pensioenopbouw, anders dan door overlijden of het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.
- 4 Het tweede en het derde lid vinden geen toepassing, indien de directeur-grootaandeelhouder en zijn echtgenoot bij huwelijkse voorwaarden of bij een bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding anders overeenkomen.
- 5 Het uitvoeringsorgaan verstrekt aan de gewezen echtgenoot een bewijs van diens aanspraak.
- 6 De aanspraak op partnerpensioen ten behoeve van de echtgenoot van een directeur-grootaandeelhouder kan zonder toestemming van die echtgenoot niet bij overeenkomst tussen de directeur-grootaandeelhouder en het uitvoeringsorgaan of de werkgever worden verminderd.

Dit bijzonder partnerpensioen is dus een rechtstreeks uit de Wet VPS voortvloeiend recht voor de gewezen echtgenoot jegens het uitvoeringsorgaan. Ook hier doet zich dan de situatie voor dat de gewezen echtgenoot voor de verwezenlijking van dit recht afhankelijk is van het financiële wel en wee van het uitvoeringsorgaan. De afstortingsrechtspraak geldt ook hier.

En ook ten aanzien van dit bijzonder partnerpensioen geldt dat dit regelend recht is, zoals blijkt uit het hiervoor aangehaalde lid 4 van art. 3a Wet VPS.

Wijziging van DGA pensioenregeling

De pensioenaanspraken van de DGA zijn gebaseerd op een overeenkomst over pensioen met zijn werkgever, de betreffende vennootschap. Die overeenkomst zal bepalingen bevatten over de hoogte van het pensioen, de opbouw, de pensioendatum en over de wijze van uitvoering daarvan, alsmede over het partnerpensioen.

Wijzigen pensioenovereenkomst

Wil de DGA dit wijzigen door vanaf 1 april 2017 geen pensioen meer op te bouwen, dan zal in de eerste plaats deze overeenkomst over pensioen gewijzigd moet worden. Dat kan via het reguliere arbeidsvoorwaardelijke traject. Instemming van de partner of gewezen partner is hiertoe niet vereist, tenzij de overeenkomst zelf beperkingen in dat verband kent. Het is niet uitgesloten dat de overeenkomst

over het DGA pensioen bijvoorbeeld inhoudt dat wijziging van het partnerpensioen slechts met instemming van de partner mogelijk is.

Afkoop

Indien de DGA zou willen besluiten tot afkoop van het opgebouwde pensioen, is dat in beginsel ook aan te merken als een wijziging van de overeenkomst over pensioen die in de arbeidsvoorwaardelijke sfeer ligt. Afkoop zal plaatsvinden tegen betaling van de afkoopsom: de pensioenuitvoerder wordt bevrijdt van verplichtingen tegenover betaling van de afkoopsom. Hier is in beginsel dan ook geen verrijking of verarming, zodat er naar mijn oordeel geen sprake is van een schenking (art. 3:175 BW). Evenmin is hier sprake van een gift in de zin van art. 1:88 lid 1 onder c BW waarvoor op die grond instemming van de echtgenoot zou zijn vereist.

Belangen echtgenoot op grond van redelijkheid en billijkheid

Afkoop van ouderdomspensioen kan nochtans in strijd komen met de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen echtgenoten beheerst, mede in aanmerking nemende het uitgangspunt dat het tijdens huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen in beginsel gelijk bestemd is voor beide partners. Dit laatste ligt zowel ten grondslag aan de Wet VPS als aan de afstortingsrechtspraak van de Hoge Raad. Dit brengt naar mijn oordeel mee dat de relationele redelijkheid en billijkheid meebrengt dat de DGA, die tot afkoop wil overgaan, met de gerechtvaardigde belangen van de echtgenoot op ouderdomspensioen rekening moet houden. Dit resulteert er naar mijn oordeel in dat bij afkoop zonder instemming de echtgenoot een latente vordering ter zake het ouderdomspensioen, althans de waarde daarvan, behoudt overeenkomstig het hierover in de Wet VPS en de afstortingsrechtspraak bepaalde. Afkoop zonder instemming kan dus op zich wel, maar neemt deze belangen en daaruit af te leiden vorderingen niet weg.

Instemming gewezen echtgenoot

De belangen van de gewezen echtgenoot zijn nog duidelijker aan te wijzen, mede op grond van de wetgeving.

Wat betreft het ouderdomspensioen heeft de gewezen echtgenoot immers op grond van de Wet VPS een recht op betaling van een deel van het ouderdomspensioen. Indien de scheiding tijdig conform art. 2 lid 2 Wet VPS aan het DGA-uitvoeringsorgaan is gemeld, heeft dit uitvoeringsorgaan een rechtstreekse plicht tot betaling aan de gewezen echtgenoot. Het uitvoeringsorgaan kan niet zonder schending van deze betalingsplicht mee werken aan afkoop. Dit betekent dat het uitvoeringsorgaan

naar mijn oordeel niet mee zou mogen werken aan afkoop, tenzij tussen DGA en zijn gewezen echtgenoot (alsnog) van de Wet VPS afwijkende afspraken worden gemaakt. Dat wel doen maakt het uitvoeringsorgaan aansprakelijk en de DGA als bestuurder in het verlengde daarvan evenzeer.

Wat betreft het bijzonder partnerpensioen geldt voorgaande overeenkomstig en hier komt bij dat art. 3a lid 6 Wet VPS met zoveel woorden inhoudt dat de aanspraak op bijzonder partnerpensioen niet zonder instemming van de gewezen echtgenoot kan worden verminderd. Handelen in strijd hiermee maakt zowel de DGA als de pensioenuitvoerder aansprakelijk.

Het is duidelijk dat afkoop zowel in geval een bestaande echtgenoot, maar zeker bij een – of dat kan ook: meer – gewezen echtgenoten, niet zomaar geregeld is. De echtgenoot mogelijk, maar zeker de gewezen echtgenoot/oten, zal/zullen een (andere) vorm van zekerstelling van hun pensioenaanspraken naar verwachting opeisen. En daarin staan zij in hun recht, voor zover, de afstortingsrechtspraak toepassend, de middelen daartoe aanwezig zijn.

Pensioen eigen beheer

Visie vanuit de adviseur

Drs. Cor Overduijn¹

Inleiding

In de afgelopen decennia heeft “pensioen eigen beheer” (hierna: PEB) de nodige ontwikkeling doorgemaakt. Voor de DGA kon pensioen in het eigen bedrijf opgebouwd worden. Geen premies die een aanslag op de liquiditeitspositie vormden en toch ten laste van de fiscale winst een aftrekpost. Bij hoge vennootschapsbelastingtarieven was het des te meer aantrekkelijk om de pensioenrechten te maximaliseren. Ondanks dat in de loop der tijd de opbouw steeds meer beperkt werd, kwam het echte omslagpunt wat mij betreft in het jaar 2007. Door de wet “werken aan winst” werd het vennootschapsbelastingtarief sterk verlaagd. Het idee dat er een hoge, acute belastingbesparing werd bereikt met de opbouw van zo hoog mogelijke pensioenrechten, was niet langer juist. De nog donkerdere dagen voor PEB dienden zich vanaf 2011 aan. De almaar dalende rente zorgde ervoor dat PEB een molensteen werd. Eenmaal opgebouwde pensioenaanspraken blijven altijd in stand, hooguit kon dus de toekomstige schade beperkt worden door het staken van de pensioenopbouw. Doordat de fiscale rekenrente ongewijzigd op ten minste 4% is gehouden, terwijl de commerciële marktrente beduidend lager lag, werd de waardering van pensioenvoorzieningen op de balans een ingewikkeld verhaal. Er was geen DGA meer die dividend durfde uit te keren omdat onduidelijk was of en zo ja, hoeveel dividendruimte er dan zou zijn. Ook het risico dat de pensioenaanspraak fiscaal “onzuiver” zou blijken te zijn, leidde ertoe dat niemand meer wat durfde te wijzigen. In december 2012 heeft de toenmalige staatssecretaris toegezegd onderzoek te gaan doen naar een oplossing voor het probleem genaamd PEB. Gelukkig heeft de staatssecretaris de daad bij het woord gevoegd. Ruim vier jaar later is het dan zo ver: sinds 1 april 2017 is PEB ten einde gekomen en zijn er oplossingen aangereikt voor bestaande pensioenvoorzieningen. De uitzonderingspositie van de DGA als het gaat om pensioenopbouw, komt dus ten einde. De DGA die voortaan fiscaal gefacilieerd pensioen wil opbouwen, zal daarvoor uitsluitend terecht kunnen bij een professionele verzekeraar.

Voor de DGA maar ook voor zijn adviseur, is het nu tijd om in actie te komen. Er valt het nodige te kiezen. Hoe gaat de adviseur goed invulling geven aan zijn rol?

¹ Partner bij Grant Thornton Gouda.

Goed voorsorteren

Het wetsvoorstel (Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen) is op Prinsjesdag 2016 gepubliceerd. De beoogde ingangsdatum was 1 januari 2017. Uiteindelijk is het wetsvoorstel drie maanden later van kracht geworden, dus per 1 april 2017. Een onduidelijkheid die in december jl. opdook, lag aan die vertraging ten grondslag. Als een wetswijziging aanstaande is, dan is een vraag of er mogelijkheden bestaan om hierop zo goed mogelijk te anticiperen. Voor de adviseur gelden in dit verband ‘tegeltjeswijsheden’ zoals:

- Regeren is vooruitzien
- Bezint eer ge begint
- Een goede voorbereiding is het halve werk

Vertaald naar PEB, is dan in ieder geval belangrijk dat de adviseur alle DGA-klanten goed in beeld heeft. Kortom: wat is de huidige situatie van de klant. Een goede inventarisatie geeft de juiste basis om vervolgens met iedere klant het adviestraject in te gaan. Bepaalde delen van het adviestraject zijn te standaardiseren, zodat bepaalde wielen maar één keer uit te vinden zijn.

Adviseren over PEB raakt de DGA, zijn/haar partner en ook de B.V. waarin de pensioenvoorziening is ondergebracht. Inmiddels is duidelijk dat zelfs nu het wetsvoorstel is ingegaan, nog steeds veel praktische aspecten onduidelijk zijn. Lastige thema’s zijn de partnercompensatie en het risico van schenkbelasting. Je kunt je afvragen of er in die sfeer problemen waren af te wenden als je voor datum ingang wetsvoorstel bepaalde handelingen laat verrichten of juist nalaat. Deze vraag kent geen eenvoudig antwoord. Met de kennis van vandaag kun je constateren dat er een belang gelegen kon zijn in bijvoorbeeld het alsnog overdragen van een pensioenverplichting door de ene B.V. naar een andere B.V. De overdragende B.V. lijdt fiscaal verlies en wellicht kan dat qua vennootschapsbelasting een gewenste uitkomst zijn. Aan zo’n overdracht kleven echter ook de nodige complicaties. Zo’n overdracht was dus allesbehalve van het kaliber “eindejaarstip”.

Een andere situatie is die waarin de DGA zelf geen 100%-aandeelhouder is van de B.V. waarin de pensioenvoorziening is ondergebracht. In het verre verleden, zeg maar het pré “13a-SW tijdperk”, hebben vele DGA’s de aandelen van hun pensioen-B.V. overgedragen aan de kinderen. In dit kader werk ik één situatie uit, waarbij ik gelijk opmerk dat in de praktijk zich allerlei varianten hierop hebben voorgedaan die een eigen afweging vergen. Stel: in 1991 heeft de DGA de aandelen pensioen-B.V. overgedragen aan zijn twee kinderen, waarbij gemakshalve het eigen vermogen op nul wordt gesteld en de prijs voor die aandelen destijds één euro [men had een vooruitziende blik op valutagebied] bedroeg. Inmiddels zijn de bezittingen van de pensioen-B.V. € 300.000, exact gelijk aan de commerciële waarde van de pensioenverplichting op de balans van pensioen-B.V. De fiscale waarde van de pensioenverplichting is € 100.000. De DGA wist dat de keus om zijn pensioen-

rechten af te stempelen binnenkort realiteit wordt. De DGA kan weer volledig “eigenaar” worden van de beleggingen in deze pensioen-B.V. door nu de aandelen pensioen-B.V. terug te kopen van zijn kinderen. Omdat in deze verhoudingen zakelijk gehandeld moet worden, is denkbaar dat de kinderen zeggen dat de aandelen pensioen-B.V. een waarde hebben van (bijna) € 200.000 omdat zij weten dat de DGA een sterke voorkeur heeft om zijn pensioenaanspraken af te stempelen. Hooguit is een korting denkbaar voor de kans dat de DGA uiteindelijk toch niet gaat afstempelen. De kinderen verkopen de aandelen pensioen-B.V. voor € 190.000 aan de DGA; aldus realiseren zij een voor de inkomstenbelasting in box 2 belastbare vervreemdingswinst van € 189.999. De vraag is hier of met zo’n transactie er sprake is van een belastbare schenking in de zin van de Successiewet. Je zou kunnen zeggen dat de DGA hier niet zakelijk handelt aangezien hij via zijn pensioenaanspraken reeds grip heeft op de beleggingen van pensioen-B.V. Hij moet alleen erg veel geduld hebben om beschikkingsmacht te krijgen over die gelden; voorts moet hij accepteren dat de pensioenuitkeringen belastbaar inkomen vormen in box 1. Het is goed denkbaar dat deze DGA om hem moverende redenen er belang bij heeft om hier niet in deze vorm op te gaan wachten. Dat kan een reden zijn om nu toch maar de aandelen terug te kopen zodat hij zelf kan bepalen op welke manier hij welk geld onder welke noemer naar privé wenst te halen. Door bijvoorbeeld direct tot afkoop over te gaan en daarna de aandelen pensioen-B.V. te vervreemden voor € 200.000 (let op: de DGA realiseert dan geen voor de inkomstenbelasting in box 2 belastbare vervreemdingswinst), heeft de DGA tegen een aantrekkelijke belastingdruk veel sneller het volledige bedrag van de beleggingen van pensioen-B.V. in (privé)handen gekregen. Het is zeer de vraag of hierin dan een belastbare schenking is te onderkennen. Niettemin is te verwachten dat dit soort situaties de aandacht van de Belastingdienst gaan krijgen. Het formulier van de belastingdienst voor het aanmelden van een afstempeling, bevat onder meer de vraag of het aandelenbezit, vrij vertaald, ooit is gewijzigd. Te verwachten valt dat dergelijke situaties tot een nadere uitvraag gaan leiden. Ongetwijfeld gaan individuele feiten en omstandigheden een rol spelen. Wat te denken van de gezondheidstoestand van de DGA en diens eventuele partner? Als er zakelijk gehandeld moet worden, kan dit ook van belang zijn. Daar staat tegenover dat tijdens het wetgevend proces is aangegeven dat geen rekening hoeft te worden gehouden met de individuele gezondheidstoestand. Het laatste woord hierover zal nog wel even op zich laten wachten; wellicht komt dat laatste woord uit de mond van de Hoge Raad?

Afkopen

De mogelijkheid om de opgebouwde pensioenaanspraken af te kopen, klinkt aantrekkelijk. De afkoop gaat in 2017 gepaard met een korting van 34,5%, zodat de belastingdruk op de afkoopsom geen 52% maar effectief 34% bedraagt. Deze

mogelijkheid is met name aantrekkelijk voor situaties waarin geen sprake is van “onder water staan” en het gaat om:

- Hetzij hoge pensioenvoorzieningen waarbij duidelijk is dat de jaarlijkse pensioenuitkeringen tegen het toptarief van box 1 belast worden,
- Hetzij relatief bescheiden pensioenvoorzieningen waarbij afkoop kan leiden tot serieuze kostenbesparingen [geen instandhoudingskosten B.V., geen jaarlijkse complexe berekeningen, geen aangifte vennootschapsbelasting en geen jaarrekening meer als de B.V. wordt geliquideerd]

Ook in de jaren 2018 en 2019 kan afgekocht worden. In die jaren is dat echter minder aantrekkelijk omdat lagere kortingspercentages gelden. Verwacht mag worden dat degenen die willen afkopen dat dus vooral in het jaar 2017 zullen gaan doen. De staatssecretaris is er van uit gegaan dat vele DGA's in 2017 gaan afkopen; hij heeft een opbrengst begroot van € 2 miljard. Bij een tarief van 34% (dat is 52% over een grondslag na korting van 34,5%) betekent dit dat in 2017 dus voor ruim € 6 miljard qua fiscale waarde pensioenvoorziening per 31 december 2015 afgekocht gaat worden. Als de gemiddelde af te kopen pensioenvoorziening € 300.000 bedraagt, dan zouden 20.000 DGA's hier dus voor kiezen.

De ODV (oudedagsverplichting)

Het waarderingsprobleem bij PEB mag ook opgelost worden door de pensioenaanspraken af te stempelen naar de fiscale waarde van de pensioenvoorziening. Dat bedrag vormt dan de basis voor het bepalen van een 20-jarige reeks uitkeringen, genaamd oudedagsverplichting (ODV). Vanaf de AOW-leeftijd moet de ODV ingaan. Doordat wordt afgestempeld, verdwijnt het waarderingsprobleem inzake de voorziening. Daardoor wordt tevens bereikt dat de zogenoemde dividendklem verdwijnt. Omdat duidelijk is welk bedrag qua verplichting gepassiveerd moet worden voor de ODV, is er ook duidelijkheid inzake de dividendruimte van de B.V. die de pensioenverplichting had. Het jaarlijks herrekenen van de (resterende) ODV vereist geen ingewikkelde, actuariële berekeningen. Eenvoud troef. Jaarlijks hoeft slechts opge-rent te worden met het zogenoemde U-rendement van het voorafgaande jaar.

In de praktijk verwacht ik dat velen zullen kiezen voor de ODV. Via een ODV wordt belastinguitstel bereikt zoals dat ook geldt bij regulier ouderdomspensioen. Omdat omzetting naar een ODV ook is toegestaan voor reeds ingegane pensioenen, zal er veel animo zijn voor de ODV.

De ODV kan in de/een eigen B.V. lineair in 20 jaar worden afgebouwd naar nihil. Een andere mogelijkheid is dat de ODV wordt aangewend voor de aankoop van een lijfrente (ex artikel 3.125 of 3.126a Wet IB 2001), waarbij de DGA dan verzekeringnemer is. Als een ODV eenmaal als 20-jarige lineaire reeks bij de eigen B.V. is ingegaan, is het niet meer mogelijk om zo'n lijfrente aan te kopen. De DGA zal dus vóór het bereiken van de AOW-leeftijd zijn denkwerk moeten hebben gedaan.

Niets doen

De keuze om niets te doen, is ook een serieuze optie. Er zullen genoeg praktijk-situaties zijn waarin afstempelen sowieso onwenselijk en/of onmogelijk is. Denk bijvoorbeeld aan een toch niet meewerkende partner of ex-partner. Zonder goedkeuring geen afstempeling. Maar ook op andere gronden kan de keuze zijn om de pensioenaanspraak ongewijzigd te laten. Vele B.V.'s staan wegens slechte (beleggings)resultaten zodanig onder water dat er weinig eer te behalen is met afstempelen. Uitkeren tot de pot leeg is, kan dan het beste advies zijn. Dan helpt het wel als de jaarlijkse uitkeringen zo hoog mogelijk zijn. Binnen het domein "pensioen" kan dat mogelijk beter/sneller dan in de vorm van een ODV. Als de bodem eenmaal bereikt is van een fiscaal gefacilieerd pensioen, dan kan vervolgens worden overgegaan tot beëindiging van de pensioenregeling. Doordat er sprake is van niet voor verwezenlijking vatbare rechten, leidt tot het prijsgeven door de DGA van zijn pensioenaanspraken niet tot (loon)belastingheffing. Vervolgens kan de B.V., op dat moment geheel "leeg", worden geliquideerd.

Aandachtspunten

De DGA en zijn adviseur zijn nu aan zet. Wat is wijsheid? Welke omstandigheden spelen een rol bij de keuze? Zonder te pretenderen uitputtend te zijn, geef ik onderstaand een lijst met invalshoeken en aspecten waar rekening mee te houden is:

- hoe hoog zal naar verwachting het jaarlijkse box 1 inkomen zijn na het bereiken van de AOW-leeftijd? Als een PEB-uitkering of ODV belast is tegen 52%, kan dat een voorkeur voor afkoop impliceren
- hoe hoog zal naar verwachting het belastingtarief in box 1 zijn voor belastingplichtigen die de AOW-leeftijd zijn gepasseerd? Nu hebben we nog altijd een lager "bejaardentarieff" maar wie durft te beweren dat dit zo zal blijven met een steeds lastiger te financieren AOW en een toenemende vergrijzing van de bevolking
- hoe ziet het inkomen voor de oude dag eruit? Vele DGA's hebben naast recht op AOW-uitkering ook nog pensioenrechten opgebouwd in de levensfase waarin zij nog geen DGA waren. Ook is denkbaar dat in privé allerlei lijfrentepolissen zijn afgesloten die tot uitkering gaan komen op latere leeftijd.
- hoeveel bedragen de woonlasten nog in de jaren na het bereiken van de AOW-leeftijd? Is de eigenwoning tegen die tijd schuldenvrij of rust er nog een hypotheekrentelast op?
- met welke zorgkosten kan/moet redelijkerwijs rekening worden gehouden? De DGA die nu al weet dat er te zijner tijd veel eigen geld nodig zal zijn voor zorgkosten, kijkt anders naar de oude dag dan de DGA die kerngezond is.
- estate planning: wat wil de DGA nalaten aan de erfgenamen?
- estate planning: wat wil de DGA, al dan niet in een vast tijds patroon, schenken aan de kinderen?

- als PEB nu wordt afgekocht, wat is daarvan dan de impact voor de inkomstenbelasting in de jaren na afkoop? De netto afkoopsom is in feite de vooruitbetaling van een groot bedrag ineens wat bedoeld was als een jarenlange reeks van oudedagsinkomen. Bij het in privé risicoloos beleggen, spaargeld, zal sprake zijn van achteruitsparen: de rente is bijzonder laag en jaarlijks wordt het vermogen in box 3 voor de inkomstenbelasting belast op basis van een hoog, forfaitair rendement. Als deze nadelen dreigen, gaat er dan nog wat aan gedaan worden of niet? Inbreng van de netto-afkoopsom als aandelenkapitaal in een eigen B.V. kan dan een oplossing zijn.
- als PEB wordt afgekocht en de netto afkoopsom wordt schuldig gebleven door de B.V., zal dit dan leiden tot een zogenoemde TBS-vordering (belast in box 1) of is deze vordering te kwalificeren als een onzakelijke lening waardoor deze belast is in box 2?
- wat kost het om een B.V. jarenlang aan te houden als niet wordt afgekocht? Is die B.V. alleen maar actief voor PEB of ODV, of gebeurt er nog meer in die B.V. (even daargelaten of het wenselijk is dat ook andere activiteiten dan het uitvoeren van een PEB- of ODV-regeling)?
- wat kost het om jaarlijks de complexe pensioenberekeningen te maken?
- in hoeverre is gewenst dat na het bereiken van de AOW-leeftijd het box 1 inkomen en/of het box 3 bezit zo laag mogelijk wordt gehouden? Bijvoorbeeld in relatie tot allerlei inkomenstoetsen in de sfeer van toeslagen en in de sfeer van eigen bijdragen voor WMO of Wlz.

Kortom, alleen al vanuit fiscaal perspectief spelen vele factoren een rol. De adviseur zal samen met zijn/haar klant een goed gesprek moeten voeren om daarna een goed afgewogen advies te kunnen geven. Dat is vaktechnisch een leuke, boeiende uitdaging waarbij de adviseur zijn rol van ‘trusted advisor’ van de DGA (en diens partner, zie ook hierna) met verve kan vervullen.

Eén van de meest ingewikkelde aspecten van de nu te maken keuze is de partnercompensatie. De DGA heeft PEB-pensioenaanspraken. De partner van de DGA heeft afgeleide pensioenaanspraken; en in gevallen van echtscheiding kan een ex-partner dergelijke rechten hebben. De DGA die dacht dat het PEB van hem alleen is, zal merken dat de realiteit toch anders is. Een DGA kan er belang bij hebben om het PEB af te stempelen. Die afstempeling leidt tot het beperken of zelfs geheel vervallen van de rechten die de (ex-)partner heeft op een deel van de pensioenaanspraken. De DGA zal hiervoor dus moeten compenseren. Op dit vlak is echter veel onduidelijk. Er zijn echter wel wat piketpaaltjes te slaan gelukkig. De DGA die gehuwd is in algehele gemeenschap van goederen hoeft bij afstempeling zijn partner niet te compenseren. De gedachte van de wetgever hierbij is dat de partner toch wel aan “zijn” trekken komt, doordat waarde van de aandelen B.V. stijgen en deze waardevermeerdering in de huwelijksgemeenschap valt. Is de DGA gehuwd op huwelijkse voorwaarden, dan is nadere positiebepaling geboden. Denkbaar is dat als nu wordt afgestempeld, de partner een voorwaardelijk recht

op compensatie wordt geboden. De wijze van omschrijving is iets wat de geleerden nog wel verdeeld houdt op dit moment.

In de sfeer van partnercompensatie is de ex-partner vermoedelijk een veel groter probleem. Als er een ex-partner is, zal ook deze toestemming moeten verlenen voor de door een DGA gewenste afstempeling. Het is zeer de vraag of een ex-partner hiertoe genegen is. De emotie wint het hier nog al eens van de ratio. Omdat zonder handtekening geen fiscaal gefacilieerde afstempeling mogelijk is, rest de DGA maar één keuze: handhaven van het PEB.

Een bijkomstig probleem voor de adviseur is ook of de partner ook/tegelijktijd door die zelfde adviseur over dit onderwerp voorgelicht kan worden. De ene DGA is de andere niet; het ene huwelijk is ook het andere niet. Moet daarom altijd maar het advies zijn aan de DGA om diens partner een eigen adviseur in de arm te laten nemen? Dat gaat mij persoonlijk te ver. De adviseur zal goed moeten nadenken in termen van “ken uw klant”. Maar zelfs dan is uit de aard der zaak niet uit te sluiten dat enkele jaren later een echtscheiding aan de orde is en de partner zich dan op het standpunt stelt destijds niet goed te hebben begrepen wat die afstempeling allemaal betekende en er nu nadeel/schade wordt geleden. Tja, hoe goed was dan de uitleg destijds, hoe redelijk was de disclaimer, hoe is een en ander opgeschreven en ondertekend? Omdat voorspellen moeilijk is, zeker als het om de toekomst gaat, zullen we over enkele jaren hier beslist de nodige geschillen over gaan krijgen. Echtscheidingsadvocaten kunnen het extra druk gaan krijgen. Voor nu is het zaak dat de adviseur alles goed afweegt en ook goed bespreekt en vastlegt.

Een ander onderdeel waar de adviseur een serieuze kluit aan kan hebben, is de situatie waarin de DGA zijn pensioenaanspraken deels extern verzekerd heeft. Inhoudelijk speelt de vraag of dat extern verzekerde deel dan een zogeheten bepaald deel is of een onbepaald deel is. Ik verwijs in dit verband naar de bijdrage van de heer Lavrijssen. Hij gaat uitgebreid in op de diverse aspecten hiervan. Toch is dit niet het enige waar de adviseur mee te maken heeft. Een andere vraag is namelijk of iedereen zich als adviseur wel mag “bemoeien” met vraagstukken inzake extern verzekerde pensioen. In de visie van de AFM betreft dit namelijk werkzaamheden die onder de reikwijdte van de WFT vallen. Een adviseur dient daarom WFT-Pensioen gekwalificeerd te zijn. De meeste adviseurs van DGA's hebben die kwalificatie niet. Zij zullen dus voor dit onderdeel een wel gekwalificeerde adviseur moeten inschakelen als het gaat om de vraag “wat te doen met het deels extern verzekerde pensioen”.

Tot slot wil ik aandacht vragen voor grensoverschrijdende situaties. De DGA kan immers niet meer in Nederland wonen terwijl er in NL nog PEB-aanspraken zijn. Indien de DGA kiest voor afstempelen, gevolgd door afkoop of omzetting in een ODV, dan is ook een vraag hoe het woonland van de DGA hier fiscaal tegen aankijkt. Voorts is de vraag of er een belastingverdrag is tussen het betreffende woonland en Nederland en indien ja, welke bepalingen daarin zijn opgenomen

inzake pensioen, soortgelijke beloningen, afkoopsommen etc. Ook in deze context zijn er dus de nodige voetangels en klemmen. Mij lijkt dat afkoop nog het meest ingewikkeld is om fiscaal te duiden; een ODV-uitkering lijkt op grond van de uitleg van het OESO-modelverdrag gelijk te moeten worden gesteld met gewone pensioenuitkeringen. De meeste belastingverdragen voorzien in een regeling inzake belastingheffing over reguliere pensioenuitkeringen. In dit kader doet het er kennelijk niet toe dat een ODV niet afhankelijk is van iemands leven.

In grensoverschrijdende situaties zal het eventuele afkopen van PEB ook anders beoordeeld moeten worden. In de zuiver binnenlandse verhoudingen is de korting van 34,5% een serieus element. Dat kan over de grens heel anders liggen. Als een belastingverdrag het recht van belastingheffing over de afkoopsom exclusief toewijst aan het woonland en de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting wordt verleend via de vrijstellingsmethode, dan doet het Nederlandse kortingspercentage er niet toe. De uitwerking van de verschillende opties (afkoop PEB, omvormen tot ODV of handhaven PEB) kan dus heel anders zijn als de DGA niet meer in Nederland woont.

Al met al: veel interessant werk aan de winkel

Wetsvoorstel uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen

Gesplitste polissen

Paul P.M. Lavrijssen RB FFP¹

Inleiding

In de toelichting op het Wetsvoorstel uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen gebruikt de Staatssecretaris van Financiën de term “gesplitste polissen” voor pensioenverzekeringen die deel uitmaken van pensioenregelingen die gedeeltelijk in eigen beheer worden gehouden en gedeeltelijk zijn verzekerd. De standpunten die de staatssecretaris inneemt met betrekking tot deze verzekeringen zijn naar mijn mening niet consistent.

In deze bijdrage ga ik op de fiscale gevolgen van het wetsvoorstel voor (gedeeltelijk) verzekerde regelingen. Naar mijn mening komen die niet in alle gevallen overeen met de standpunten van de staatssecretaris.

Verzekerde pensioenregelingen en uitfasering pensioen in eigen beheer

Op het eerste gezicht lijkt het wetsvoorstel uitfasering van pensioen geen effect te hebben voor een (gedeeltelijk) verzekerde pensioenregeling. Een DGA die zijn pensioen op deze wijze heeft geregeld, komt niet in aanmerking voor fiscaal geruisloze afstempeling van (dit gedeelte van) zijn aanspraken, noch voor de belastingkorting en vrijstelling van revisierente bij afkoop. In het wetsvoorstel is niet geregeld dat een DGA zijn pensioen in eigen beheer tegen fiscale waarde kan inbrengen in een pensioenverzekering. Gezien het mogelijke verval van overlijdens- en arbeidsongeschiktheidsrisico, naar mijn mening, een gemiste kans. Volledige herverzekering van de aanspraken zou wellicht ook een goede basis zijn voor compensatie aan de partner.

Door het wetsvoorstel verandert er voor de DGA die zijn pensioen heeft verzekerd toch een essentieel onderdeel. Bij de fiscale regelgeving kan de DGA op grond van artikel 19b van de Wet op de loonbelasting, zonder loonheffing het pensioenkapitaal overdragen van de verzekeraar naar de eigen (pensioen) B.V. Doordat in het wetsvoorstel de eigen B.V. niet meer als een toegestane pensioenverzekeraar wordt aangemerkt, vervalt met ingang van 1 januari 2017 deze

¹ Adviseur Aegon Adfis Den Haag.

mogelijkheid. DGA's en pensioenadviseurs overwegen daarom om nog voor de ingangsdatum van de voorgestelde wetswijziging verzekerd pensioenkapitaal over te hevelen naar eigen beheer. Maar aan een dergelijke overdracht spelen naast fiscale aspecten ook financiële- en andere aspecten. Een gedegen advies over deze overdracht is dan ook aan te bevelen. En het lijkt erop dat de AFM van mening is dat dit advies alleen door een gekwalificeerde pensioenadviseur kan worden gegeven.

In dat licht is het zeer welkom dat de staatssecretaris heeft aangekondigd dat DGA's nog tot 1 juli 2017 de mogelijkheid hebben om een dergelijke overdracht uit te voeren.² Ook deze termijn is nog betrekkelijk kort. Maar gelukkig hoeft de DGA geen rekening te houden met de verwerkingstijd van de verzekeraar nu de staatssecretaris heeft aangegeven dat een verzoek tot overdracht van de DGA aan de verzekeraar maatgevend is voor het tijdstip van overdracht.³

Overdracht van pensioenkapitaal naar de B.V. heeft vaak financiële gevolgen. Bijvoorbeeld bij verzekeringen met een gegarandeerd kapitaal op 4- of 3% rekenrente, of verzekeringen met winstgarantie. Deze laat ik hier buiten beschouwing. Hierna ga ik alleen in op de fiscale aspecten van de overdracht van verzekerd kapitaal naar eigen beheer. Daarbij maak ik onderscheid tussen een bepaald verzekerd pensioen en een onbepaald verzekerd pensioen. Bij de beide categorieën besteed ik ook aandacht aan de voortzetting van een dergelijke regeling.

Bepaald verzekerd pensioen

Bij de huidige regelgeving kunnen we met betrekking tot verzekerde pensioenen van de DGA onderscheid maken tussen bepaald verzekerde regelingen en onbepaald verzekerde regelingen. Een bepaald verzekerd pensioen is een pensioen waarvan het verzekerde deel exact omschreven is. Bijvoorbeeld als het pensioen 100% is verzekerd of een percentage van het pensioen of een exact omschreven bedrag in euro's.

Bij de overdracht van een bepaald verzekerd pensioen naar de B.V. ontvangt de B.V. het verzekerde kapitaal. Daar tegenover doet de B.V. een pensioentoezegging aan de DGA. Het meest voor de hand ligt dat de B.V. de DGA een aanspraak geeft op een gegarandeerd (uitgesteld) pensioen. Dit pensioen moet de B.V. bepalen aan de hand van het overgedragen kapitaal en commerciële tarieven. Aan het einde van het fiscale boekjaar moet de B.V. de verplichting waarden tegen de fiscale waarde. De voorwaarden voor deze fiscale waardering, zoals ten minste 4% rekenrente en geen leeftijdsterugstelling, zorgen ervoor dat de fiscale waarde fors lager is dan de commerciële waarde. Als de overdracht nog plaatsvindt in 2016 vormt het verschil tussen het door de B.V. ontvangen pensioenkapitaal en de fiscale waardering eind 2016 fiscale winst voor de B.V.

² Nota van wijziging wetsvoorstel 34555, Tweede Kamer 10 november 2016.

³ Nota naar aanleiding van het verslag wetsvoorstel 34555.

Voorbeeld vennootschapsbelasting

Een DGA wil zijn verzekerde pensioenkapitaal overdragen naar eigen beheer. Het verzekerde kapitaal bedraagt € 500.000. Stel dat deze DGA op basis van de tarieven van verzekeraars voor die € 500.000 een ouderdomspensioen kan aankopen van € 25.000 per jaar. En dat de fiscale waarde van deze verplichting aan het einde van 2016 € 220.000 bedraagt. Door de overdracht van het pensioenkapitaal aan de B.V. maakt de B.V. dan € 280.00 winst. Daarover moet de B.V. vennootschapsbelasting betalen.

De fiscale gevolgen zijn anders als de B.V. tegenover het ontvangen pensioenkapitaal aan de DGA een toezegging kan doen op basis van een premie- of een kapitaalovereenkomst. Maar uit de praktijk blijkt dat de belastingdienst met een dergelijke toezegging in eigen beheer veel moeite heeft. Dat geldt kennelijk ook voor de staatssecretaris. Immers in zijn brief van 6 december 2014 geeft hij aan dat de beschikbare premiereregeling met een vast oprentingspercentage, naar zij mening, geen werkbare oplossing is bij pensioen in eigen beheer. Om discussie achteraf te voorkomen lijkt het mij zinvol om de uitvoering van een premie- of een kapitaalovereenkomst in eigen beheer vooraf met de belastingdienst te bespreken.

De DGA kan in 2017 of later zijn pensioen in eigen beheer afkopen of omzetten in een oudedagsverplichting (ODV). In beide gevallen kan volgens het tweede lid van het voorgestelde artikel 38q Wet LB het pensioen zonder loonheffing worden afgestempeld tot de fiscale balanswaarde. Echter bij afkoop van een extern verzekerd deel komt de DGA niet in aanmerking voor de belastingkorting van 34,5% die genoemd wordt in het voorgestelde artikel 38o Wet LB. Immers aan het einde van het boekjaar 2015 was de afkoopwaarde van de verzekering niet opgenomen in fiscale balanswaarde van het eigen beheer. De DGA is geen revisierente verschuldigd over de afkoopwaarde.

Het premiebetalend voortzetten van het gehele of gedeeltelijk verzekerd pensioen heeft fiscaal geen consequenties. Immers de pensioenovereenkomst voor deze regeling is al gebaseerd op dit bepaald verzekerd deel. Het eventueel wegvallen van het pensioen in eigen beheer door afkoop of omzetting in een ODV heeft hierop ook geen invloed. Wel als de DGA het voor de toekomst wegvallen van opbouw in eigen beheer alsnog wil verzekeren. De verhoogde premie moet dan wel passen in het fiscale kader. Tevens moet de pensioenovereenkomst en de verzekering worden aangepast. Gezien tarieven en voorwaarden zullen lang niet alle verzekeraars meewerken aan een verhoging van de bestaande pensioenverzekering. In dat geval kan de DGA kiezen om voor de verhoging een aparte pensioenverzekering te sluiten.

Onbepaald verzekerd pensioen

Bij een onbepaald verzekerde regeling komt de B.V. met de DGA een pensioenregeling overeen die de B.V. in eigen beheer houdt. In de pensioenovereenkomst

nemen partijen op dat de B.V. een deel van het pensioen kan verzekeren.⁴ Kenmerk van deze regeling is dat de B.V. de risico's loopt met betrekking tot de waardeontwikkeling van de pensioenverzekering en de omzetting van het kapitaal in een pensioen. Voor zover de pensioenverzekering ontoereikend is om de toegezegde aanspraken uit te keren moet de B.V. deze aanvullen. De belastingdienst heeft de werking van het onbepaalde verzekerde deel bevestigd aan het Verbond van Verzekeringen.⁵ In een Beleidsbesluit heeft de staatssecretaris ook aangegeven op welke wijze de B.V. bij de bepaling van het eigen beheer rekening moet houden met het onbepaalde verzekerde deel van het pensioen.⁶

Bij de overdracht van een onbepaald verzekerde pensioen naar de B.V. ontvangt de B.V. het verzekerde kapitaal. Omdat de B.V. al de verplichting had om een gegarandeerd pensioen uit te keren voor zover dit niet uit de pensioenverzekering kwam, gaat de overdracht van het pensioenkapitaal min of meer fiscaal geruisloos. Tegenover het door de B.V. ontvangen pensioenkapitaal (winst) staat de toename van de reserve in eigen beheer (verlies). Als het goed is mogen deze twee posten elkaar niet zoveel ontlopen omdat het verzekerde pensioenkapitaal steeds op basis van de fiscale rekenregels werd herleid tot een pensioen dat in mindering gebracht werd op het pensioen waarvoor de B.V. een reserve in eigen beheer opvoert.

Maar wat gebeurt er als de DGA het pensioenkapitaal niet voor 1 juli 2017 overhevelt naar de B.V.? In de Nota naar aanleiding van het verslag⁷ stelt de staatssecretaris dat in dat geval partijen de pensioenovereenkomst moeten aanpassen. In de pensioenovereenkomst moet worden opgenomen dat de DGA voor het elders verzekerde deel van het pensioen alleen aanspraak heeft op het pensioen dat door de professionele verzekeraar voor het opgebouwde pensioenkapitaal wordt uitgekeerd. Partijen moeten volgens de staatssecretaris uitsluiten dat de B.V. vanaf 1 april 2017 nog gehouden is om het extern verzekerde deel van het pensioen aan te vullen met een in eigen beheer gehouden pensioen. Kennelijk krijgen partijen ook hiervoor uitstel tot 1 juli 2017.⁸

Dit standpunt van de staatssecretaris staat haaks op hetgeen de belastingdienst hierover eerder communiceerde aan het Verbond van Verzekeraars. Immers bij een onbepaald verzekerde deel zijn partijen overeengekomen dat de B.V. de risico's van de elders verzekerde regeling voor haar rekening neemt. Het door de staatssecretaris ingenomen standpunt leidt ertoe dat het risico van de waardeontwikkeling van de pensioenverzekering en het risico van het tarief bij aankoop van het pensioen voortaan geheel voor rekening van de DGA komt. Ik zie in de voorgestelde gewijzigde- en nieuwe wetsartikelen geen enkele grond die deze wijziging van juridische betrekkingen tussen de B.V. en de DGA rechtvaardigt. Althans in geval de B.V. en de DGA (nog) niet hebben besloten het pensioen in eigen beheer af te kopen of om te zetten in een ODV. Nog afgezien van de legitieme

4 Artikel 14 van de modelpensioenovereenkomst van het Centraal Aanspreekpunt van de Belastingdienst.

5 Brief van de Belastingdienst/Centrum voor proces- en productontwikkeling namens de Kennisgroep Pensioen van 16 april 2004, kenmerk 04SRB012.

6 Onderdeel B.5.1. van het Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, Stcrt. nr. 133.

7 Nota naar aanleiding van het verslag wetsvoorstel 34555.

8 Nota van wijziging wetsvoorstel 34555, Tweede Kamer 10 november 2016.

grondslag van dit standpunt leidt het in de praktijk tot problemen voor verzekeraars en DGA's. Zij moeten immers vóór 1 juli 2017 alle pensioenovereenkomsten en/of de pensioenverzekeringen aanpassen. En op welke wijze moeten verzekeraars nagaan dat de pensioenovereenkomst inderdaad is aangepast binnen de wettelijke normen?

Naar mijn mening heeft de staatssecretaris gelijk op het moment dat de DGA besluit zijn pensioen in eigen beheer af te kopen of om te zetten in een ODV. Immers in dat geval is er geen sprake meer van een pensioen in eigen beheer dat gedeeltelijk is verzekerd. Er kan dan ook geen sprake meer zijn van een onbepaald verzekerd deel. Dus op het moment van afkoop of omzetting pensioen in eigen beheer kan er alleen sprake zijn van een bepaald verzekerd deel. Partijen moeten dan regelen dat de pensioenovereenkomst hierop aansluit.

Overigens zal het aan de inhoud van de pensioenverzekering liggen hoe dat moet. Doorgaans administreert de verzekeraar een kapitaalverzekering met pensioenclausule. In de meeste gevallen zullen partijen de verzekeringen, gezien de gunstige voorwaarden, niet willen aanpassen. Dat houdt in dat pensioenovereenkomst zodanig vorm moet worden gegeven dat deze enerzijds aansluit op de pensioenverzekering en anderzijds past binnen de fiscale kaders. Als het om een gegarandeerd verzekerd pensioenkapitaal gaat kunnen partijen in de pensioenovereenkomst uitgaan van een zogenaamde kapitaalovereenkomst. De pensioenpremies moeten dan wel passen in de rekenregels die hiervoor in bijlage II van het staffelbesluit zijn gegeven. Als sprake is van een beleggingsverzekering kunnen partijen naar mijn mening alleen terugvallen op een premieovereenkomst. In dat geval moet de toekomstige premie passen in de 4- of 3% staffel van het staffelbesluit. Ik ga ervan uit dat de reeds opgebouwde waarde in beide gevallen niet meer getoetst hoeft te worden aan de fiscale kaders.

Als de DGA geen gebruik maakt van de mogelijkheden van afkoop of omzetting in een ODV moet hij de pensioenopbouw in eigen beheer met ingang van 1 april 2017 staken. Volgens het wetsvoorstel kan de B.V. de vóór 1 april 2017 opgebouwde aanspraken ook na die datum in eigen beheer houden. Dat verdere opbouw van de aanspraken wordt gestaakt, betekent naar mijn mening nog niet dat partijen de financiering of dekking van deze aanspraken moeten aanpassen. Anders dan de staatssecretaris ben ik van mening dat het verzekerde deel in dit geval ook onbepaald blijft. In het verleden zijn veel DGA's gestopt met hun pensioenopbouw in eigen beheer.⁹ In die gevallen werd de pensioenovereenkomst toch ook niet aangepast? Sterker nog in een aantal gevallen is de premie van het onbepaald verzekerde deel voortgezet. Voor zover ik weet had de belastingdienst hier geen moeite mee. Waarom zouden ze ook? Want door de voortgezette premiebetaling stijgt de waarde van de pensioenverzekering. En omdat de toegezegde aanspraak niet toeneemt, daalt de reserve in eigen beheer. Een prima methode van de DGA om zijn pensioen in eigen beheer op een vriendelijke manier uit te faseren!

⁹ Volgens onderzoek van de Werkgroep ondernemingspensioen in 2015 waren 60% van de DGA's gestopt met opbouw van pensioen in eigen beheer.

Dit betekent dat de verplichting in eigen beheer ook na 1 april 2017 nog kan toenemen. Namelijk als de waarde van de pensioenverzekering om wat voor reden afneemt. Overigens het omgekeerde kan ook voorkomen! Er zijn zelfs deskundigen die van mening zijn dat in dit geval ook na 1 juli 2017 het verzekerd kapitaal fiscaal geruisloos kan worden overgedragen aan de B.V.¹⁰ Deze discussie laat ik hier buiten beschouwing.

Samenvatting en conclusies

Door het afschaffen van pensioen in eigen beheer kan een DGA na 1 juli 2017 een verzekerd pensioen niet meer zonder loonheffing overdragen aan zijn B.V. Om de loonheffing te voorkomen moet de DGA vóór 1 juli 2017 een verzoek tot overdracht hebben gedaan aan de verzekeraar. Een dergelijke overdracht heeft financiële – en fiscale consequenties. Een gedegen pensioenadvies is hiervoor gewenst. Volgens de AFM moet dit advies gegeven worden door een gekwalificeerde pensioenadviseur.

Het is op grond van de huidige en voorgestelde regelgeving niet duidelijk of het niet meer fiscaal geruisloos overdragen van een onbepaald verzekerd deel van een pensioen na 1 juli 2017 ook niet meer kan. De staatssecretaris vindt van niet. Hij stelt zelfs dat bij een onbepaald verzekerd deel de pensioenovereenkomst vóór 1 juli 2017 moet zijn aangepast. In de aangepaste pensioenovereenkomst moeten partijen uitsluiten dat de B.V. vanuit eigen beheer het pensioen aanvult. Op welke regelgeving berust dit standpunt van de staatssecretaris?

Kennelijk wil de staatssecretaris met dit standpunt misbruik voorkomen. Maar naar mijn mening is er geen sprake van misbruik. Zeker niet als de B.V., na het stoppen van de opbouw van de aanspraken, de premiebetaling van de verzekering voortzet. In dat geval faseren partijen het pensioen in eigen beheer op een geleidelijke manier geheel of gedeeltelijk uit.

¹⁰ Prof. mr. H.M. Kappelle in WFR 2016/209: “Overgangskerikelen bij uitfasering pensioen in eigen beheer”.

In de ZIFO-reeks verschenen:

1. **Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?**
Bestuurstaak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW
prof. mr. J.B. Huizink, mr. J.M. de Jongh, prof. mr. W.J.M. van Veen, prof. mr. A.F. Verdam
2. **Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit**
prof. mr. W.J.M. van Veen
3. **Wie is de aandeelhouder?**
Beschouwingen over de wenselijkheid van een centraal aandeelhoudersregister en de kenbaarheid van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen
prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, mr. T.J.C. Klein Bronsvooort, prof. mr. E.P.M. Vermeulen, prof. mr. A.F. Verdam
4. **Crisiswetgeving voor financiële instellingen en ondernemingen**
dr. A.H.E.M. Wellink, mevr. mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. M.W. den Boogert, mr. R.P.B. van Outersterp, prof. mr. C.E. du Perron, prof. mr. A.F. Verdam, prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers. Met een inleiding van prof. mr. W.J.M. van Veen
5. **De implementatie van de AIFM Richtlijn**
mr. N.B. Spoor, mr. M. Tausk, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. R.P. Raas
6. **Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen**
Tribuut aan Jaap Bellingwout
mr. G.F. Boulogne en mr. L.J.A. Pieterse (red.)
7. **Ontwikkelingen rond pensioenen en pension fund governance**
Onder redactie van prof. mr. A.F. Verdam, met bijdragen van: prof. dr. E. Lutjens, prof. mr. R.H. Maatman, mr. A.G. van Marwijk Kooy en mr. S.W.A.M. Visée.
8. **Postmoderne rechtsvormen**
Aanbevelingen voor verdere modernisering van het ondernemingsrecht
mr. F. van Horzen en prof. mr. J.W. Bellingwout, prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers, mr. A.J.S.M. Tervoort, prof. mr. W.J.M. van Veen en prof. mr. I.S. Wuisman.
9. **Herstructurering en insolventie: naar een Scheme of Arrangement?**
mr. J. Jol, prof. mr. R. Vriesendorp, mr. R. Hermans en mr. K. de Vries, prof. mr. B. Wessels, met een inleiding van prof. mr. J.B. Huizink.
10. **Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing**
Vrijheid van vestiging, vennootschapsrecht en fiscaal recht
prof. mr. W.J.M. van Veen, mr. P.C.S. van der Bijl, prof. mr. J.W. Bellingwout en prof. mr. F.P.G. Pötgens.
11. **De veranderende rol van toezichthouders in de financiële sector**
prof. dr. R.G.C. van den Brink, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. J.B.S. Hijink & mr. L. in 't Veld, mr. Kitty Lieverse, ir. Th.F. Kockelkoren, mr. A.J. Kellermann, prof. mr. R.M.I. Lamp en mr. R. Mellenbergh.

12. **Substance en de Nederlandse houdstervennootschap**
prof. mr. J.W. Bellingwout, mr. J. Gooijer, mr. F. van Horzen, Claus Jochimsen, prof. mr. F.P.G. Pötgens, Eric Schiffer, mr. E.B. van der Stok, mr. M.J.E. Straathof en prof. mr. A.F. Verdam.
13. **Rechtszekerheid**
prof. mr. J.L. Smeehuijzen, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. F.P.G. Pötgens, prof. mr. W.J.M. van Veen, prof. dr. M.R.F. Senftleben, mr. drs. L. Anemaet, prof. mr. J. Hallebeek.
14. **Het concern van 2020**
prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, mr. M. Holtzer, mr. J.J.H. Joosten en mr. C.C. Lamsvelt, dr. J. van Strien en V.L. Meijerman MSc, mr. P. Glazener, prof. mr. A.F. Verdam.
15. **De toekomst van IP-regimes in Nederland en Europa**
prof. dr. J.W. Bellingwout, drs. J. de Boer, prof. dr. C. Spengel, drs. J.K. Wesseling, mr. M.J. van Iersel, mr. drs. V. Kalløe, drs. A. Hermanns, mr. M.C. de Graaf, mr. J. Gooijer, prof. dr. F.P.G. Pötgens, mr. A. Kale, M. de Ruiter, mr. E. Cratsborn, drs. R.P.J. van den Brekel, mr. E.A. Visser, ir. E.D. Wiebes MBA.
16. **Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak**
prof. mr. A.F. Verdam, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof. mr. A.F.M. Dorresteyn, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. W.J.M. van Veen.
17. **Bitcoins - Civiele en fiscale aspecten in beeld**
prof. mr. R.A. Wolf, drs. J. Boersma, prof. mr. W.A.K. Rank, M.A. Plooi MA MSc, mr. J. Baukema, M.L. Veldhuijzen LLM, R. van de Berg LLM, E.A. van Goor LLM.
18. **De publieke overheid; waar ligt de fiscale grens?**
prof. dr. mr. F.P.G. Pötgens, dr. J. van Strien, M.L. Al-Saady, mr. dr. N. Jak, dhr. V.L. Meijerman MSc, mr. K. Wanders, L.C.S. Westerveld.
19. **Reporting, controle en toezicht**
prof. mr. Geert Raaijmakers, prof. mr. Albert F. Verdam, prof. dr. Dirk Schoenmaker, mr. Paul Olden, prof. dr. Philip Wallage RA, Paul Koster RA, prof. mr. Harm-Jan de Kluiver.
20. **Waardering van aandelen na Unit4**
Jan Bernd Huizink, Peter Ingelse, Marius Josephus Jitta, Karel Scheepers, Tom Salemink
21. **Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen**
prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. W.J.M. van Veen, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. H.-J. de Kluiver, prof. mr. I.S. Wuisman, prof. mr. B. Assink, prof. dr. S. Perrick, prof. dr. S. Stevens, prof. mr. H.E. Boschma, prof. mr. J.B. Huizink
22. **Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW**
Prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. A.F. Verdam, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. F.M.J. Verstijlen, mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk

23. Company law and IFRS, the relation between capital maintenance and financial reporting; ties that bind?

mr. C.J.A. van Geffen

24. Heeft het pensioen in eigen beheer nog toekomst?

Hans Buijze, Erik Lutjens, Cor Overduijn en Paul Lavrijssen

