

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics



Bachelorscriptie

PEB-regeling op sterven na dood

Naam student: Olivier Flinterman
Studentnummer: 353422
Begeleider: Mevrouw dr. Y.M. Tigelaar-Klootwijk
Datum: 18 juli 2016
Plaats: Rotterdam

Inhoudsopgave		
Lijst van afkortingen		3
H1. Inleiding		
1.1	Aanleiding tot het onderzoek	4
1.2	De PEB-regeling in vogelvlucht	4
1.3	Probleemstelling	5
1.4	Toetsingscriteria	6
1.5	Afbakening	8
H2. Wettelijk kader & Complicaties		
2.1	Inleiding	9
2.2	De omkeerregel	9
2.3	Het wettelijk kader	
2.3.1	De verankering van de omkeerregel	10
2.3.2	De PW en de positie van de DGA	11
2.3.3	Het pensioen in de loonsfeer	12
2.3.4	Het pensioen in de winstsfeer	15
2.4	De complicaties binnen het PEB	
2.4.1	De positie van de DGA	16
2.4.2	De LB en haar beperkingen	18
2.4.3	De waardering van de pensioenverplichting	20
2.4.4	Dividenduitkeringen	21
2.5	Conclusie	23
H3. Oplossingsrichtingen		
3.1	Inleiding	25
3.2	OBR	
3.2.1	De technische vormgeving	25
3.2.2	Probleemoplossend vermogen	28
3.3	OSEB	
3.3.1	De technische vormgeving	31
3.3.2	Probleemoplossend vermogen	32
3.4	Uitfasering	
3.4.1	De technische vormgeving	34
3.4.2	Probleemoplossend vermogen	35
3.5	Daadwerkelijke afschaffing	37
3.6	Conclusie	38
H4. Conclusie & Samenvatting		40
Literatuurlijst		43

Lijst van afkortingen

AFM	Autoriteit Financiële Markten
AOW	Algemene Ouderdomswet
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk wetboek
CAP	Centraal aanspreekpunt pensioenen
CBS	Centraal Bureau voor Statistiek
DGA	Directeur-grootaandeelhouder
FOR	Fiscale oudedagsreserve
GKG	Goed koopmansgebruik
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
IB	Inkomstenbelasting
IW	Invorderingswet
LB	Loonbelasting
MRD	Miljard
NOB	Nederlandse orde van belastingadviseurs
OBR	Oudedagsbestemmingsreserve
OSEB	Oudedagssparen in eigen beheer
PEB	Pensioen in eigen beheer
PSW	Pensioen en spaarfondsenwet
PW	Pensioenwet
SER	Sociaal Economische Raad
Uitv. Besl.	Uitvoeringsbesluit
VPB	Vennootschapsbelasting
ZZP'er	Zelfstandige zonder personeel

H1. Inleiding

1.1 Aanleiding tot het onderzoek

Nederlanders kennen een ongelofelijke spaardrift. Niet in de laatste plaats wordt dit aangewakkerd door een riant pensioenstelsel. Werknemers leggen tot tien procent van hun loon in de pensioenspaarpot en de werkgevers doen daar nog eens twintig procent bij¹. Het heeft geleid tot één van de grootste pensioenreserves ter wereld, daar de Nederlandse pensioenfondsen gezamenlijk meer dan €1.200 mrd beheren². De enorme omvang van pensioenopbouw heeft budgettaire gevolgen voor de overheid. Zo stoelt het systeem voor inkomensvoorzieningen in Nederland op de zogenaamde omkeerregel. In het kort gezegd is de werknemersbijdrage aftrekbaar en de opbouw van aanspraken (werkgeversbijdrage) ingevolge een pensioenregeling³ is vrijgesteld, zodat pas bij uitkering over de uitkering belastingheffing volgt. De budgettaire derving van de regeling wordt geraamd op € 13 mrd⁴.

Bovenstaande toont slechts summier aan hoe pensioenopbouw in de Nederlandse cultuur is verweven en hoe deze in onze wetgeving is verankerd. Aanpassingen van het stelsel leiden stevast tot stevige (academische) discussies en dit onderstreept eens te meer de maatschappelijke gevoeligheid van de materie. Zo geldt dat ook zeker voor de pensioenopbouw in eigen beheer door de directeur-groootaandeelhouder (PEB-regeling). De regeling mag zich echter niet in dezelfde mate van populariteit verheugen. In de praktijk wordt DGA's zelfs ontraden om pensioen op te bouwen in eigen beheer en is reeds één op drie DGA's daarmee gestopt⁵.

1.2 De PEB-regeling in vogelvlucht

In Nederland is de pensioenopbouw op een aantal manieren gefaciliteerd. Naast het simpelweg in privé sparen (in box 3) kent Nederland een pensioenstelsel gebaseerd op drie pijlers. In de eerste pijler bevindt zich het overheidspensioen, de AOW. Op grond van deze wet bouwt iedere

¹ Hoofdreductie, "Staat zit vast in afwijkend systeem", Het Financieele Dagblad, 21 maart 2016, p. 2.

² CBS, "Kwartaaluitkomsten beleggingen van institutionele beleggers", Statline, 31 maart 2016.

<http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLnl&PA=82824NED&LA=nl>. Bron geraadpleegd op 3 mei 2016.

³ Artikel 10(1) Wet LB '64 jo. Artikel 11(1c) Wet LB '64.

⁴ Rijksbegroting 2015, H5 Inkomstenbepurende regelingen en belastinguitgaven,

http://www.rijksbegroting.nl/2015/voorbereiding/miljoenennota,kst199383_6.html. Bron geraadpleegd op 3 mei 2016.

⁵ Werkgroep Ondernemerspensioen Tilburg University, "Het ondernemerspensioen, een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën 6 december 2013", p. 8.

Nederlands ingezetene in 50 jaar het recht op een basis ouderdomsvoorziening op (in 2016 vanaf 15 jaar en zes maanden tot 65 jaar en zes maanden)⁶. De tweede pijler wordt gevormd door het werknemerspensioen en staat ook wel bekend als het aanvullend pensioen. In aanvulling op de AOW bouwt een werknemer pensioen op, toegezegd door de werkgever. Als zodanig vormt de pensioenopbouw een deel van de beloning en is daarmee onderdeel van het geheel van arbeidsvoorwaarden. Tot slot biedt de derde pijler de mogelijkheid om individuele aanspraken op te bouwen. Het betreft dan de vrijwillig betaalde inkomensvoorzieningen zoals lijfrentes en/of bankspaarproducten.

De DGA heeft binnen dit geheel een bijzondere positie. Zo wordt de DGA fiscaal als werknemer aangemerkt. Dat betekent dat hem, net als bij een gewone werknemer, een pensioen kan worden toegezegd. Dit pensioen kan bij een externe verzekeraar worden ondergebracht maar de DGA heeft, anders dan gewone werknemers, ook de mogelijkheid pensioen op te bouwen in eigen beheer⁷. Het systeem van pensioen in de tweede pijler, waarbij de voorziening buiten de risicosfeer van de onderneming wordt opgebouwd, is slechts in bepaalde gevallen van toepassing op de DGA. De Pensioenwet (PW) zondert de DGA namelijk uit als werknemer⁸ zodat de pensioenaanspraak niet hoeft te worden ondergebracht bij een pensioenuitvoerder. De beslissing om de DGA niet onder de werking van de PW te brengen kent een lange historie en is nog eens herhaald door de wetgever in 2005⁹. De wetgever acht het werknemerschap van de DGA van ondergeschikt belang en vindt het zodoende onnodig de DGA de bescherming van de wet te bieden.

1.3 Probleemstelling

Door pensioen op te bouwen in eigen beheer kunnen de gereserveerde gelden beschikbaar blijven voor financiering van de onderneming, terwijl er fiscaal voor het pensioen wordt gereserveerd¹⁰. Dit vormt in feite de kern van het probleem. Op de pensioenreserve rust immers een loonbelastingclaim. De wetgever heeft in de Wet op de loonbelasting '64 regels opgenomen om de opbouw van pensioen in eigen beheer te beperken en invordering van de loonbelastingclaim te verzekeren. Evenzo zijn aanvullende regels gesteld met betrekking tot de winstbepaling van de

⁶ Artikel 7a(1d) AOW.

⁷ Artikel 1 PW jo. Artikel 18 Wet LB '64 en artikel 19 Wet LB '64.

⁸ Artikel 1 PW.

⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 20.

¹⁰ Brief van de Staatsecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576, p. 2.

pensioenopbouw¹¹. Dit heeft geleid tot een aantal haast onoverkomelijke problemen waarmee de staatssecretaris zich heden ten dage nog steeds geen raad weet.

In het kort is de faciliteit steeds minder aantrekkelijk geworden omdat het belastingtarief waartegen aftrek kan worden verkregen flink is verlaagd¹². Tevens wijken, door bovengenoemde beperkende maatregelen, de fiscale regels in de winstsfeer voor waardering van de pensioenverplichting af van de commerciële grondslagen. Bovendien is de waarderings- en berekeningsmethodiek zeer complex aangezien deze op actuariële grondslagen dient te worden bepaald¹³. Onder andere deze problematiek noodzaakt tot een aanpassing van de huidige PEB-regeling. De faciliteit is toe aan verandering en de staatssecretaris is aan zet.

Het doel van het onderzoek is dan ook om te onderzoeken of een alternatief systeem voor de PEB-regeling de problemen kan wegnemen. Dit heeft geleid tot de volgende onderzoeksvraag:

Bestaat er een geschikter alternatief voor de huidige PEB-regeling?

Het beantwoorden van de probleemstelling gebeurt aan de hand van de volgende deelvragen:

Hoofdstuk 2 (Wettelijk kader & Complicaties)

1. Op welke wijze kan de DGA pensioen opbouwen?
2. Welke problemen manifesteren zich binnen de huidige PEB-regeling?

Hoofdstuk 3 (Oplossingsrichtingen)

3. Welke alternatieven zijn er?

1.4 Toetsingscriteria

De beoordeling of er sprake is van een geschikter alternatief gebeurt aan de hand van een toetsingskader. De criteria vinden hun oorsprong enerzijds in de door de wetgever geformuleerde doelstellingen en vormen anderzijds gangbaar wetenschappelijk gedachtegoed. Des te meer een

¹¹ Artikel 8(6) Wet VPB en artikel 8(1) Wet VPB jo. artikel 3.26 t/m 3.29 Wet IB '01.

¹² L. Berentsen, "Staatssecretaris Wiebes worstelt met pensioen in eigen beheer", Het Financieele Dagblad, 22 maart 2016, p. 7.

¹³ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576, p. 5.

eventueel alternatief voldoet aan het gestelde toetsingskader, des te geschikter wordt het alternatief geacht. De volgende toetsingscriteria worden in acht genomen:

- Pensioenzekerheid: werkt de faciliteit een adequate verdeling van koopkracht tussen het heden en het verleden in de hand¹⁴? De meest primitieve vorm van het treffen van een toekomstvoorziening is het oppotten van gelden en/of goederen, al dan niet aangevuld met beleggingsactiviteiten, om daar op een toekomstig tijdstip over te kunnen beschikken. Zolang het risico dat besloten ligt in de onzekere levensduur van de 'premie stortende' niet is afgedekt dan is van een gegarandeerde toekomstvoorziening geen sprake. Slechts wanneer dit risico wordt overgenomen door een contractspartij die levenslange uitkeringen garandeert en die voor de toekomstige betaalcapaciteit volledig onafhankelijk is van de financiële positie van de verzekerde is sprake van een sluitende toekomstvoorziening. De wetgever acht pensioenzekerheid een fundamentele waarborgfunctie voor het huidige pensioenstelsel¹⁵.
- Neutraliteit: leidt een faciliteit tot (verstorende) gedragsveranderingen bij belastingplichtigen?¹⁶ Binnen de context van de pensioenfacilitering spitst het criterium zich toe op de arbeidsvormneutraliteit¹⁷. Zijn de regels en ruimte voor de opbouw van pensioen en/of andere oudedagsvoorzieningen voor iedere belastingplichtige gelijk, ongeacht de wijze van deelname aan het arbeidsproces? De fiscale spelregels moeten voor iedereen even toegankelijk zijn. Dit impliceert dat de regels voor de verschillende belastingplichtigen alleen mogen verschillen als daartoe moverende redenen bestaan. Complexe wetgeving maakt de pensioenfaciliteit immers alleen maar duurder.
- Doeltreffendheid: worden de gestelde doelen bereikt met de huidige maatregel?¹⁸ De vraag noopt derhalve ook te onderzoeken welke doelen de overheid zich heeft gesteld met de maatregel.

¹⁴ B.G.J. Schuurman, "Pensioen in de loonsfeer", Wolters Kluwer, 2015, p. 1.

¹⁵ SER, "Advies nieuwe pensioenwet 01/06", 18 mei 2001, p. 29.

¹⁶ J.E. Stiglitz, "Economics of the public sector", Norton & Company, 2000, p. 458-460.

¹⁷ Werkgroep Ondernemerspensioen Tilburg University, "De toekomst van het pensioen van de ondernemer", november 2015, p. 16.

¹⁸ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 10 februari 2011, nr. 2010D39290, p. 2.

- Doelmatigheid: wordt, gegeven de doelstelling, het doel bereikt tegen zo min mogelijk kosten?¹⁹ Het criterium maakt het mogelijk te onderzoeken hoe complex en uitvoerbaar de faciliteit is en tevens wat de budgettaire gevolgen zijn van een eventueel alternatief.

Het onderzoek is kwalitatief van aard en wordt uitgevoerd op basis van literatuuronderzoek en analyse van de parlementaire geschiedenis.

1.5 Afbakening.

Zoals aangegeven, spitst het onderzoek zich toe op de positie van de DGA binnen het Nederlandse pensioenstelsel. Ondanks dat de DGA zoals ieder ander de mogelijkheid heeft om binnen de eerste en derde pijler pensioen op te bouwen wordt dit buiten beschouwing gelaten. De problemen die zich voordoen met betrekking tot de AOW of de verschillen tussen gewone werknemers en de DGA met betrekking tot de opbouw van lijfrentevoorzieningen worden dan ook niet behandeld.

De problematiek van de omkeerregel an sich wordt niet nader beschouwd. Het thema is té uitgebreid en past zodoende niet binnen de horizon van dit onderzoek. Aangezien de PEB-regeling wel is gestoeld op de omkeerregel keert deze wel terug in hoofdstuk twee waarin het wettelijk kader wordt behandeld.

Tot slot gaat het gaat de omvang van het onderzoek te buiten om de gevolgen van de echtscheidingsproblematiek te analyseren.

¹⁹ AFM, “Naar een toekomstbestendig tweedepijler pensioen”, januari 2015, p. 8.

H2. Wettelijk kader en complicaties

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een antwoord gezocht op de vraag hoe de DGA zijn pensioen kan opbouwen. Daartoe zal het wettelijk kader waarbinnen de DGA zich beweegt worden uiteengezet. Vervolgens worden de verschillende complicaties die daarbij optreden beschreven. Deze complicaties zijn onlosmakelijk verbonden met het toetsingskader, immers worden problemen alleen als zodanig ervaren omdat de faciliteit niet voldoet aan bepaalde doelen en (maatschappelijke) opvattingen. Paragraaf 2.2 behandelt de omkeerregel, ook wel de inkomensuitsteltheorie genoemd. Paragraaf 2.3 behandelt de kwalificatie van de DGA en de wettelijke beperkingen in de loon- en winstsfeer. In paragraaf 2.4 worden de verschillende complicaties die optreden binnen de regeling uiteengezet en afgezet tegen het toetsingskader. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 2.5.

2.2 De omkeerregel

Om de opbouw van inkomensvoorzieningen te bevorderen heeft de overheid ruim honderd jaar geleden de omkeerregel ingevoerd²⁰. De regel bewerkstelligt dat over afdrachten voor een later pensioen nu geen belasting wordt betaald, maar dat belastingheffing pas plaatsvindt op het moment dat de inkomensvoorziening tot uitkering komt²¹.

De theorie is gebaseerd op de inkomensuitsteltheorie, ook wel het ‘pay as you earn’ beginsel. De aanspraken op pensioen kunnen niet worden verteerd en vormen zodoende geen onderdeel van het belastbare loon. In de toekomst wordt de gehele uitkering belast. De werknemersbijdrage is dan ook aftrekbaar van het belastbare loon. De pensioenvoorziening kent een verzorgingsdoelstelling en is dus beklemd om in de toekomst tot uitkering te komen. De algemene maatschappelijke opvatting is dan ook dat belastingheffing pas plaats moet vinden op het moment dat het pensioeninkomen daadwerkelijk wordt genoten.

Het doel van de omkeerregel vormt dus het uitstellen van belastingheffing naar het moment dat de aanspraken tot uitkering komen. De overheid tracht hiermee de opbouw van oudedagsvoorzieningen te stimuleren. Daarentegen heeft de wetgever sinds kort een inbreuk

²⁰ Artikel 19 Wet IB 1914.

²¹ Artikel 11(1c) en artikel 11(1j) Wet LB '64.

gemaakt op deze gedachte door middel van de aftoppingsmaatregel²². De maatregel bewerkstelligt dat maximaal €101.519 in aanmerking wordt genomen als pensioengevend loon zodat aan de omkeerregel boven dit bedrag geen werking toekomt.

De verzorgingsgedachte, of wel het leiden tot pensioenzekerheid, komt duidelijk naar voren tijdens de invoering van de Wet op de inkomstenbelasting 2001: *‘De doelstelling van de huidige fiscale behandeling van pensioensparen berust vooral op het bevorderen van de opbouw van aanvullende oudedagsvoorziening.’*²³

Volgens de wetgever heeft het geldende fiscale inkomensbegrip een pragmatisch karakter²⁴. De begripsinhoud wordt dus bepaald aan de hand van de heersende maatschappelijke opvattingen. Daarbij heeft de wetgever wel de bedoeling zich ‘volgend’ op te stellen, daarentegen blijkt zij in de praktijk een ‘sturende’ invloed te hebben op de vormgeving van ons pensioenstelsel. De fiscaliteit is een sturend instrument waarbij de omkeerregel alleen toepassing vindt wanneer zij aan de normeringen en beperkingen van hoofdstuk IIB Wet LB ’64 voldoet. De vraag luidt dan ook wat hiervan de gevolgen zijn voor de PEB-regeling welke enerzijds moet voldoen aan de verzorgingsgedachte en aan de beperkingen van de Wet LB ’64 anderzijds.

2.3 Het wettelijk kader

2.3.1 De verankering van de omkeerregel

De wettelijke verankering van de omkeerregel is op een aantal plaatsen terug te vinden in de wetgeving²⁵:

-In de Wet LB ’64: voor werknemers en DGA’s²⁶.

-In de Wet IB ’01: voor IB-ondernemers²⁷, tevens is daarin de FOR opgenomen²⁸.

-In de Wet IB ’01: voor elke belastingplichtige die een oudedagsvoorziening beoogt in de vorm van een lijfrente en/of bankspaarproduct.

²² Artikel 18ga Wet LB ’64.

²³ Kamerstukken II, 1997-1998, 25 810, nr. 2, p. 47.

²⁴ B.G.J. Schuurman, "Pensioen in de loonsfeer", Wolters Kluwer, 18 april 2015, par. 1.4.1.

²⁵ A.H.H. Bollen-Vandenboorn, "Drieluik ‘de fiscale behandeling van pensioen-sparen’", Maandblad belasting beschouwingen, april 2014, nr. 4, p. 149.

²⁶ Artikel 10(1d), 10(1j sub 1^o) en 18(h) Wet LB ’64.

²⁷ Artikel 3.13 en 3.100(1b) Wet IB ’01.

²⁸ Artikel 3.63-3.73 Wet IB ’01.

Zoals aangegeven in paragraaf 1.5 wordt slechts ingegaan op de wettelijke bepalingen die relevant zijn voor de DGA en het PEB. Derhalve worden de bepalingen voor de IB-ondernemers en lijfrente/bankspaarproducten genegeerd. In de navolgende paragrafen wordt ingezoomd op de (wettelijke) positie van de DGA en het PEB in de loon- en winstsfeer.

2.3.2 De PW en de positie van de DGA

Globaal gezien kenmerkt artikel 1 van de PW een DGA als een aandeelhouder die (on)middellijk tien percent van de aandelen in de werkgever bezit, waaraan ook stemrecht is verbonden²⁹. Zoals gezegd neemt hij op pensioenrechtelijk terrein een bijzondere plaats in. De DGA is als directeur in dienst bij de BV en wordt zodoende voor de loonheffing als werknemer aangemerkt³⁰. De pensioentoezegging aan de DGA valt daarom onder de reikwijdte van artikel 11 Wet LB '64, de omkeerregel. De PW stelt vervolgens grenzen waaraan de werkgevers en werknemers moeten voldoen bij het onderhandelen en uitvoeren van de pensioentoezegging. De drie-eenheid tussen de werknemer, werkgever en de pensioenverzekeraar vormt daarbij het beginpunt. De werknemer en werkgever onderhandelen over de pensioenovereenkomst, welke onderdeel is van de arbeidsvoorwaarden. De werkgever is vervolgens verplicht de pensioenvoorziening onder te brengen bij een externe pensioenverzekeraar. Met de inwerkingtreding van de PSW (de voormalige PW) beoogde de wetgever immers afscheid te nemen van de situatie waarbij de pensioenuitkering (mede) afhankelijk was van het reilen en zeilen van de onderneming³¹. De verzorgingsgedachte is daarmee stevig verankerd in de PW.

Sinds de inwerkingtreding van de PSW werd voor de DGA bescherming van de wet onnodig geacht. Voor de PW geldt dit eveneens³². Dit is in de memorie van toelichting nogmaals herhaald³³: *'De belangrijkste reden is dat een directeur-grootaandeelhouder 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-grootaandeelhouder heeft de bescherming van de wet niet nodig.'*

²⁹ S.J. Ruesink, "Afkoop van pensioen in eigen beheer", WFR 2012/1514.

³⁰ B.G.J. Schuurman, "Pensioen in de loonsfeer", Wolters Kluwer, 2015, par. 3.1.

³¹ Kamerstukken II, 1949/1950, 1730, nr. 3, p.1.

³² Artikel 1 PW zondert de DGA expliciet uit als werknemer.

³³ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 20.

2.3.3 Het pensioen in de loonsfeer

Ondanks dat het begrip de DGA is opgenomen in artikel 1 van de PW, zijn de voorwaarden van deze wet niet van toepassing op eigenbeheersituaties. De DGA kwalificeert expliciet niet voor het werknemersbegrip in de PW en dientengevolge is de werkgever slechts gebonden aan de voorwaarden van de Wet LB '64. Een toegezegd pensioen hoeft dus niet op de wettelijke voorgeschreven manier te worden verzekerd waardoor de gereserveerde pensioengelden in de onderneming mogen worden behouden. De niet afgestorte premies kunnen een doorslaggevende rol spelen in de financiering van de onderneming³⁴. Dit heeft volgens de wetgever geleid tot een maatschappelijke behoefte aan opbouw van pensioen in de eigen onderneming³⁵. Tijdens de Brede Herwaardering II is de financieringsgedachte ter discussie gesteld³⁶. De parlementsleden wilden eisen stellen aan de belegging van de pensioengelden om de DGA niet al te vrijelijk (en daardoor risicovol) te laten beschikken over het pensioenkapitaal. Vanwege bovengenoemde maatschappelijke behoefte stuitten deze eisen echter op teveel bezwaren³⁷. De financieringsproblematiek van de onderneming is blijkbaar dusdanig verweven met de toekomstvoorziening dat een vrijstelling nodig werd geacht³⁸. Overigens staat het de DGA ook vrij om zijn premies wel extern af te storten zodat hij wél wordt behandeld als een *gewone* werknemer.

In de Wet LB '64 wordt voor wat betreft de definitie van de DGA aangesloten bij de PW³⁹. De voorwaarden voor de uitvoering van het pensioen in eigen beheer zijn opgenomen in hoofdstuk IIB en strekken grotendeels ter voorkoming van misbruik en andere onwenselijke situaties. Het lichaam dat als verzekeraar optreedt, dient aan de volgende voorwaarden te voldoen⁴⁰:

- Het moet zijn gevestigd in Nederland;
- De pensioenverplichting moet voor de vennootschapsbelasting worden gerekend tot het binnenlandse vermogen;

³⁴ Werkgroep Ondernemerspensioen Tilburg University, "De toekomst van het pensioen van de ondernemer", november 2015, p. 21.

³⁵ Kamerstukken II, 1992/93, 23 046, nr. 3, p.3.

³⁶ Kamerstukken II, 1994/95, 23 046, nr. 11, p. 14-15.

³⁷ S.J. Ruesink, "Afkoop van pensioen in eigen beheer", WFR 2012/1514.

³⁸ B.G.J. Schuurman, "Pensioen in de loonsfeer", Wolters Kluwer, 2015, par. 2.3.

³⁹ Artikel 19a(2) Wet LB '64.

⁴⁰ Artikel 19a(1d en 1e) en 19a(2) Wet LB '64.

- Het lichaam dat als verzekeraar optreedt, moet een pensioenovereenkomst sluiten met de DGA die voldoet aan de definitie van artikel 1 van de PW.

Artikel 18h Wet LB bepaalt vervolgens dat aan het pensioen in eigen beheer dezelfde voorwaarden worden gesteld als aan *gewone* werknemers. Dit artikel vormt in feite de schakelbepaling en verklaart de artikelen 18 tot en met 18g Wet LB van toepassing. Tevens mag het pensioen in eigen beheer niet uitgaan boven hetgeen in de collectieve regelingen gangbaar is⁴¹, de zogenaamde gangbaarheidseis. De wetgever tracht daarmee te voorkomen dat DGA's bovenmatig pensioen opbouwen zonder liquiditeitsverlies⁴², de verschuldigde premies blijven immers binnen de onderneming. Verder is er geen sprake van een harde eis dat er voldoende activa tegenover de voorziening op de balans staan.

De hoogte van de jaarlijkse pensioenopbouw is afhankelijk van de toezegging in de pensioenbrief. In deze brief worden de pensioenafspraken tussen de DGA en zijn BV geformaliseerd. Er kan gekozen worden uit een aantal systemen ter opbouw van het pensioen⁴³:

- De beschikbarepremieregeling: bij deze regeling wordt de beschikbare bijdrage voor de pensioenopbouw van te voren vastgesteld. De maximale hoogte van de bijdrage is afhankelijk van factoren zoals de aanvangsleeftijd, carrière en het salarisverloop. Het doel van de wetgever is dat er in 35 jaar een pensioen kan worden opgebouwd van in totaal zeventig percent van het laatst verdiende salaris. Kenmerkend voor de regeling is dat het rendementsrisico bij de werknemer ligt. De hoogte van de toekomstige pensioenuitkeringen is immers afhankelijk van de hoogte van de premies (bepaald door de werkgever) en het rendement daarop (welke onzeker is).
- De eindloonregeling: zoals de naam al aangeeft is de hoogte van het te bereiken pensioen afhankelijk van de diensttijd en het laatst verdiende loon van de werknemer. Het pensioeninkomen is dus afhankelijk van het salaris verdiend direct voorafgaand aan het moment van uittreden (de pensioendatum). Zodoende dient de werkgever bij salarisverhogingen de daardoor ontstane pensioentekorten aan te vullen. Voor de

⁴¹ Artikel 18h(2) Wet LB '64 jo. artikel 10(c) Uitv Besl LB '65.

⁴² Kamerstukken II, 1998/99, 26 020, nr. 6, p. 9-10 en 27-28.

⁴³ B.G.J. Schuurman, "Pensioen in de loonsfeer", Wolters Kluwer, paragrafen 2.2.2, 2.2.3 en 2.2.4.

werkgever leidt het systeem dus tot hoge kosten en grote risico's. De hoogte van de jaarlijkse pensioenopbouw is wettelijk vastgelegd⁴⁴.

- De middelloonregeling: bij de middelloonregeling is de hoogte van het pensioen afhankelijk van het gemiddeld verdiende salaris. Het op te bouwen pensioen is een gewogen gemiddelde van alle pensioengrondslagen, wat betekent dat salarisverhogingen alleen de toekomstige pensioengrondslagen verhogen. Omdat de pensioenopbouw binnen dit systeem leidt tot een lager pensioen dan binnen de eindloonregeling zijn de opbouwpercentages hoger. Tevens geldt hierbij dat de wetgever ten doel stelt de opbouw van een pensioen in 35 jaar van zeventig percent van het eindsalaris. Het rendementsrisico ligt bij de werkgever aangezien de werkgever een bepaalde pensioentoezegging (geen premietoezegging) doet aan de werknemer.

De opbouw van het pensioen is vervolgens nog gebonden aan de volgende onderdelen: het pensioengevend loon, de AOW inbouw, de diensttijd, de 100 percent norm en de indexering van de pensioenvoorziening.

- Pensioengevend loon: het loon vormt de grondslag voor het op te bouwen pensioen en wordt vastgesteld in de pensioenbrief. Daarbij is de DGA gebonden aan artikel 12a Wet LB, welke stelt dat de DGA zichzelf in ieder geval een (gebruikelijk) loon van € 44.000.- moet toekennen. Tevens kan geen pensioen worden opgebouwd over loon in natura, het genot van een ter beschikking gestelde auto en mag het pensioengevend loon niet uitkomen boven € 101.519⁴⁵, de zogenaamde aftoppingsregel.
- De AOW inbouw: bij de vorming van de pensioenvoorziening moet rekening worden gehouden met de AOW franchise. Over dit deel mag geen pensioen opgebouwd worden. De hoogte van de inbouw vindt zijn wettelijke grondslag in artikel 18h(2) Wet LB jo. artikel 10c Uitv Besl Wet LB '65. Hof Den Haag heeft bepaald dat de DGA verplicht rekening dient te houden met een hoge AOW franchise zoals die geldt voor een ongehuwd

⁴⁴ Artikel 18a(1) Wet LB '64.

⁴⁵ Artikel 18g(2) Wet LB '64 jo. artikel 10b Uitv Besl LB '65 en artikel 18ga(1) Wet LB '64.

persoon inclusief vakantiegeld⁴⁶. De pensioengrondslag van de DGA wordt daarmee verder verlaagd.

- De diensttijd: de diensttijd bestaat uit de tijd die is en wordt doorgebracht in dienstbetrekking. De arbeidsovereenkomst bevat dienovereenkomstig een bepaling dat gedurende deze periode pensioenrechten worden opgebouwd. In principe kwalificeert alleen de diensttijd doorgebracht binnen de eigen BV voor de opbouw van de pensioenvoorziening.
- De 100 percent norm: artikel 18a Wet LB '64 stelt in lid zeven dat het opgebouwde pensioen niet uit mag gaan boven 100 percent van het pensioengevend loon op het tijdstip van ingang.

2.3.4 Het pensioen in de winstsfeer

Ingevolge artikel 2(1a) Wet VPB '69 is een lichaam dat pensioen in eigen beheer houdt vennootschapsbelastingplichtig. Via de schakelbepaling van artikel 8(1) Wet VPB '69 wordt artikel 3.8 Wet IB '01 van toepassing verklaard. Zodoende wordt aangesloten bij het totaalwinstbegrip en is ook het begrip 'goed koopmansgebruik' (artikel 3.25 Wet IB '01) van toepassing. De vorming van voorzieningen, zoals het PEB, is dus onderhevig aan de open en dynamische norm van het GKG. De relevante criteria voor het treffen van de voorziening zijn in de jurisprudentie ontwikkeld en luiden op grond van het baksteen arrest⁴⁷ als volgt:

- Het oorsprong vereiste: de feiten die ten grondslag liggen aan de toekomstige uitgaven en daarmee het treffen van de voorziening dienen zich vóór balansdatum hebben voorgedaan.
- Het toerekening vereiste: de feiten die aanleiding geven voor het treffen van de voorziening moeten op grond van het GKG ook kunnen worden toegerekend aan de desbetreffende periode.
- Het zekerheid vereiste: er dient een redelijke mate van zekerheid te bestaan dat de toekomstige kosten tot uitgaven leiden.

⁴⁶ Hof den Haag 6 juli 2011, BK-10/00298, baseert haar uitspraak op de notitie van de staatssecretaris van Financiën "Fiscale positie directeur-groootaandeelhouder", onderdeel 3.2.2, 2009.

⁴⁷ HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409.

De waardering van de voorziening dient op grond van artikel 3.29 Wet IB '01 te geschieden op basis van algemeen aanvaarde actuariële grondslagen. Deze grondslagen bestaan uit vijf onderdelen⁴⁸: de sterftekans, de rekenrente, de kosten, de veiligheidsmarges en de methode van financiering. Tevens mag bij de waardering van de pensioenaanspraak geen rekening worden gehouden met indexatie elementen⁴⁹ en moet gebruik worden gemaakt van een minimale rekenrente van vier percent⁵⁰.

In aanvulling op de Wet IB '01 is in artikel 8(6) Wet VPB bepaald dat er voor de bepaling van de waarde van de pensioenaanspraak geen toepassing van leeftijdsterugstellingen plaatsvindt en de voorziening niet hoger mag worden gewaardeerd dan volgens een stelsel dat correspondeert met dat van een externe verzekeraar. Zodoende kan de DGA slechts kiezen uit twee stelsels, de koopsommenmethode en de premie-koopsommenmethode. Aangezien deze geen verdere relevantie hebben voor het onderzoek worden deze niet nader besproken.

2.4 De complicaties binnen het PEB

2.4.1 De positie van de DGA

Het feit dat de wetgever de DGA feitelijk als ondernemer ziet⁵¹ doet de vraag opkomen of ten opzichte van een 'gewone werknemer' een andere behandeling op pensioenrechtelijk gebied gerechtvaardigd is. Reeds ten tijde van de overgang van de PSW naar de PW bestond er gesteggel over het kwantitatieve criterium voor de kwalificatie van een DGA. De SER beargumenteerde dat aan moest worden gesloten bij het criterium uit de werknemersverzekeringen (een vijftig percent belang)⁵², immers kan alleen dan gesproken worden van een doorslaggevende invloed op het reilen en zeilen van de onderneming. De wetgever heeft echter gekozen voor een materieel belang van tien percent. Een dusdanig marginaal belang leidt mijns inziens echter niet tot feitelijke beslissingsmacht. Het gevolg is dat een aantal DGA's buiten de bescherming van de PW wordt geplaatst die toch behoefte heeft aan zekerheid en informatierechten.

Dit probleem is eenvoudig te voorkomen aangezien de DGA zelf de beslissing maakt zijn pensioen in eigen beheer op te bouwen dan wel extern te laten verzekeren. De kwestie toont evenwel aan dat de overheid een onderscheid maakt tussen gewone werknemers en de DGA. De wetgever wordt

⁴⁸ E.T. Loijenga, "Algemeen aanvaarde actuariële grondslagen in de zin van art. 9b", WFR 1996/302, p. 1.

⁴⁹ Artikel 3.26 Wet IB '01.

⁵⁰ Artikel 3.29 Wet IB '01.

⁵¹ Zie paragraaf 2.3.2.

⁵² SER, "De positie van de directeur-groootaandeelhouder", 5 februari 2002, p. 79-80.

daarbij gesterkt in haar overtuiging naar aanleiding van het Asscher-arrest, waar in breder verband op Europeesrechtelijk niveau is geoordeeld dat de DGA zijn werkzaamheden niet uitoefent in het kader van een positie van ondergeschiktheid zodat de DGA als ondernemer kan worden gekwalificeerd⁵³. Gezien deze stelling ziet de Hoge Raad niet in waarom de wet- en regelgever geen onderscheid mag maken tussen gewone werknemers en de DGA⁵⁴.

Een voortvloeiende van de verschillende behandeling wordt gevormd door de gangbaarheidseis⁵⁵. De rechtvaardigingsgrond voor deze eis zou zijn dat de werknemer die voor pensioen in eigen beheer kiest een andere positie inneemt dan een extern verzekerde⁵⁶. Bij de opbouw van pensioen in eigen beheer treedt namelijk geen liquiditeitsverlies op en bestaat de angst dat de uiterste grenzen van fiscaal gefacilieerde pensioenopbouw worden opgezocht. Deze visie is niet geheel juist aangezien de beleggingsopbrengsten in eigen beheer onderhevig zijn aan de heffing van vennootschapsbelasting en zo ook de liquiditeiten van de vennootschap verminderen. Tevens is het binnen de bestaande belastingdrukverhoudingen aantrekkelijker om dividend te ontvangen in plaats van een hoger loon met als doel een hogere pensioenopbouw⁵⁷. De vrees van fiscale grensverlegging is derhalve niet steekhoudend, te meer omdat het pensioengevend loon recentelijk is gemaximeerd.

Eerder is aan de orde gekomen⁵⁸ dat een DGA rekening moet houden met een hoge AOW franchise, waardoor de DGA in vergelijking met een gewone werknemer minder pensioen kan opbouwen. De rechtvaardigingsgrond is wederom gelegen in het onderscheid tussen de *normale* werknemer en de DGA als ondernemer. Echter was de motivering van de wetgever bij invoering van artikel 10c Uitv. Besl. geheel anders⁵⁹. De lagere AOW-inbouw zou de pensioenlasten sterk laten stijgen, zo blijkt uit de nota van toelichting⁶⁰. De bestaansgrond van de bepaling is daarmee op zijn minst twijfelachtig te noemen alsmede het gecreëerde onderscheid tussen de DGA en de werknemer.

Het gekunstelde onderscheid resulteert in afwijkende mogelijkheden tot pensioenopbouw voor beide arbeidsvormen. Daarmee wordt geen recht gedaan aan de gedachte dat voor een ieder

⁵³ HvJ EG 27 juni 1996, C 107/94, V-N 1996, p. 2597, rechtsoverweging 26.

⁵⁴ HR 15 december 1999, nr. 32 263, BNB 2000/211.

⁵⁵ Geïntroduceerd in paragraaf 2.3.3.

⁵⁶ Kamerstukken II, 1998/99, 26 020, nr. 6, p. 9

⁵⁷ B.G.J. Schuurman, "Pensioen in de loonsfeer", Wolters Kluwer, 2015, par. 1.7.

⁵⁸ Zie paragraaf 2.3.3.

⁵⁹ F.M.M. De Bondt, "De (on)gelijke behandeling van het DGA-pensioen", WFR 2000/877, par. 4.6.

⁶⁰ Kamerstukken II, 1998/99, 26 020, nr. 6, p. 9

dezelfde fiscale spelregels moeten gelden. In dit kader haal ik graag Stevens aan⁶¹: "*Hoe meer bijzondere regimes, hoe ingewikkelder ons belastingstelsel wordt. Elk streven naar vereenvoudiging moet zich daarom richten op de kritische vraag of die regimes wel nodig zijn. Ze leiden tot grotere complexiteit...en dit leidt tot de klacht dat de neutraliteit wordt verstoord*".

De arbeidsvormneutraliteit wordt door de regeling verstoord. De wetgever tracht de DGA te behandelen als gewone werknemer. Omdat de DGA in feite een ondernemer is, worden er tal van restrictieve maatregelen opgeworpen om de DGA in het keurslijf van de werknemer te persen. Wanneer hij aan deze restricties voldoet, kan hij vervolgens gebruik maken van een pensioenfaciliteit die alleen voor ondernemers open staat. De kwalificatie van de DGA als ondernemer dan wel werknemer alsmede de toegang tot verschillende pensioenopbouwfaciliteiten loopt daarmee volledig door elkaar.

Zoals Stevens betoogt, maakt de bovenstaande problematiek de faciliteit zeer gecompliceerd en ondoorzichtig. Dit gaat gepaard met verhoogde uitvoeringskosten (denk voor de DGA aan hoge advieskosten en voor de belastingdienst aan extra inzet van personeel) zodat de faciliteit aan twee zijden leidt tot kostenverhogende gedragsveranderingen. Door het inwerking stellen van een bijzonder regime, in dit geval de pensioenopbouw in eigen beheer door de DGA, ontstaat een ingewikkelder belastingstelsel. Naast de negatieve gevolgen voor de arbeidsvormneutraliteit maakt de PEB-regeling het belastingstelsel nodeloos complex. Dit schaadt de doelmatigheid van de regeling enorm.

2.4.2 De LB en haar beperkingen

De omkeerregel

Een complicatie bij het pensioen in eigen beheer is de ruime verantwoordelijkheid die rust op de schouders van de DGA als gevolg van zijn schizofrene kwalificatie. Zo is hij aan de ene kant als werknemer gerechtigd tot pensioenopbouw maar kan hij aan de andere kant als ondernemer de premies vrijelijk beleggen in zijn eigen onderneming. De wetgever streeft daarmee twee doelen na die op zeer gespannen voet met elkaar staan. Met Dietvorst⁶² ben ik van mening dat de opbouw van pensioen in eigen beheer in strijd is met de pensioengedachte. Een pensioen moet immers zeker zijn. De DGA moet zich vanaf zijn pensioendatum tot aan zijn sterfdag van een periodieke

⁶¹ L.G.M. Stevens, "Belasten of factureren?", Het Financieele Dagblad, 14 juni 2016, p. 11.

⁶² G.J.B. Dietvorst, "Is het afschaffen van sanctiebepalingen de beste oplossing voor het DGA-pensioen?", WFR 2012/805.

uitkering kunnen verzekeren. Bij deze gedachte past het dan ook niet dat de voor pensioen bestemde middelen niet aan de directe invloedssfeer en de zeggenschap van de DGA worden onttrokken. Tijdens de parlementaire behandeling wordt gewezen op de maatschappelijke behoefte van de financieringsgedachte⁶³. Kennelijk wordt daarbij de maatschappelijke behoefte aan pensioenzekerheid over het hoofd gezien. De staatssecretaris geeft zelf aan⁶⁴ dat zestig procent van BV's met een PEB-voorziening in staat van onderdekking verkeren⁶⁵. De pensioenvoorziening is daarmee voor de meerderheid van de DGA's daadwerkelijk illusoir geworden. Het ontbreekt aan wettelijke verplichtingen op basis waarvan de pensioengelden solide dienen te worden belegd. Het gevolg is een groot maatschappelijk risico wanneer de DGA, als gevolg van de afwezigheid van voldoende pensioenvermogen, een beroep moet doen op de sociale voorzieningen⁶⁶. Het een en ander heeft implicaties voor de doeltreffendheid van de regeling. Aan de financieringsgedachte wordt overduidelijk tegemoet gekomen. De pensioengelden van de meeste DGA's zijn naar eigen (gebrekig) inzicht belegd met als gevolg dat zestig procent van hen over geen of onvoldoende pensioenvermogen beschikt. Tegelijkertijd wordt daarmee de verzorgingsgedachte grof geschonden. Zoals gezegd verkeert de meerderheid van de DGA's in staat van onderdekking zodat van pensioenzekerheid allerm minst sprake is. Het is het logische gevolg van de tegenstrijdigheid tussen de financierings- en verzorgingsgedachte. Men kan nu eenmaal niet gelijktijdig aan beide doelen voldoen. Naar mijn mening bewerkstelligt de PEB-regeling daarmee niet waar hij voor bedoeld was: de opbouw van pensioen. Van doeltreffendheid binnen de regeling is onvoldoende sprake.

Afkoop

Om misbruik tegen te gaan heeft de wetgever in artikel 19b van de Wet LB '64 een aantal handelingen opgenomen waardoor de pensioenregeling als onzuiver wordt gekwalificeerd. Dat heeft tot gevolg dat de omkeerregel niet langer van toepassing is en de pensioenaanspraak gerekend wordt tot het loon uit vroegere dienstbetrekking. Tevens wordt twintig procent revisierente

⁶³ Zie paragraaf 2.3.3, eerste alinea.

⁶⁴ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M, p. 6.

⁶⁵ De cijfers zijn gebaseerd op het jaar 2009, waarbij de commerciële waarde van de pensioenvoorziening in aanmerking wordt genomen.

⁶⁶ G.J.B. Dietvorst et al, "Fiscale behandeling van oudedagsvoorzieningen: het kan beter, eerlijker, efficiënter en eenvoudiger", Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, 1 december 2010, nr. 242, p. 75.

geheven over de waarde in het economisch verkeer van de aanspraak⁶⁷. De pensioenvoorziening is vanuit de verzorgingsgedachte opgebouwd met fiscale steun. Met de sanctiebepaling van de Wet LB '64 tracht de wetgever dan ook te voorkomen dat de loonbelastingclaim verloren gaat en dat vervolgens een beroep moet worden gedaan op andere overheidsvoorzieningen zoals de bijstand. Van afkoop is kort gezegd sprake wanneer de pensioenvoorziening onzuiver wordt, de DGA afziet van zijn pensioenrecht of wanneer de pensioenvoorziening feitelijk of formeel voorwerp van zekerheid wordt⁶⁸. De sanctie is in die mate streng dat altijd de volledige pensioenaanspraak wordt belast, zelfs indien een gedeelte van de aanspraak wordt afgekocht⁶⁹. In de praktijk is het voornemen om af te zien van het pensioen en de gepaard gaande tegenprestatie niet altijd expliciet aanwezig⁷⁰. Zo blijkt uit de jurisprudentie dat van afkoop tevens sprake kan zijn indien een handeling wordt verricht waarbij de DGA bevoordeeld wordt (de tegenprestatie) waardoor de toekomstige pensioenuitkering in het gedrang komt (het afzien). Dit is in bepaalde gevallen zo bij de uitkering van dividend⁷¹. Van afkoop is tevens sprake wanneer de honderd percent norm wordt bereikt⁷².

2.4.3 De waardering van de pensioenverplichting

Een volgende complicatie ontstaat als gevolg van de verschillende waarderingsregels voor de pensioenaanspraak op fiscaal ten opzichte van vennootschappelijk gebied. In zijn brief van 6 december 2013 veronderstelt de staatssecretaris⁷³ dat als commerciële waarde van het pensioen moet worden gezien het bedrag dat aan een onafhankelijke externe verzekeraar moet worden betaald voor het onderbrengen van het pensioen. Deze waarde is vele malen hoger dan de waarde van het pensioen zoals de uitvoerder in eigen beheer deze in de jaarrekening moet opnemen⁷⁴. De vennootschappelijke waarde houdt rekening met alle relevante elementen, zoals onder andere de indexatie, leeftijdsterugstellingen en de marktrente. Als gevolg van de eerdergenoemde wettelijke beperkingen in de Wet VPB en Wet IB '01 is dit op fiscaal gebied onmogelijk. Gezien de stijgende

⁶⁷ Artikel 30i AWR.

⁶⁸ Artikel 19b(1) Wet LB '64.

⁶⁹ R.E H.M. Bremmers, "Commentaar op artikel 19b Wet LB '64", NDFR, <http://www.ndfr.nl/link/W0839-19b>. Bron geraadpleegd op 20 juni 2016.

⁷⁰ S.J. Ruesink, "Afkoop van pensioen in eigen beheer", WFR 2012/1514.

⁷¹ Zie paragraaf 2.4.4.

⁷² Artikel 18a(7) Wet LB '64.

⁷³ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576, p. 1-2.

⁷⁴ Werkgroep Ondernemerspensioen Tilburg University, "Het ondernemerspensioen, een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën 6 december 2013", p. 11.

levensverwachting behoeft het geen toelichting dat het niet toepassen van leeftijdsterugstellingen grote gevolgen heeft voor de te passiveren pensioenverplichting⁷⁵. Dit geldt eveneens voor de te hanteren rekenrente van vier percent terwijl de marktrente al tijden onder dit percentage ligt. Stevens betoogt dan ook dat er om die reden weinig bestaansrecht is voor een dergelijk lage waardering⁷⁶.

Het valt buiten de reikwijdte van het onderzoek om de artikelen 3.26 tot en met 3.29 Wet IB '01 en artikel 8(6) Wet VPB te toetsen aan het goedkoopmansgebruik. Zodoende wordt volstaan met de constatering dat Dieleman in deze context heeft geconcludeerd dat deze wetsartikelen in strijd zijn met het realisatie- en/of voorzichtigheidsbeginsel⁷⁷. Het één en ander bewijst eens te meer de starheid en de gecompliceerde uitvoerbaarheid van het systeem⁷⁸.

2.4.4 Dividenduitkeringen

In titel 9 Boek 2 BW zijn regels gesteld aan de uitkering van dividend. Zo kan slechts een uitkering worden gedaan voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden⁷⁹. Om vast te stellen of aan deze balanstest wordt voldaan, is volgens de staatssecretaris⁸⁰ de commerciële vermogenspositie van de rechtspersoon beslissend. De fiscale pensioenberekeningsmethode en de waarde in het economisch verkeer van de voorziening lopen daarbij behoorlijk uiteen, hetgeen naargeestige consequenties heeft voor de DGA. Zo zal de fiscale balans voldoende winstreserves kunnen tonen. Als daarentegen de waarde in het economisch verkeer van de pensioenvoorziening in ogenschouw wordt genomen (volgens de staatssecretaris is dit het bedrag dat bij overname aan een externe verzekeraar zou moeten worden betaald⁸¹) verdampen deze reserves in rap tempo. Dividend uitkeren staat volgens het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen (CAP) in dat geval gelijk aan de fictieve afkoop van de gehele pensioenvoorziening⁸². Tijdens de parlementaire behandeling rees de vraag waarom de wetgever

⁷⁵ B. Dieleman, "Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen", Fiscale Monografieën, nr. 140, par. 5.6.

⁷⁶ L.G.M. Stevens, "Pensioen in de winstsfeer", Wolters Kluwer, 2010, par. 4.5.

⁷⁷ B. Dieleman, "Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen", Fiscale Monografieën, nr. 140, par. 6.3.

⁷⁸ Zie paragraaf 2.4.4.

⁷⁹ Artikel 2:216(1) BW.

⁸⁰ Zie de brief van de staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576, p. 3-4 in combinatie met de handreiking CAP, Vraag & antwoord, 12-008, 21 september 2012.

⁸¹ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576, p. 1-2.

⁸² Handreiking CAP, Vraag & antwoord, 12-008, 21 september 2012.

voor het dividendbeleid toetst op basis van 'commerciële' grondslagen en zich voor de opbouw van de voorziening baseert op fiscale grondslagen⁸³. De wetgever heeft daarbij expliciet aangegeven dit te doen vanuit de zekerheidsstellingsgedachte zodat de aanspraak niet verloren gaat⁸⁴. Impliciet is het vanuit budgettair oogpunt niet haalbaar om de waardering van de pensioenvoorziening op vennootschappelijke basis toe te staan⁸⁵.

Het gebrek aan realiteitszin en voorzichtigheid⁸⁶ binnen de PEB-regeling heeft er toe geleid dat zowel de vennootschappelijke waarde als de waarde in het economische verkeer van de pensioenverplichting grondig afwijkt van de fiscale waarde. De doorsnee DGA heeft zodoende onvoldoende inzicht in de werkelijke vermogenspositie van zijn BV. Deze vermogenspositie ligt vervolgens wel ten grondslag aan de kwalificatie van afkoop. De ondoorzichtige en gecompliceerde waarderingssystematiek tezamen met het risico op een mega aanslag als gevolg van een dividenduitkering hebben ertoe geleid dat de uitvoerbaarheid van de faciliteit ernstig in het gedrang is gekomen. Thans is dertig percent van de DGA's gestopt met de opbouw van pensioen in eigen beheer en durft vijfentachtig (!) percent zichzelf geen dividend uit te keren door het standpunt van het CAP⁸⁷. Het PEB treedt daarmee buiten zijn oevers in die zin dat in voorkomende gevallen zelfs de normale bedrijfsvoering geen doorgang kan vinden. Het is het logische gevolg wanneer de pensioenfamiliteit moet voldoen aan twee tegenstrijdige doelen. Ik concludeer derhalve dat noch de doeltreffendheid, noch de doelmatigheid binnen het PEB-systeem voldoende gewaarborgd zijn.

2.5 Conclusie

Uit het bovenstaande blijkt dat de wetgever en het hoogste Nederlandse rechtscollege van mening zijn dat het pensioenbegrip volgens de maatschappelijke normen moet worden ingekleed⁸⁸. Het feit dat de ondernemer zijn belangen als eigenaar prima kan behartigen vormt de rechtvaardigingsgrond hem anders te behandelen dan een *gewone* werknemer. Samengevat komt het erop neer dat de ondernemer zijn pensioenpremies niet extern hoeft te verzekeren zodat deze

⁸³ Kamerstukken II, 2012/13, 33402, nr. 7, punt 4.

⁸⁴ Zie vorige voetnoot.

⁸⁵ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576, p. 7.

⁸⁶ Zie paragraaf 2.4.3 en voetnoot 59.

⁸⁷ Werkgroep Ondernemerspensioen Tilburg University, "Het ondernemerspensioen, een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën 6 december 2013", p. 9.

⁸⁸ Zie paragraaf 2.2 en 2.4.1.

niet tot pensioenzekerheid leiden⁸⁹. Vanwege het budgettaire belang voor de schatkist en uit vrees voor misbruik dienen vervolgens talloze beperkingen en sancties in werking te worden gesteld. Hiermee wordt de goedbedoelde *volgende* mentaliteit van de wetgever ingeruild voor een sturend karakter. Met een anticiperende attitude wordt een onderscheid gemaakt tussen de werknemer en de ondernemer. De bovenstaande problematiek heeft gevolgen voor de arbeidsvormneutraliteit. Ondanks de maatschappelijke opinie dat de DGA een ondernemer is wordt hem een schizofreen karakter aangemeten. Door de sanctiebepalingen en overige beperkingen moet de DGA in voorkomende gevallen voldoen aan strengere eisen dan *gewone* werknemers, zoals de gangbaarheidseis en de hoge AOW inbouw. Ik ben het niet eens met de gedachtegang van de wetgever en de HR en merk op dat het onderscheid tussen de DGA en de werknemer arbitrair is. In de vorige paragraaf is reeds uiteengezet hoe de financierings- en verzorgingsgedachte elkaar bijten. Tezamen met het ontbreken van de arbeidsvormneutraliteit ontstaat daarmee de noodzaak tot een scala van sanctiebepalingen. De belangrijkste gesignaleerde knelpunten zijn het gevaar en de gevolgen van de (fictieve) afkoop van het pensioen, de verschillende toepassing van de fiscale- en commerciële waarderingsmethodieken en de negatieve gevolgen hiervan op de dividendpolitiek.

Nu stel ik niet dat de sanctiebepalingen overbodig zijn. De toekomstige heffing over de pensioenaanspraken moet vanuit maatschappelijk en budgettair oogpunt worden verzekerd. Daarbij dient wel te worden gezocht naar een balans tussen de uitvoerbaarheid en toegankelijkheid⁹⁰ omdat het systeem anders verzandt in rigiditeit.

Daarvan is nu overduidelijk sprake. De overheid streeft met de PEB-regeling twee doelen na die nimmer tegelijkertijd kunnen worden vervuld, zijnde de pensioenzekerheid en de financiering van de onderneming. Het doel van de regeling wordt daarmee onvoldoende duidelijk, laat staan dat deze doelen verwezenlijkt kunnen worden.

Het een en ander heeft zeer negatieve consequenties waar het betreft de complexiteit van de faciliteit. De verplichte actuariële berekeningen, de artikelen in de Wet IB '01⁹¹ en de situaties leidend tot afkoop van de pensioenvoorziening zijn allen dusdanig ingewikkeld en complex dat

⁸⁹ Dit is bijvoorbeeld ook het geval voor de IB-ondernemer binnen de FOR, zie bijvoorbeeld: Werkgroep Ondernemerspensioen Tilburg University, "De toekomst van het pensioen van de ondernemer", november 2015, p. 35.

⁹⁰ Werkgroep Ondernemerspensioen Tilburg University, "De toekomst van het pensioen van de ondernemer", november 2015, p. 15.

⁹¹ Artikel 3.26 tot en met 3.29 Wet IB '01.

het de uitvoerbaarheid van de faciliteit ernstig schaadt. Een groot gedeelte van de DGA's is gestopt met de opbouw van pensioen in eigen beheer en zelfs de normale bedrijfsvoering wordt erdoor belemmerd. Ook bij de belastingdienst en rechterlijke macht ontstaan hoge uitvoeringskosten door de complexiteit van de regeling⁹². Zodoende is van doeltreffendheid noch doelmatigheid sprake. De regeling is aan het eind van zijn Latijn gekomen en dient hoogstnodig te worden vervangen. Dit vormt het onderwerp van het volgende hoofdstuk.

⁹² Brief van de staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U, p. 4.

H3. Het alternatief

3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk beschrijft de verschillende en eventuele alternatieven ter vervanging van de huidige PEB-regeling. De voorstellen uit 2015 en 2016 van de staatssecretaris vormen daarbij het uitgangspunt⁹³. Zodoende komt in paragraaf 3.2 de oudedagsbestemmingsreserve (OBR) aan bod. In paragraaf 3.3 wordt het oudedagssparen in eigen beheer (OSEB) toegelicht. Aansluitend wordt in paragraaf 3.4 de mogelijke afschaffing van het PEB besproken. Per alternatief worden allereerst de technische bepalingen wat betreft de vormgeving van de faciliteit uiteengezet. Vervolgens wordt het probleemoplossend vermogen van de regelingen behandeld en wordt de relatie gelegd met het toetsingskader. Met behulp van het voorgaande hoofdstuk kunnen vier hoofdcomplicaties worden onderscheiden:

- De arbitraire en onduidelijke kwalificatie van de DGA als ondernemer dan wel als werknemer.
- De inherente tegenstrijdigheid tussen de verzorgings- en de financieringsgedachte.
- De afwijkende waarderingsregels voor de pensioenvoorziening op basis van vennootschappelijke- dan wel fiscale grondslagen.
- De complexiteit van de regeling als gevolg van de benodigde sanctiebepalingen en de restricties met betrekking tot de dividendpolitiek.

Uit het hoofdstuk zal blijken dat de door de staatssecretaris geopperde alternatieven de huidige problemen onvoldoende oplossen. In paragraaf 3.5 komt zodoende het alternatief naar voren dat mijn persoonlijke voorkeur heeft. Het hoofdstuk wordt in paragraaf 3.6 afgesloten met de conclusie.

3.2 OBR

3.2.1 De technische vormgeving

Algemeen

De beoogde werking van de OBR is uitgewerkt in de bijlage van de brief van de staatssecretaris aan de Tweede Kamer per 1 juli 2015⁹⁴. De OBR vormt een reserve binnen de VPB die uiteindelijk

⁹³ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U, van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U en van 1 juli 2016, nr. 2016-0000092244.

⁹⁴ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

dient te worden aangewend ter verkrijging van een oudedagsvoorziening voor de DGA. Kenmerkend is dat de vennootschap geen verplichting heeft jegens de DGA om de reserve om te zetten in een pensioenvoorziening. In feite is de bestemmingsreserve dus een uitwerking van de leer van het stellig voornemen⁹⁵, een kostenegalisatiereserve. Zodoende behoort de reserve tot het fiscale eigen vermogen indien het stellig voornemen bestaat om de DGA te voorzien in zijn oude dag. Jaarlijks dient een bedrag te worden gereserveerd welke uiteindelijk wordt gebruikt ter verwerving van een (extern te bedingen) lijfrente⁹⁶. Wanneer niet voor deze optie wordt gekozen moet de reserve worden uitgekeerd in twintig gelijkmatige, jaarlijkse termijnen vanaf het moment dat de pensioengerechtigde leeftijd is bereikt⁹⁷.

De opbouwfase

De grondslag voor de dotatie vormt het fiscaal in aanmerking te nemen loon van de DGA in het dotatiejaar. Het wettelijk maximum is daarbij van toepassing⁹⁸ (€101.519) verminderd met de AOW franchise⁹⁹. Voor wat betreft het loonbegrip wordt aangesloten bij het belastbare loon zoals dat geldt in de Wet IB '01. Tevens dient er een samenloopbepaling te worden vormgegeven wanneer de DGA ook extern pensioen opbouwt als gewone werknemer. Het dotatiepercentage ligt vast en wordt bepaald op basis van budgetneutraliteit ten opzichte van de huidige regeling. De dotatie kan tot een verlies leiden, inhaal in een later jaar is niet mogelijk.

Aangezien de reserve alleen mag worden gevormd als de BV een stellig voornemen tot uitkering heeft leidt het vormen van de reserve in de toekomst vrijwel zeker tot een kasuitstroom. De omvang van de kasuitstroom is echter onzeker. Enerzijds kan de kasuitstroom ter grootte van het bedrag van de reserve zijn. Anderzijds valt, wanneer er van afkoop sprake is, de reserve vrij ten bate van de winst. Dat zal leiden tot de verschuldigdheid van vennootschapsbelasting plus revisierente. Volgens de staatssecretaris kan dit leiden tot complexiteiten omdat in het geval van een afwijkende kasstroom de commerciële waardering afwijkt van de fiscale waardering¹⁰⁰. Tevens stelt hij dat de DGA zich voorlopig geen zorgen hoeft te maken voor eventuele sanctiebepalingen als gevolg van

⁹⁵ F.R. Herreveld, "Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep", WFR 2015/1030, par. 4.1.

⁹⁶ Conform artikelen 3.125 Wet IB '01 en 3.126a Wet IB '01, aldus de staatssecretaris in de bijlage van voorgenomde brief, p. 5.

⁹⁷ Zoals bedoeld in Artikel 7a(1) AOW.

⁹⁸ Artikel 18ga(1) Wet LB '64.

⁹⁹ Artikel 18h(2) Wet LB '64 jo. artikel 10c Uitv Besl Wet LB '65.

¹⁰⁰ Bijlage bij de brief van de staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U, p. 6.

het doen van dividenduitkeringen. Pas op het aanwendingsmoment zal de fiscus beoordelen of het al dan niet aanwezig zijn van voldoende middelen om de aanwending te realiseren een gevolg is van een teveel aan dividenduitkeringen.

Omdat de BV tijdens de opbouwfase geen verplichting heeft de reserve om te zetten in een pensioenvoorziening is geen sprake van enige civielrechtelijke aanspraak van de DGA op de BV. Zodoende kan bij emigratie geen conserverende aanslag worden opgelegd. De OBR zal in dat geval dus moeten vallen onder de exitheffingen van de VPB¹⁰¹. Er wordt slechts onder voorwaarden uitstel van belastingheffing verleend¹⁰².

De aanwending

Zoals reeds vermeld, dient de reserve op het verplichte aanwendingsmoment te worden gebruikt voor de verkrijging van een lijfrente bij een professionele verzekeraar, bank of beheerder van een beleggingsinstelling¹⁰³ of moet de reserve worden omgezet in de verplichting tot het doen van periodieke uitkeringen gedurende twintig jaren. Voor het exacte aanwendingsmoment verwijs ik naar de bijlage bij de brief van de staatssecretaris, kort gezegd vindt deze uiterlijk plaats binnen twee maanden na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.¹⁰⁴ Wanneer niet aan de verplichte aanwending wordt voldaan valt de reserve vrij ten bate van de winst en zal dat leiden tot de verschuldigdheid van vennootschapsbelasting alsmede een rentevergoeding aan de fiscus¹⁰⁵.

De uitkeringsfase

De lijfrente-uitkeringen worden volgens gangbare wetgeving belast in box 1. Dit geldt tevens indien er periodieke uitkeringen worden ontvangen vanuit de BV. Het gedeelte van de reserve dat nog niet is uitgekeerd dient ieder jaar te worden opgerent met de marktrente gebaseerd op het U-rendement. Volgens de staatssecretaris leidt dit ertoe dat de DGA op ieder moment met het saldo van de verplichting een externe voorziening mag en kan aankopen omdat de fiscale en commerciële waardering van de verplichting gelijk aan elkaar zijn¹⁰⁶. Bij overlijden van de DGA

¹⁰¹ Artikel 15d Wet VPB '69.

¹⁰² Artikel 25a IW '90.

¹⁰³ Bijlage bij de brief van de staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U, p. 7.

¹⁰⁴ Artikel 7a(1) AOW.

¹⁰⁵ De staatssecretaris stelt de rentevergoeding op veertig percent van de OBR, waarbij de DGA de mogelijkheid heeft aan te tonen dat de rentevergoeding lager zou moeten zijn.

¹⁰⁶ Bijlage bij de brief van de staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U, p. 9.

worden de uitkeringen voortgezet aan de partner dan wel kinderen. Bij het ontbreken hiervan gaan de uitkeringen over op de overige erfgenamen.

Het overgangsrecht

Wat betreft het overgangsrecht heeft de staatssecretaris twee opties voor ogen. Enerzijds geeft hij de mogelijkheid de huidige pensioenverplichting zonder het verschuldigd worden van loonheffing of vennootschapsbelasting om te zetten in de OBR ter grootte van de fiscale waarde van de bestaande pensioenverplichting. Anderzijds oppert hij de mogelijkheid de huidige pensioenverplichting te bevriezen. De huidige regels in de LB en VPB blijven in dat geval van toepassing maar dotatie aan de voorziening is niet meer mogelijk. Vanaf dat moment kan wel worden begonnen aan de opbouw van de OBR.

3.2.2 Probleemoplossend vermogen

De kwalificatie.

De invoering van de OBR heeft nagenoeg geen invloed op de ondoorzichtige kwalificatie van de DGA als ondernemer dan wel werknemer. De OBR komt simpelweg in de plaats van het PEB zodat de DGA zijn schizofrene karakter behoudt. Het enige voordeel zit hem in de invoering van een vast dotatiepercentage. De restrictieve gangbaarheidseis, waardoor de DGA niet méér pensioen mag opbouwen dan gangbaar is voor gewone werknemers, vervalt daarmee. Het een en ander komt de transparantie van de kwalificatie van de DGA enigszins ten goede. Desalniettemin heeft het alternatief geen positief effect op de (arbeidsvorm)neutraliteit van de faciliteit. De DGA blijft een ondernemer die wordt behandeld als werknemer en zodoende van twee verschillende soorten faciliteiten gebruik kan maken. Enerzijds een ondernemersfaciliteit in de vorm van een reservering van de winst en anderzijds een werknemersfaciliteit door de OBR te baseren op de omkeerregel. In dit verband dringt zich de relatie op met de FOR¹⁰⁷. De IB-ondernemer is bij deze fiscale faciliteit ook niet gebonden de dotaties aan zijn oudedagsvoorziening extern onder te brengen. Bovendien kan een vrijval van de FOR, afgezien van de heffing van inkomstenbelasting, zonder verdere sancties worden gerealiseerd. Het gevolg is dat het merendeel van de afgewikkelde oudedagsreserves niet wordt aangewend voor de verkrijging van een lijfrente¹⁰⁸. Het gaat de

¹⁰⁷ Artikel 3.63-3.73 Wet IB '01.

¹⁰⁸ Werkgroep Ondernemerspensioen Tilburg University, "De toekomst van het pensioen van de ondernemer", november 2015, p. 35.

omvang van dit onderzoek te buiten om de FOR uitgebreid te analyseren. Ik merk zodoende slechts op dat de conclusies aangaande (het ontbreken van) de arbeidsvormneutraliteit en doeltreffendheid voor het PEB en haar alternatieven ook relevant zijn voor de FOR.

Het gemaakte onderscheid, op basis waarvan voor beide arbeidsvormen een andere pensioenregeling openstaat, blijft onverminderd arbitrair. Het alternatief leidt dan ook niet tot arbeidsvormneutraliteit. In het overgangsrecht wordt de mogelijkheid geboden de huidige PEB-voorziening te bevriezen en vervolgens te starten met de dotatie aan de OBR. De DGA zal hiervoor wederom deskundig advies nodig hebben. In mijn ogen leidt dit tot een (negatieve) gedragsverandering zodat in breder economisch perspectief ook van een economisch neutrale faciliteit geen sprake zal zijn.

Pensioenzekerheid versus de financieringsbehoefte

Het alternatief voor het PEB in de vorm van een OBR heeft geen enkel positief effect op deze problematiek. Sterker nog, aangezien de OBR geen juridisch afdwingbaar recht oplevert voor de DGA jegens zijn vennootschap is het nog minder aannemelijk dat de faciliteit leidt tot pensioenzekerheid. De focus verschuift in het voordeel van het financieringsargument waarmee de faciliteit in feite verwordt tot een fiscale aftrekmogelijkheid. Het gebrek aan doeltreffendheid wordt zodoende niet opgelost.

De vennootschappelijke- versus de fiscale waardering

Zoals gezegd voorziet de staatssecretaris wat betreft dit punt complexiteiten omdat, bondig gezegd, de uiteindelijke kasuitstroom kan verschillen per situatie¹⁰⁹. Dit heeft tot gevolg dat de vennootschappelijke waardering mogelijk afwijkt van de fiscale waardering. Volgens Herreveld en mij hoeft dat niet het geval te zijn¹¹⁰. Ten eerste kan een kleine vennootschap ervoor kiezen zijn balans te waarderen op fiscale grondslagen, zodat er per definitie geen verschil in waardering is. Wanneer de belastingplichtige hier niet voor kiest, luidt vervolgens de vraag hoe in de jaarrekening het 'stellig voornemen' wordt behandeld. Volgens Herreveld¹¹¹ geldt dat de fiscaal toelaatbare reserves in de jaarrekening mogen worden opgenomen onder de post overige reserves als

¹⁰⁹ Zie paragraaf 3.2.1 onderdeel 'De opbouwfase'.

¹¹⁰ F.R. Herreveld, "Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep", WFR 2015/1030.

¹¹¹ F.R. Herreveld, "Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep", WFR 2015/1030, par. 4.3.3.

onderdeel van het eigen vermogen. Waarom dit zou leiden tot zeer complexe gevallen wordt dan ook niet duidelijk.

De complexiteit van de regeling en restricties qua dividendpolitiek

De OBR leidt in ieder geval tot een substantiële vereenvoudiging van de problematiek. Door de aanwending van de reserve niet te koppelen aan het leven van de begunstigde kan afgezien worden van lastige actuariële berekeningen. In afwijking van Herreveld¹¹² acht ik de twintig jaarlijkse termijnen goed aansluiten bij de resterende statistische levensverwachting (18.9 jaar) na het bereiken van de 65-jarige leeftijd¹¹³. Het vastleggen van het dotatiepercentage leidt tot meer zekerheid en eenvoud. Tevens worden de mogelijkheden tot dividenduitkering behoorlijk versoepeld. De OBR behoort gewoon tot het eigen vermogen. De dividendklem opgeworpen door het CAP lijkt daarmee te zijn weggenomen. Een nadeel van de regeling is dat er bij emigratie geen conserverende aanslag kan worden opgelegd maar moet worden volstaan met de onderbrenging van de OBR onder de exit-heffingen¹¹⁴. Dit heeft geen gunstig effect op de eenvoud van het systeem. Tot slot is het onduidelijk waarom de reserve tijdens de opbouwfase niet en tijdens de uitkeringsfase wel dient te worden opgerent.

Al met al stel ik vast dat pensioenfaciliteit met de OBR substantieel eenvoudiger wordt en makkelijker uit te voeren is dan de PEB-regeling. De doelmatigheid van de faciliteit wordt daarmee vergroot. Het alternatief blijft echter een aantal curieuze complexiteiten behouden. Van een daadwerkelijk geschikter alternatief wil ik dan ook niet spreken, te meer de interne tegenstrijdigheid tussen de financieringsgedachte en de verzorgingsgedachte blijft voortbestaan. De staatssecretaris lijkt daarmee de doelstellingen van de faciliteit nog steeds niet helder voor ogen te hebben. De doelmatigheid, doeltreffendheid en (arbeidsvorm)neutraliteit van de faciliteit worden onvoldoende gewaarborgd in de vorm van het alternatief zodat van een echt geschikt alternatief geen sprake is.

¹¹² F.R. Herreveld, "Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep", WFR 2015/1030, par. 4.4.

¹¹³ CBS, "Resterende (gezonde) levensverwachting", 29-3-2016,

<https://www.cbs.nl/nl-nl/visualisaties/resterende--gezonde---levensverwachting>, bron geraadpleegd 14-6-2016

¹¹⁴ Besluit van 6 maart 2001, nr. CPP2000/3020M, par. 5. BNB 2001/230. In andere zin zie: Cursus Belastingrecht, Vpb.2.10.3.B.a.

3.3 OSEB

3.3.1 De technische vormgeving

Algemeen

De tweede oplossingsrichting wordt gevormd door het OSEB. Het is een geheel nieuwe faciliteit waarvoor naast de huidige (extern onder te brengen) pensioenregelingen op basis van eindloon, middelloon of beschikbare premies een nieuw wettelijk kader benodigd is in de LB. De systematiek van de faciliteit lijkt veel op die van de OBR. Bij het OSEB kan ook jaarlijks een maximaal percentage (van het loon) worden gedoteerd aan de voorziening waarbij inhaal onmogelijk is. Een significant verschil is echter dat bij het OSEB de DGA wel een juridisch afdwingbaar recht verkrijgt op de opgebouwde voorziening. Het OSEB vormt voor de vennootschap dan ook verplicht vreemd vermogen. Het één en ander heeft tot gevolg dat de positie van de DGA beter is beschermd. Daartegenover staat wel dat het bedrag dat is opgebouwd niet beschikbaar is voor het doen van dividenduitkeringen. Aldus de staatssecretaris leidt dit tot minder flexibiliteit voor de vennootschap dan wanneer voor de OBR-systematiek wordt gekozen.

De opbouwfase

Wederom wordt de grondslag gevormd door het fiscaal in aanmerking te nemen loon van de DGA, tot het wettelijke maximum. In mindering hierop komt de AOW franchise. De jaarlijkse dotatie wordt gebaseerd op een maximumstaffel, budget neutraal vormgegeven ten opzichte van de huidige situatie. Een verschil ten opzichte van de OBR systematiek is dat reeds gedurende de opbouwfase de voorziening dient te worden opgerent met het U-rendement.

Omdat er bij het OSEB niet wordt toegewerkt naar een doelvermogen, wordt het volgens de staatssecretaris eenvoudiger om te bepalen hoeveel dividend er kan worden uitgekeerd¹¹⁵. Indien de vennootschap meer dividend uitkeert dan de verplichting toelaat wordt deze handeling gekwalificeerd als afkoop. Het gevolg is dat de gehele waarde van de verplichting in aanmerking wordt genomen als loon uit vroegere dienstbetrekking waarbij twintig percent revisierente is verschuldigd.

Aangezien reeds ten tijde van de opbouwfase sprake is van een juridische verplichting van de vennootschap aan de DGA kan bij emigratie eenvoudig een conserverende aanslag worden opgelegd.

¹¹⁵ Bijlage van de brief van de staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U, p. 11.

De toepassings- en uitkeringssystematiek is voor het overige volledig gelijk aan de situatie bij de OBR. Ik verwijs daarom naar paragraaf 3.2.1 en naar de bijlage bij de brief van de staatssecretaris¹¹⁶.

Het overgangsrecht

De inkleding van het overgangsrecht verschilt voor het OSEB enigszins van de OBR. De staatssecretaris biedt in zijn brief van 1 juli 2015¹¹⁷ in eerste instantie de mogelijkheid de huidige PEB-voorziening geruisloos af te stempelen tot de fiscale waarde om deze vervolgens om te vormen in een oudedagsspaarverplichting. Meer recentelijk acht de staatssecretaris deze mogelijkheid niet opportuun en stelt hij voor de PEB-voorziening (na geruisloze afstempeling tot de fiscale waarde) in 2017 fiscaal gunstig te laten afkopen voor ongeveer vijftig procent van de fiscale balanswaarde¹¹⁸. De versmalling van de grondslag in de vorm van een korting op het afkoopbedrag wordt vervolgens afgebouwd in 2018 tot vijftig procent en in 2019 tot ongeveer twintig procent. Na de afkoop kan de DGA beginnen met de dotatie aan het OSEB.

3.3.2 Probleemoplossend vermogen

De kwalificatie

Ook de invoering van het OSEB heeft geen gunstig effect op de dubbelzinnigheid van de kwalificatie van de DGA. Onverminderd is de DGA fiscaal- en civielrechtelijk een werknemer maar kan hij tegelijkertijd zijn pensioen in de eigen BV opbouwen. Dit leidt tot dezelfde conclusie als bij de OBR, dat het alternatief geenszins een positief effect heeft op de (arbeidsvorm)neutraliteit.

Pensioenzekerheid versus de financieringsbehoefte

Het spanningsveld dat ontstaat door de faciliteit aan de ene kant te stoelen op de verzorgingsgedachte maar aan de andere kant daar geen afstortingsverplichting tegen over te stellen blijft ook bij de invoering van het OSEB pregnant aanwezig. Evenals bij het PEB verkrijgt de DGA een juridisch afdwingbaar recht op de pensioenvoorziening zodat ten opzichte van de

¹¹⁶ Bijlage van de brief van de staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U, p. 12-13.

¹¹⁷ Kamerstukken I, 2014-15, 33 752, AA, p. 14.

¹¹⁸ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, nr. 2016-0000092244, p. 1.

OBR de pensioenzekerheid enigszins beter gewaarborgd is. Zijn positie is daarmee ietwat beter beschermd.

De vennootschappelijke- versus de fiscale waardering

De staatssecretaris beoogt bij het OSEB de voorziening reeds tijdens de opbouwfase op te renten tegen het U-rendement. Zijn motivatie luidt als volgt: *‘Doordat een bedrag ter grootte van de oudedagsspaarverplichting op elk moment extern bij een professionele verzekeraar kan worden afgestort en jaarlijks wordt opgerent met de bovengenoemde marktrente, is de commerciële waardering in de opbouwfase hoogstwaarschijnlijk gelijk aan de fiscale waardering’*¹¹⁹. Onduidelijk is waarom de staatssecretaris bij het OSEB onderscheidenlijk de OBR kiest voor verschillende momenten van oprenting. De OBR kan immers ook te allen tijde worden afgestort bij een verzekeraar voor het nominale bedrag. De waardeverschillen zijn bij beide systemen ten opzichte van het PEB aanzienlijk kleiner maar de staatssecretaris begint op deze manier bepaald niet met een schone lei.

De complexiteit van de regeling en restricties qua dividendpolitiek

Net zoals de OBR brengt het invoeren van het OSEB een vereenvoudiging tot stand ten opzichte van het PEB. De actuariële berekeningen voor de pensioenvoorziening kunnen worden verlaten¹²⁰. In vergelijking met de OBR zijn er bij het OSEB minder invorderingsrisico's door de mogelijkheid van het opleggen van een conserverende aanslag bij emigratie. Volgens de staatssecretaris zijn de dividenduitkeringsmogelijkheden vergeleken met de OBR wel krappere omdat de OSEB-reservering tot het vreemd vermogen behoort¹²¹. De DGA moet daardoor scherper toezien of een dividenduitkering de aanwending van de voorziening in gevaar brengt.

Tot slot dient er voor de OSEB systematiek een nieuw wettelijk kader te worden ingevoerd wat verhoogde uitvoeringskosten met zich mee brengt en waar een complicerende werking van uitgaat. De doelmatigheid van de regeling wordt daardoor maar mondjesmaat vergroot. Tezamen met het gebrek aan doeltreffendheid en het continueren van de dubbelzinnige kwalificatie van de DGA blijven de bestaande complicaties van het PEB voortbestaan. Een daadwerkelijk geschikt alternatief acht ik het OSEB dan ook niet.

¹¹⁹ Bijlage van de brief van de staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U, p. 11.

¹²⁰ Zie paragraaf 3.2.2.

¹²¹ Bijlage van de brief van de staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U, p. 15.

3.4 Uutfasering

3.4.1 De technische vormgeving

De laatste mogelijkheid die de staatssecretaris biedt is het fiscaal gunstig uutfasieren van het PEB-systeem¹²². In feite spreekt hij dan van een afschaffing en een éénmalige, fiscaal gunstige afkoopmogelijkheid van de huidige PEB voorziening.

In eerste instantie wordt de pensioenvoorziening fiscaal geruisloos (dat wil zeggen zonder de verschuldigdheid van loonheffing, revisierente en vennootschapsbelasting) afgestempeld naar het niveau van de fiscale waarde. Vervolgens kan het pensioen in 2017 worden afgekocht tegen 65.5% van die waarde¹²³, zodat een effectieve heffing resteert van 34.06%¹²⁴. Hierbij wordt geen revisierente geheven.

In de praktijk wordt dit voorstel hevig bekritiseerd. Zo stelt Gommer¹²⁵ dat de DGA van dit voorstel geen gebruik zal maken. Belastingplichtigen die kunnen afkopen hebben immers ook nu geen problemen binnen de PEB-regeling. De DGA's die in onderdekking verkeren, zo een zestig procent van alle DGA's blijkt uit ramingen van de staatssecretaris zelf¹²⁶, kunnen zich geen acute belastingheffing veroorloven.

De staatssecretaris heeft gehoor gegeven aan deze problematiek en heeft zodoende een "spaarvariant bij uutfasering" bedacht¹²⁷. Het is een variant op het uutfasieren dat wél het spaaronderdeel, maar niet de opbouw mogelijkheden van het OSEB kent. Ten eerste wordt de huidige PEB voorziening geruisloos afgestempeld tot aan de fiscale waarde. Vervolgens wordt de voorziening omgezet in de oudedagsspaarverplichting. De voorziening wordt jaarlijks opgerent maar dotatie aan de voorziening is niet mogelijk. Op het moment van bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd wordt de voorziening aangewend zoals beschreven bij het OSEB¹²⁸. Indien de voorziening niet zoals bedoeld kan worden aangewend leidt dit tot een fictieve afkoop. Het volledige saldo wordt dan in één keer in aanmerking genomen als loon uit vroegere

¹²² Brief van de staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U, p. 5.

¹²³ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, nr. 2016-0000092244, p. 1.

¹²⁴ Afkoop tegen een grondslag van 65.5% maal het maximale IB-tarief van 52%. In de jaren 2018 en 2019 wordt de korting op de grondslag verlaagd naar 25% respectievelijk 19.5%.

¹²⁵ T. Gommer, "De 4e brief over het pensioen van de DGA. Een lachertje!", De Telegraaf, 18 december 2015.

¹²⁶ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M, p. 6.

¹²⁷ Kamerstukken II, 2015-2016, 34 302, nr 108, p. 6.

¹²⁸ Zie paragraaf 3.3.1.

dienstbetrekking inclusief twintig percent revisierente. Tot slot geldt deze regeling alleen voor overgangsgevallen.

3.4.2 Probleemoplossend vermogen

De kwalificatie

Het daadwerkelijk uitfaseren van het PEB, dus zonder de mogelijke spaarvariant, leidt tot een aanzienlijk transparantere kwalificatie van de DGA. De DGA wordt niet meer binnen het (arbitraire) keurslijf van een werknemer gedwongen zoals het geval is bij de huidige PEB-regeling. De bepalingen omtrent de gangbaarheidseis en hoge AOW franchise kunnen allemaal vervallen. Wat resteert is de DGA die zich ziet als ondernemer en zijn oudedag financiert met de winsten uit de BV of de DGA die zich liever de zekerheid verschafft zoals geboden aan een normale werknemer en zodoende zijn pensioenpremies extern onderbrengt. Het één en ander komt de arbeidsvormneutraliteit ten goede. Nog altijd zullen twee verschillende arbeidsvormen verschillende pensioenopbouwmethodes openstaan. Echter wordt dit onderscheid nu gemaakt op de juiste gronden, namelijk het daadwerkelijk zijn van ondernemer dan wel werknemer. Daarmee wordt de regeling vereenvoudigd en vermindert de omvang van (negatieve) gedragsveranderingen, bijvoorbeeld in de vorm van uitgaven voor advisering en het bovenmatig gebruik maken van de omkeerregel.

Pensioenzekerheid versus de financieringsbehoefte

Dat de tegenstrijdigheid tussen bovengenoemde motiveringsbeginselen van het PEB vervalt wanneer het gehele PEB-systeem wordt uitgefaseerd heeft weinig nadere toelichting. Na het uitfaseren van de PEB-regeling heeft de DGA feitelijk twee opties tot pensioenopbouw. De eerste mogelijkheid is om winst te reserveren binnen de onderneming. Na de afdracht van vennootschapsbelasting over de winst kan hij het restant in de BV laten zitten zodat de waarde van de aandelen stijgt. Op die manier vormt de onderneming zelf een oudedagsvoorziening die nog altijd onderhevig zal zijn aan ondernemersrisico's. De voorziening is in dat geval niet opgebouwd met gebruik van de omkeerregel zodat er voor de wetgever geen risico is van budgettaire derving. De tweede optie is om de pensioenpremies extern af te storten. De pensioenvoorziening zal dan bij een externe verzekeraar worden ondergebracht en zodoende vallen onder de PW. De DGA maakt dan voor de opbouw van zijn pensioen wel gebruik van de omkeerregel maar de voorziening

zal niet meer onderhevig zijn aan de risico's van zijn eigen onderneming. De balans tussen de pensioenzekerheid en de financieringsbehoefte voor de DGA wordt daarmee in ere hersteld.

De vennootschappelijke- versus de fiscale waardering

Door vóór de daadwerkelijke uitfasering van het PEB de commerciële waarde van de pensioenvoorziening geruisloos af te stempelen tot de fiscale waarde vervalt uiteraard ook deze problematiek. De staatssecretaris geeft daarbij aan deze geruisloze mogelijkheid alleen aan te bieden wanneer de PEB-regeling vervolgens wordt uitgefaseerd¹²⁹. Het bijzondere karakter van de uitfasering rechtvaardigt volgens hem de gunstige fiscale behandeling ten opzichte van bijvoorbeeld gewone werknemers die allicht hun pensioen ook willen laten afkopen.

De complexiteit van de regeling en restricties qua dividendpolitiek

De vereenvoudigingsslag die kan worden behaald als gevolg van het uitfaseren van het PEB is de voornaamste reden om deze mogelijkheid in overweging te nemen. De staatssecretaris wijdt in zijn brief zelfs een hele paragraaf aan de opsomming van de vereenvoudigingen¹³⁰. Naast de aanzienlijke (personele) tijdsbesparing die wordt geboekt door het niet meer te hoeven uitvoeren van de PEB-regeling zorgt het verdwijnen van de tegenstrijdigheid tussen de financierings- en verzorgingsgedachte ervoor dat alle relevante en complicerende sanctiebepalingen kunnen vervallen. Wat dat betreft is de reactie van de NOB steekhoudend¹³¹. Zij stellen dat het niet aanbieden van een fiscale faciliteit altijd in eenvoudigere wetgeving resulteert en het argument zodoende nuancering behoeft.

In mijn ogen leidt het aanbieden van de uitfaseringsmogelijkheid in combinatie met de spaarvariant niet tot het gewenste doel van vereenvoudiging. Na de afstempeling dient een nieuw wettelijk kader te worden vormgegeven ter uitvoering van het OSEB (al dan niet bevroren). Naast de daarmee gepaard gaande uitvoeringskosten gaat hier een complicerende werking van uit, te meer er wederom sanctiebepalingen benodigd zijn ter belemmering van afkoop van de pensioenvoorziening. De vereenvoudigingsslag die behaald kan worden door de PEB-regeling af

¹²⁹ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U, p. 6.

¹³⁰ Brief van de staatssecretaris van Financiën 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U, p. 4.

¹³¹ NOB, "NOB commentaar op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer", Tax Live, 19 januari 2016.

<http://taxlive.nl/-/nob-commentaar-op-kamerbrief-oplossingsrichtingen-pensioen-eigen-beheer>. Bron geraadpleegd op 16 juni 2016.

te schaffen wordt tenietgedaan door het partieel invoeren van het OSEB. Ik concludeer zodoende dat de uitfasering gecombineerd met de spaarvariant niet tot een doelmatiger faciliteit leidt. De doeltreffendheid van de regeling wordt nimmer vergroot omdat twee paradoxale gedachten ten grondslag liggend aan de faciliteit, te weten de financierings- en verzorgingsgedachte, in stand worden gehouden.

De DGA raakt daarmee slechts van de regen in de drup. Anderzijds dient men zich ervan bewust te zijn dat het simpelweg uitfaseren van de PEB-regeling onvoldoende zaligmakend is aangezien er tal van DGA's zijn die zich geen acute belastingheffing kunnen veroorloven.

3.5 Daadwerkelijke afschaffing

Persoonlijk ben ik een voorstander van de uitfasering van het PEB zonder dat daar een alternatief voor terugkomt. In paragraaf 3.4.1 kwam de uitfasering in combinatie met het OSEB aan bod. Vanwege bovenstaande conclusies lijkt het mij zeer onverstandig om dit pad te bewandelen. Anderzijds leidt het uitfaseren zonder alternatief zoals het OSEB tot een hoge, acute loon- en inkomstenbelastingclaim die nagenoeg geen DGA kan of wil voldoen.

Zodoende pleit ik voor een rigoureuze oplossing. Laat de DGA afzien van zijn pensioen zonder heffing van loon- en inkomstenbelasting¹³². Allereerst wordt de vennootschappelijke waarde van de PEB-voorziening afgestempeld tot de fiscale waarde. Deze afstempeling leidt, afgezien van eventuele compensabele verliezen, tot belaste winst in de vennootschapsbelasting en zodoende wel tot acute belastingheffing. Deze problematiek kan voor de DGA overkomelijk worden gemaakt door op deze belaste vrijval een eenmalig bijzonder tarief van vijftien percent toe te passen¹³³. Tezamen met de AB-claim in box II bereikt men dan een gemiddelde belastingdruk van 36.25%¹³⁴, ongeveer gelijk aan de belastingdruk die de staatssecretaris voor ogen heeft in zijn uitfaseringsvariant. Het bijkomende voordeel is dat de acute belastingheffing sterk wordt verminderd. Tevens zou men een betalingsregeling kunnen instellen waarbij de acute VPB-claim wordt uitgesmeerd over drie jaar om zo aan de hardst getroffen DGA's (lees: diegene met zeer hoge onderdekking) tegemoet te komen. De aanvullende AB-heffing komt pas aan de orde ten tijde van dividenduitkeringen net zoals nu het geval is. Na de afstempeling op fiscale waarde kan van de pensioenverplichting worden afgezien zonder LB heffing en revisierente. De DGA heeft

¹³² Zie ook; W.J.M. Vennix, "Ingewikkeld probleem, simpele oplossing", WFR 2015/1028.

¹³³ E. Heithuis, "Schaf dat dga-pensioen in eigen beheer nu eindelijk eens af!", WFR 2016/30.

¹³⁴ Bij een belaste vrijval van 100 15% VPB (15) en over het restant (85) 25% box II heffing (21.25).

vervolgens weer ruimte voor dividenduitkeringen waar naar verluid gretig gebruik van zal worden gemaakt¹³⁵.

Met de afschaffing van het PEB is de interne tegenstrijdigheid tussen de financierings- en verzorgingsgedachte weggenomen. De DGA stort zijn pensioen ofwel extern af of houdt zijn winsten in zijn BV als spaarpot voor de oudedag. Het pensioenstelsel wordt zodoende een stuk neutraler. Dat het één en ander tot grote vereenvoudiging leidt is reeds uitvoerig behandeld en behoeft dan ook verder geen toelichting. De nadelen van het voorstel kan een ieder ook bedenken: de budgettaire derving voor de overheid, de uitstraling naar andere belastingplichtigen, het gevaar van minder opbouw van oudedagsvoorzieningen door de DGA, etc. Het vinden van een adequaat alternatief sleept echter maar voort omdat er geen overeenstemming kan worden bereikt door de heren bewindslieden. De patstelling moet worden doorbroken en dat kan naar mijn mening beter eenmalig en diep gebeuren dan half en voortslepend. "*Laat het betere niet voor de zoveelste keer de vijand van het goede zijn*", aldus Vennix¹³⁶.

3.6 Conclusie

Dat het PEB een dode fiscale faciliteit is komt uitgebreid aan bod in het tweede hoofdstuk van dit onderzoek. Reeds in 2013 waren de verantwoordelijke bewindslieden zich daarvan bewust en is er een traject in werking gesteld om een adequaat alternatief te vinden¹³⁷. Het ambtenarenapparaat doet zijn twijfelachtige reputatie helaas eer aan door tot op heden nog geen alternatief in werking te hebben gesteld. De meest recentelijke brieven bieden andermaal ontoereikende oplossingen. Het OSEB en de OBR zijn wolven in schaapskleding, het huidige PEB in een ander jasje. Já, deze faciliteiten nemen wél een aantal van de saillante complexiteiten weg die gelden onder het PEB, zoals de benodigde actuariële berekeningen en de dividendklem opgeworpen door het CAP. Aan de andere kant komt daar in het geval van het OSEB een nieuw wettelijk kader voor terug en gaat van de ondoorzichtige oprenting van beide 'voorzieningen' een complicerende werking uit. Zodoende verkeer ik niet in de veronderstelling dat de geboden alternatieven een beduidende eenvoudigheidsslag teweegbrengen die de doelmatigheid van de regeling (eenvoud van de regeling, budgettaire beheersbaarheid, uitvoerbaarheid voor de verschillende belanghebbenden)

¹³⁵ E. Heithuis, "Schaf dat dga-pensioen in eigen beheer nu eindelijk eens af!", WFR 2016/30.

¹³⁶ W.J.M. Vennix, "Ingewikkeld probleem, simpele oplossing", WFR 2015/1028.

¹³⁷ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

ten goede komt. Om met de woorden van de heer Heithuis te spreken¹³⁸: "*Er vereenvoudigt amper iets*".

Men kan bepleiten dat dat ook niet hoeft. Immers, het niet aanbieden van een faciliteit leidt altijd tot een vereenvoudiging, zodat het aanbieden van bovenstaande faciliteiten er in ieder geval voor zorgt dat de DGA niet van zijn mogelijkheden tot pensioenopbouw wordt ontnomen. Hier ben ik het niet mee eens aangezien de DGA altijd de mogelijkheid heeft zijn pensioen onder te brengen bij een externe verzekeraar zoals iedere andere gewone werknemer. Zolang voor de beoogde pensioenvoorzieningen geen afstortingsverplichting bestaat, is in feite sprake van een boekhoudkundige reserve waarover nog belasting moet worden betaald¹³⁹. Daar zit feitelijk de crux van het gehele verhaal. De DGA wil zijn pensioengeld in zijn eigen bedrijf houden maar zolang dat het geval is, is van een oudedagsvoorziening geen sprake. De pensioenvoorziening is onderhevig aan de risico's van de bedrijfsvoering en daarmee houdt de DGA zichzelf voor de gek. Tevens ontstaat een perverse solidariteit tussen degene die zijn pensioen wel extern dient af te storten en de DGA¹⁴⁰. Alle (verkapte) vormen van het PEB leiden tot een overheidssubsidie aan de ondernemer. Van gelijke mogelijkheden tot pensioenopbouw is derhalve zeker geen sprake. De redenen voor dit onderscheid worden mij nog minder duidelijk. Zodoende concludeer ik dat met het OSEB en de OBR geen (arbeidsvorm)neutrale fiscale faciliteit in het leven wordt geroepen.

¹³⁸ E. Heithuis, "Schaf dat dga-pensioen in eigen beheer nu eindelijk eens af!", WFR 2016/30.

¹³⁹ B.G.J. Schuurman, "Crisis toont zwakte van pensioenen in eigen beheer", Pensioen Magazine, oktober 2009.

¹⁴⁰ Werkgroep ANP Tilburg University, "Arbeidsvormneutraal pensioen kader: een logische vervolgstap", p. 99.

H4. Conclusie & Samenvatting

In dit hoofdstuk wordt een samenvatting gegeven van het onderzoek en volgt de expliciete beantwoording van de onderzoeksvragen. Ten eerste komt de wijze waarop de DGA zijn pensioen in eigen beheer opbouwt aan bod. Vervolgens worden de complicaties die optreden besproken en wordt tot slot een oordeel geveld over een mogelijk alternatief voor het PEB.

Op welke wijze kan de DGA pensioen opbouwen?

Het pensioen in eigen beheer is gestoeld op de omkeerregel. Deze bewerkstelligt dat de belastingheffing wordt uitgesteld naar het moment waarop de pensioenuitkeringen worden ontvangen. Het doel van de wetgever is om de opbouw van oudedagsvoorzieningen te stimuleren. Naast de budgettaire derving als gevolg van het uitstellen van de belastingheffing levert dit de wetgever nog een risico debiteurenrisico op. Het gevaar bestaat immers dat de met loonbelasting beclaimde pensioenvoorziening verloren gaat. De wetgever anticipeert hierop door de meeste pensioenvoorzieningen onder de werking van de Pensioenwet te brengen, waarin onder meer allerlei kwalificatie- en beleggingseisen zijn opgenomen.

Ten aanzien van het PEB gelden deze eisen niet. De DGA valt niet onder de werking van de PW en mag zodoende een pensioenvoorziening opbouwen binnen de eigen BV. Hieraan ten grondslag ligt de financieringsgedachte. De DGA mag de gereserveerde pensioengelden willekeurig in zijn BV beleggen voor de uitoefening van zijn onderneming. De vorming van het PEB is onderhevig aan de normen van het GKG¹⁴¹, alsmede de restricties in de Wet IB¹⁴², LB¹⁴³ en VPB¹⁴⁴. De wetgever tracht daarmee de negatieve budgettaire gevolgen van het PEB te beperken.

Welke problemen manifesteren zich binnen de huidige PEB-regeling?

Binnen het PEB ontstaan vier grote complicaties. De eerste is de tegenstrijdigheid tussen de verzorgings- en financieringsgedachte. Door geen beleggingseisen te stellen aan de gereserveerde pensioengelden blijven deze onderhevig aan risico's van de onderneming. De pensioengelden worden niet veilig gesteld en zijn daarmee allerminst gewaarborgd om in de toekomst tot uitkering te komen. Van doeltreffendheid binnen de PEB-regeling is dan ook totaal geen sprake. Het leidt er toe dat er tal van sanctiebepalingen nodig zijn omdat zoals gezegd op de pensioenvoorziening een loonbelastingclaim rust. De wetgever ziet zich graag verzekerd van invordering van deze claim

¹⁴¹ Artikel 3.25 Wet IB '01.

¹⁴² Artikel 3.26 tot en met 3.29 Wet IB '01.

¹⁴³ Artikel 18 en 19 Wet LB '64.

¹⁴⁴ Artikel 8(6) VpB '69.

en dus moet zij zich in veel (wetgevende)bochten wringen. De tweede complicatie wordt gevormd door de mateloze complexiteit van de regeling. Zo zijn de uitvoeringskosten zeer hoog welke op haar beurt de uitvoerbaarheid van faciliteit ondermijnen. Het een en ander schaadt de doelmatigheid van de regeling. Een voortvloeiende van deze complexiteiten vormt de kwalificatie van de DGA, het derde grote probleem. Enerzijds kan de DGA profiteren van een ondernemersfaciliteit, zijnde de reservering van gelden in de onderneming. Anderzijds maakt hij daarbij gebruik van de omkeerregel terwijl het gebruik daarvan normaliter alleen *normale werknemers* wordt aangeboden. De ondoorzichtige kwalificatie noodzaakt derhalve tot restricties¹⁴⁵. Ik concludeer dat van arbeidsvormneutraliteit geen sprake is. Het gemaakte onderscheid tussen de DGA en normale werknemers is arbitrair en leidt ertoe dat beide arbeidsvormen niet van dezelfde pensioenopbouw mogelijkheden gebruik kunnen maken. De laatste complicatie ontstaat als gevolg van de verschillende waarderingsregels voor de pensioenaanspraak op fiscaal ten opzichte van vennootschappelijk gebied. De vennootschappelijke waarde houdt rekening met alle relevante elementen, zoals onder andere de indexatie, leeftijdsterugstellingen en de marktrente. Als gevolg van de eerdergenoemde wettelijke beperkingen in de Wet VPB en Wet IB '01 is dit op fiscaal gebied onmogelijk. Ook wordt het doen van dividenduitkeringen bemoeilijkt omdat de belastingdienst het standpunt inneemt dat de pensioenvoorziening gewaardeerd moet worden op de waarde in het economische verkeer. De DGA behoudt zodoende onvoldoende ruimte om dividend uit te keren zodat een dividenduitkering veelal leidt tot afkoop van de pensioenvoorziening met een grote belastingaanslag tot gevolg. Dit heeft negatieve consequenties voor de uitvoerbaarheid van de faciliteit en schaadt daarmee de doelmatigheid van de faciliteit.

Welke alternatieven zijn er?

De staatssecretaris is zich bewust van bovenstaande feitencomplex en biedt zodoende een aantal alternatieven. De eerste is de OBR, een kostenegaliseringsreserve binnen de VPB die uiteindelijk dient te worden aangewend ter verkrijging van een oudedagsvoorziening. De tweede oplossingsrichting is het invoeren van het OSEB, een geheel nieuwe faciliteit waarvoor een nieuw wettelijk kader benodigd is in de LB. Beide alternatieven leiden wat mij betreft niet tot een verbetering van de huidige situatie. Ze nemen een groot deel van de complexiteiten weg door de aanwending van de reserve respectievelijk de voorziening niet te koppelen aan het leven van de

¹⁴⁵ Bijvoorbeeld in de vorm van een hoge AOW-franchise en de gangbaarheidseis, zie par. 2.4.1.

begunstigde. Desondanks blijven de faciliteiten gestoeld op tegelijkertijd de verzorgings- en financieringsgedachte. Van doeltreffendheid is dan ook onvoldoende sprake en ook wordt de doelmatigheid maar mondjesmaat vergroot. Een aantal sanctiebepalingen blijft namelijk benodigd. Door het gebrek aan doeltreffendheid blijft ook de kwalificatie van de DGA ondoorzichtig. De alternatieven leiden niet tot een arbeidsvormneutraal pensioenstelsel. Daarmee komt ik toe aan de beantwoording van de hoofdvraag:

Bestaat er een geschikter alternatief voor de huidige PEB-regeling?

Ik ben van mening van niet. Door het alternatief te baseren op twee tegenstrijdige doelen wordt de boogde vereenvoudiging niet behaald en blijft de regeling lastig uitvoerbaar. Ik ben er voorstander van om de DGA slechts twee opties te bieden om zich in zijn financiële oude dag te voorzien. Enerzijds kan hij (na de heffing van vennootschapsbelasting) winstreserves opbouwen in de BV zodat de onderneming zelf de appel wordt voor de toekomstige dorst. Het nadeel is dat de pensioenzekerheid op deze manier in het gedrang komt. Anderzijds kan hij de gereserveerde pensioengelden extern onderbrengen zodat deze in de toekomst gegarandeerd tot uitkering komen. Door het afschaffen van de PEB-regeling ontnemt de wetgever de DGA niet de mogelijkheden tot pensioenopbouw. Uiteraard leidt het afschaffen van de faciliteit tot een enorme vereenvoudiging, daar de faciliteit eenvoudigweg niet meer aangeboden wordt. Het heikele punt dat resteert, is hoe de afschaffing vorm dient te worden gegeven. Een groot deel van de DGA's verkeert immers in staat van onderdekking en kan zich zodoende geen acute belastingheffing veroorloven. In dat opzicht opper ik om de DGA te laten afzien van het PEB zonder consequenties in de loonbelasting en invorderingswet¹⁴⁶. Over de vrijval van de voorziening kan VPB worden geheven, eventueel tegen een eenmalig verlaagd tarief¹⁴⁷ en verspreid over enkele jaren. De acute belastingheffing wordt daarmee aanzienlijk verlaagd en de DGA krijgt voldoende prikkels om de PEB-voorziening vaarwel te zeggen. Probleem opgelost!

¹⁴⁶ Zie in dit verband: W.J.M. Vennix, "Ingewikkeld probleem, simpele oplossing", WFR 2015/1028 en E. Heithuis, "Schaf dat dga-pensioen in eigen beheer nu eindelijk eens af!", WFR 2016/30.

¹⁴⁷ E. Heithuis, "Schaf dat dga-pensioen in eigen beheer nu eindelijk eens af!", WFR 2016/30.

Literatuurlijst

Jurisprudentie

HvJ EG 27 juni 1996, C 107/94, V-N 1996.

HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409.

HR 15 december 1999, nr. 32 263, BNB 2000/211.

Hof Den Haag 6 juli 2011, nr. 10/00298, NTFR 2011/1819.

Literatuur

AFM, "Naar een toekomstbestendig tweedepijler pensioen", januari 2015

A.H.H. Bollen-Vandenboorn, "Drieluik 'de fiscale behandeling van pensioen-sparen'", Maandblad belasting beschouwingen, april 2014.

F.M.M. De Bondt, "De (on)gelijke behandeling van het DGA-pensioen", WFR 2000/877.

R.E.H.M. Bremmers, "Commentaar op artikel 19b Wet LB '64", NDFR.

<http://www.ndfr.nl/link/W0839-19b>.

B. Dieleman, "Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen", Fiscale Monografieën, Wolters Kluwer, 2012, nr. 140.

G.J.B. Dietvorst et al, "Fiscale behandeling van oudedagsvoorzieningen: het kan beter, eerlijker, efficiënter en eenvoudiger", Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, 1 december 2010.

G.J.B. Dietvorst, "Is het afschaffen van sanctiebepalingen de beste oplossing voor het DGA-pensioen?", WFR 2012/805.

E. Heithuis, "Schaf dat dga-pensioen in eigen beheer nu eindelijk eens af!", WFR 2016/30.

F.R. Herreveld, "Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep", WFR 2015/1030.

E.T. Loijenga, "Algemeen aanvaarde actuariële grondslagen in de zin van art. 9b", WFR 1996/302.

NOB, "NOB commentaar op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer", Tax Live, 19 januari 2016.

<http://taxlive.nl/-/nob-commentaar-op-kamerbrief-oplossingsrichtingen-pensioen-eigen-beheer>.

B.G.J. Schuurman, "Crisis toont zwakte van pensioenen in eigen beheer", Pensioen Magazine, oktober 2009.

B.G.J. Schuurman, "Pensioen in de loonsfeer", FED Fiscale Brochures, Wolters Kluwer, 2015.

SER, "Advies nieuwe pensioenwet 01/06", 18 mei 2001

SER, "De positie van de directeur-groootaandeelhouder", 5 februari 2002.

L.G.M. Stevens, "pensioen in de winstsfeer", Wolters Kluwer, 2010.

J.E. Stiglitz, "Economics of the public sector", Norton & Company, 2000.

S.A.W.J. Strik, "Cursus Belastingrecht VPB", Wolters Kluwer, 2015.

Werkgroep ANP Tilburg University, "Arbeidsvormneutraal pensioenkader: een logische vervolgstap", juli 2013.

Werkgroep Ondernemerspensioen Tilburg University, "Het ondernemerspensioen, een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën 6 december 2013", december 2013.

Werkgroep Ondernemerspensioen Tilburg University, "De toekomst van het pensioen van de ondernemer", november 2015.

S.J. Ruesink, "Afkoop van pensioen in eigen beheer", WFR 2012/1514.

W.J.M. Vennix, "Ingewikkeld probleem, simpele oplossing", WFR 2015/1028.

Parlementaire stukken

Besluit van 6 maart 2001, nr. CPP2000/3020M, BNB 2001/230.

Brief van de staatssecretaris van Financiën van 10 februari 2011, nr. 2010D39290.

Brief van de staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

Brief van de staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208 M.

Brief van de staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

Brief van de staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U.

Brief van de staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016/100 U.

Handreiking CAP, Vraag & Antwoord, 12-008, 21 september 2012.

Kamerstukken I, 2014/15, 33 752, AA.

Kamerstukken II, 1949/50, 1730, nr. 3.

Kamerstukken II, 1997/98, 25 810, nr. 2.

Kamerstukken II, 1998/99, 26 020, nr. 6.

Kamerstukken II, 2005/06, 30 413, nr. 3.

Kamerstukken II, 2009/10, 31 129, nr. 2. (notitie 'fiscale positie DGA').

Kamerstukken II, 2011/12, 32 426, nr. 21.

Kamerstukken II, 2012/13, 33 402, nr. 7.

Kamerstukken II, 2015/16, 34 302, nr. 108.

Rijksbegroting 2015, H5 Inkomstenbeperkende regelingen en belastinguitgaven,
http://www.rijksbegroting.nl/2015/voorbereiding/miljoenennota,kst199383_6.html.

Overige bronnen

CBS, “Resterende (gezonde) levensverwachting”, 29 maart 2016.

<https://www.cbs.nl/nl-nl/visualisaties/resterende--gezonde---levensverwachting>.

CBS, “Kwartaaluitkomsten beleggingen van institutionele beleggers”, Statline, 31 maart 2016.

<http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLnl&PA=82824NED&LA=nl>.

“Staat zit vast in afwijkend systeem”, Het Financieele Dagblad, 21 maart 2016.

L. Berentsen, “Staatssecretaris Wiebes worstelt met pensioen in eigen beheer”, Het Financieele Dagblad, 22 maart 2016.

T. Gommer, “De 4^e brief over het pensioen van de DGA. Een lachertje!”, De Telegraaf, 18 december 2015.

L.G.M. Stevens, “Belasten of factureren?”, Het Financieele Dagblad, 14 juni 2016.