

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM NADRIK VERBODEN

Faculteit der Economische Wetenschappen

Masterscriptie

.....

De toekomst van pensioen in eigen beheer

Naam: G.T. Baak

Begeleider: Dr. F.M. Werger

Studentnummer: 360356

Datum: Rotterdam, augustus 2016

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 – Inleiding.....	5
Hoofdstuk 2 – Pensioen in eigen beheer	10
2.1 Inleiding.....	10
2.2 Doelstellingen pensioen in eigen beheer	10
2.3 Pensioenregeling	11
2.4 Pensioenwet.....	12
2.4.1 DGA	13
2.5 Pensioenverzekeraar.....	14
2.5.1 Eigenbeheerlichaam	15
2.5.2 Binnenlands ondernemingsvermogen	15
2.5.3 Extra voorwaarden eigen beheer	16
2.5.4 Soorten pensioenopbouw.....	19
2.5.5 Aanpassing AOW-leeftijd	21
2.6 Waardering van pensioenverplichtingen in eigen beheer.....	21
2.6.1 Opbouwstelsels.....	21
2.6.2 Omslagstelsel.....	21
2.6.3 Rentedekkingsstelsel	22
2.6.4 Kapitaaldekkingstelsel	22
2.7 Sanctiebepaling	29
2.7.1 Onzuivere pensioenregeling	29
2.7.2 Afkoop of vervreemding	30
2.7.3 Prijsgeven	30
2.7.4 Andere verzekeraar.....	31
2.7.5 Toedeling bij echtscheiding.....	31
2.8 Voordelen opbouw pensioen in eigen beheer.....	32
2.8.1 Liquiditeitsvoordeel.....	32
2.8.2 Eigen beleggingskeuze	32
2.8.3 Lagere kosten	32
2.8.4 Vererving.....	33
2.9 Huidige knelpunten pensioen in eigen beheer.....	33
2.9.1 De waarderings- en berekeningssystematiek is complex	33
2.9.2 Fiscale waardering ten opzichte van commerciële waardering	34
2.9.3 Fiscale waardering op commerciële balans	35
2.9.4 Overdragen van pensioen bij echtscheiding	36
2.9.5 Gedeeltelijke aftrekbaarheid.....	36

2.9.6 Belast vrijval en niet aftrekbare indexatie bij waardeoverdracht en zetelverplaatsing naar Nederland	38
2.9.7 Verschil waardering tussen Wet VPB 1969 en Wet LB 1964.....	38
2.9.8 Geen of een beperkte mogelijkheid tot het uitkeren van dividend (dividendklem).....	38
2.9.9 Pensioen in eigen beheer voldoet niet aan de verzorgingsfunctie	39
2.9.10 Het nabestaandenpensioen.....	40
2.9.11 Verliesverdamping	40
2.10 Subconclusie.....	40
Hoofdstuk 3 – Commerciële waardering van pensioenverplichtingen.....	43
3.1 Inleiding.....	43
3.2 Richtlijn voor de Jaarverslaggeving	43
3.2.1 Commerciële waardering pensioenverplichting in eigen beheer bij grote en middelgrote rechtspersonen.	43
3.2.2 Commerciële waardering pensioenverplichting in eigen beheer bij micro en kleine rechtspersonen.	45
3.3 Richtlijnen voor IFRS	45
3.4 Subconclusie.....	46
Hoofdstuk 4 – Oplossingen pensioen in eigen beheer.....	48
4.1 Inleiding.....	48
4.2 Voorwaarden oplossingen	48
4.3 De fiscale pensioenverplichting wordt op commerciële basis berekend	50
4.4 De fiscale pensioenverplichting als uitgangspunt voor de herrekening van de pensioenaanspraken.....	53
4.5 De oudedagsbestemmingsreserve (OBR).....	54
4.5.2 Nadelen/Kritiek FOR in de inkomstenbelasting.....	63
4.5.3 Toetsingskader.....	64
4.6 Oudedagssparen in eigen beheer (OSEB)	66
4.6.2 Toetsingskader.....	74
4.6.3 Beschikbare premiereregeling in eigen beheer.....	75
4.7 Afschaffen pensioen in eigen beheer.....	78
4.7.1 Afkoopfaciliteit	78
4.7.1.5 Toetsingskader.....	83
4.7.2 DGA buiten de Pensioenwet houden.....	85
4.7.3 Spaarvariant bij uitfaseren (SBU)	85
4.7.3.1 Toetsingskader.....	86
4.7.4 DGA onder de Pensioenwet	89
4.7.4.1 Toetsingskader.....	91

4.7.5 Afkoop zonder loonheffing	93
4.6.5.1 Toetsingskader.....	95
4.8 Premiepensioeninstelling (PPI)	96
4.9 Subconclusie.....	97
Hoofdstuk 5 – Conclusie	98
5.1 Samenvatting.....	98
5.2 Aanbeveling.....	101
Literatuurlijst.....	105
Bijlage 1 –Toetsingskader	110
Bijlage 2 – Voorbeeld waardeoverdracht.....	111

Hoofdstuk 1 – Inleiding

Het huidige pensioenstelsel van Nederland kan in een driepijlersysteem worden verdeeld, te weten: het basispensioen (eerste pijler), het aanvullende pensioen (tweede pijler) en de vrijwillige inkomensvoorziening (derde pijler). De eerste pijler, het basispensioen is in Nederland vormgegeven door middel volksverzekeringen te weten de Algemene Ouderdomswet (AOW) en Algemene nabestaandenwet (Anw). Bij de tweede pijler wordt het aanvullende pensioen opgebouwd via de werkgever. Het aanvullende pensioen zal dienen als een aanvulling op de AOW. Aan de derde pijler, de vrijwillige inkomensvoorziening, kan door de belastingplichtige vrijwillig worden deelgenomen. Hierbij kan het bijvoorbeeld gaan om een deelname aan een levensverzekering, lijfrente of koopsom.

De deelname aan een pensioenregeling van een werknemer speelt zich af in de tweede pijler, het aanvullende pensioen. Een directeur grootaandeelhouder (hierna: DGA) heeft naast de mogelijkheid om zijn aanvullende pensioen onder te brengen bij een professionele pensioenverzekeraar, pensioenfonds of premiepensioeninstelling¹, onder voorwaarden ook de mogelijkheid om zijn aanvullende pensioen op te bouwen in eigen beheer. Door de opbouw van pensioen in eigen beheer heeft de DGA de mogelijkheid om zijn pensioen niet extern onder te brengen, maar zijn pensioen binnen zijn eigen onderneming of zijn eigen pensioenlichaam op te bouwen. Naast de opbouw van aanvullend pensioen in eigen beheer heeft de DGA eveneens recht op het basispensioen en kan hij tevens deelnemen aan de vrijwillige inkomensvoorzieningen. Aan de ruimere mogelijkheden voor de DGA om pensioen in eigen beheer op te bouwen is wel een aantal extra voorwaarden verbonden. Op grond van art. 18h Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964) mag de opbouw van pensioen in eigen beheer niet uitgaan boven hetgeen in collectieve regelingen gangbaar is en moet er overeenkomstig reguliere pensioenregelingen worden voldaan aan art. 18 tot en met 18ga Wet LB 1964.

Het opgebouwde pensioen van de DGA in eigen beheer moet overeenkomstig de reguliere pensioenregeling bij een professionele beheerder vanaf de ingangsdatum van het pensioen tot uitkering komen. De opbouw van het pensioen is vrijgesteld², terwijl de toekomstige uitkering van het pensioen wordt belast als loon uit vroegere dienstbetrekking.³ Hierdoor rust op de opgebouwde pensioenverplichting een loonbelastingclaim. Deze claim komt tot uitdrukking op het moment dat er een periodieke pensioenuitkering aan de DGA wordt gedaan of als er sprake is van een oneigenlijke handeling, zoals afkoop.⁴ Bij een oneigenlijke handeling wordt de gehele pensioenverplichting in de heffing betrokken inclusief een revisierente van 20%.⁵

Doordat pensioen in eigen beheer niet wordt afgestort bij een professioneel beheerder is het op de ingangsdatum van het pensioen van belang dat er voldoende liquiditeiten beschikbaar zijn om te kunnen voldoen aan de pensioenverplichting aan de DGA. Als deze liquiditeiten niet beschikbaar zijn, zal het pensioen alleen op papier zijn toegezegd, maar kan er niet daadwerkelijk worden voldaan aan de toegezegde pensioenverplichting. Deze situatie kan ontstaan doordat de onderneming slecht rendeert door bijvoorbeeld de economische situatie van de markt. Het niet kunnen voldoen aan de toegezegde pensioenverplichting kan worden gezien als afkoop, op basis art. 19b, lid 1, onderdeel c Wet LB 1964, waardoor in beginsel loonbelasting over de hele pensioenverplichting verschuldigd wordt, inclusief

¹ In deze scriptie wordt bij het gebruik van een professionele beheerder verwezen naar een professionele pensioenverzekeraar, een pensioenfonds en een premiepensioeninstelling.

² Art. 11, lid 1, onderdeel c Wet LB 1964. Als wordt voldaan aan de voorwaarden van art. 18 tot en met art. 19f Wet LB 1964.

³ Art. 10, lid 1 Wet LB 1964.

⁴ Art. 19b Wet LB 1964.

⁵ Art. 30i Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR).

revisierente.⁶ Daarnaast kunnen er problemen ontstaan voor de DGA zelf, omdat hij in dat geval niet meer beschikt over een adequaat aanvullend pensioen.

De Werkgroep Ondernemerspensioen van de Tilburg University heeft onderzoek gedaan naar de dekkinggraad van de pensioenvoorziening van de DGA onder 55 adviseurs die ongeveer 1500 DGA's vertegenwoordigen.⁷ Door het onderzoeken van de dekkinggraad van het opgebouwde pensioen in eigen beheer wordt duidelijk of de onderneming ook daadwerkelijk kan voldoen aan de toegezegde pensioenverplichting. Uit dit onderzoek blijkt dat als op fiscale grondslagen wordt gewaardeerd dat bij 26% van de DGA's de dekkinggraad 100% of meer bedraagt voor de jaren 2012 en 2013. Als er op commerciële grondslagen wordt gewaardeerd, blijkt de dekkinggraad in 2012 en 2013, respectievelijk 10% en 7% te bedragen. Dit betekent dat volgens dit onderzoek bij 90% van de DGA's de uitkering van het pensioen gevaar loopt. Dit houdt in dat in veel gevallen de toekomstvoorziening van de DGA niet adequaat is.

Op 17 december 2012 tijdens de behandeling van het Belastingplan 2013 is door de senatoren Essers en Bröcker geïnformeerd naar de gevolgen van de verschillen tussen de fiscale en commerciële waardering van de pensioenverplichting in eigen beheer.⁸ De staatssecretaris gaf toe dat er sprake is van een verschil tussen de fiscale en commerciële waardering van pensioenverplichting in eigen beheer en dat dit kan 'leiden tot onduidelijkheden en naar het gevoel van sommigen ook tot onevenwichtigheden.'⁹ Verder gaf de staatssecretaris aan dat de mogelijkheden om de gevolgen van het verschil tussen de waarderingsregels te mitigeren zouden worden onderzocht. Deze toezegging heeft de staatssecretaris uitgewerkt in de brief van 6 december 2013¹⁰ waarin hij aangeeft dat er een aantal knelpunten is bij de huidige vormgeving van pensioen in eigen beheer. Hij geeft verder aan dat er gezocht moet worden naar oplossingen voor deze knelpunten. De staatssecretaris heeft een drietal voorstellen gedaan om de problemen met pensioen in eigen beheer op te lossen, waarbij hij aangeeft wat de voor- en nadelen zijn. De voorzichtige conclusie is dat er een lichte voorkeur was voor de nieuwe variant, de fiscale pensioenreserve.

Naar aanleiding van het overleg over de brief van 6 december 2013¹¹ is in de vervolgbrief van 2 juni 2014¹² een vierde variant voorgesteld, de beschikbare premiereregeling met een vast oprentingspercentage. De staatssecretaris gaf verder aan dat de fiscale pensioenreserve de meeste aanknopingspunten biedt tot een echte vereenvoudiging. Daarnaast geeft hij de randvoorwaarden voor een eventuele oplossingsrichting aan.

In de brief van 1 juli 2015¹³ heeft de staatssecretaris twee voorstellen verder uitgewerkt, te weten de oudedagsbestemmingsreserve (hierna: OBR) en het oudedagssparen in eigen beheer (hierna: OSEB), omdat deze voorstellen volgens hem het meest geschikt zijn om de knelpunten op te lossen. Vervolgens is in de brief van 17 december 2015¹⁴ het voorstel gedaan tot het afschaffen van pensioen in eigen beheer.

⁶ Art. 30i AWR.

⁷ Werkgroep Ondernemerspensioen, Het Ondernemerspensioen, Een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën 6 december 2013 (DB/2013/576), Tilburg University, Tilburg: 2014, p. 8-9.

⁸ Belastingplan 2013 en Overige fiscale maatregelen 2013: Handelingen Eerste Kamer 17 december 2012, nr. 12, item 3, p. 30 en 32.

⁹ Belastingplan 2013 en Overige fiscale maatregelen 2013: Handelingen Eerste Kamer 17 december 2012, nr. 12, item 18, p. 97 en 98.

¹⁰ Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

¹¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

¹² Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.

¹³ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

¹⁴ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, DB/2015/454 U.

In de brief 15 maart 2016¹⁵ heeft de staatssecretaris de mogelijkheid tot uitfasering verder uitgewerkt. Daarnaast stelt hij een extra uitfaseringsvariant voor, de spaarvariant bij uitfasering (hierna: SBU), voor belastingplichtigen die niet willen of kunnen afkopen.

In deze masterscriptie wordt aan de hand van de oplossingsrichtingen van de staatssecretaris en eventuele andere oplossingsrichtingen uit de literatuur gekeken worden naar de problematiek van pensioen in eigen beheer. Hierbij zal de focus liggen op de twee oplossingsrichtingen uit de brief van de staatssecretaris van 1 juli 2015¹⁶ en het voorstel tot afschaffing van pensioen in eigen beheer uit de brieven van 17 december 2015¹⁷, 15 maart 2016¹⁸ en 1 juli 2016¹⁹, omdat deze oplossingen op het moment van schrijven het meest concreet zijn.

Probleemstelling

Door de knelpunten bij de huidige vorm van pensioen in eigen beheer wordt er gekeken naar een nieuwe oplossing voor het vormen van een toekomstvoorziening voor de DGA. Om te toetsen welke oplossing het beste alternatief is, ben ik tot de volgende onderzoeksvraag gekomen:

Worden de huidige (fiscale) knelpunten van pensioen in eigen beheer door de voorgestelde oplossingen van de staatssecretaris weggenomen, of zijn er alternatieven denkbaar die een betere oplossing voor de huidige (fiscale) knelpunten bieden?

Als knelpunten worden de fiscale moeilijkheden gezien die problemen veroorzaken bij de uitvoering en toepassing van de huidige wetgeving omtrent pensioen in eigen beheer voor de onderneming, werknemer/DGA en de belastingdienst. Gezien het feit dat de knelpunten een adequate werking van een pensioen in eigen beheer in de weg staan, moet worden nagegaan hoe deze knelpunten kunnen worden opgelost. Het vervangen of afschaffen van de huidige regeling biedt de mogelijkheid een adequate pensioenregeling voor DGA's te creëren.

De probleemstelling zal aan de hand van de volgende deelvragen worden uitgewerkt:

- Wat waren de doelstellingen van de wetgever bij de invoering van pensioenopbouw in eigen beheer?
- Onder welke voorwaarden kan pensioen in eigen beheer worden opgebouwd en wat zijn hierbij de knelpunten?
- Hoe wordt pensioen in eigen beheer commercieel gewaardeerd?
- Welke oplossingen voor de problematiek van pensioen in eigen beheer zijn er door de staatssecretaris en in de literatuur voorgesteld?
- Worden de constateerde knelpunten door deze oplossingen weggenomen?
- Welke oplossing biedt het beste alternatief en sluit het best aan bij de doelstellingen van pensioen in eigen beheer?

Toetsingscriteria

Aan de hand van een drietal toetsingscriteria zal in deze scriptie getoetst worden welke oplossingsrichting de knelpunten van pensioen in eigen beheer het beste kan wegnemen. Bij het toetsen

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

¹⁶ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

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

¹⁸ Brief staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016-100 U.

¹⁹ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

zal elke oplossingsrichting apart worden beoordeeld aan de hand van de onderstaande toetsingscriteria. Deze toetsingscriteria worden vervolgens verdeeld in subcriteria. Per oplossingsrichting zal worden beargumenteerd in hoeverre deze voldoet aan de toetsingscriteria. Door al deze beoordelingen van oplossingsrichtingen te vergelijken kan tot een oordeel worden gekomen, waarbij duidelijk wordt welke oplossingsrichting de beste uitkomst biedt voor de huidige problematiek van pensioen in eigen beheer.

In deze scriptie zullen de oplossingen voor de problematiek van pensioen in eigen beheer getoetst worden aan de hand van de volgende criteria:

- **Doeltreffendheid:** Bij dit toetsingscriterium wordt getoetst in hoeverre met de oplossingsrichting de doelstellingen van de wettelijke regeling worden gerealiseerd. Hierbij wordt getoetst of de voorgestelde oplossingsrichting voldoet aan de voorwaarden die de staatssecretaris uiteen heeft gezet in zijn brief van 2 juni 2014.²⁰ In deze brief heeft de staatssecretaris aangegeven dat het liquiditeitsvoordeel²¹ behouden moest blijven, er een regeling voor nabestaanden moest komen en dat de oplossing budgettair haalbaar moest zijn. In de brief van 1 juli 2015²² heeft de staatssecretaris aangegeven dat de oplossing budgettair neutraal moet zijn. Bij de toetsing aan dit criterium zal zowel gekeken worden naar een oplossing voor de knelpunten van het huidige systeem van pensioen in eigen beheer als naar de toekomstige vorm van pensioen in eigen beheer. Verder wordt beoordeeld of de primaire functies van pensioen worden gerealiseerd met de oplossingsrichting, te weten de waarborging van de verzorgingsfunctie en het opbouwen van een adequate oudedagsvoorziening.
- **Praktische uitvoerbaarheid:** Bij dit toetsingscriterium wordt getoetst of de oplossingsrichting praktisch uitvoerbaar is en of de uitvoeringslasten beperkt blijven. Hierbij wordt getoetst of een oplossingsrichting praktisch beter uitvoerbaar is dan de huidige vorm van pensioen in eigen beheer, voor de onderneming, de DGA en de belastingdienst. Daarnaast worden de eenvoud en de administratieve lasten van een oplossingsrichting beoordeeld. Verder wordt getoetst of een eventueel nieuwe regeling ook toegepast kan worden op al bestaande pensioenen in eigen beheer en of een overgangsregeling noodzakelijk is. Bij dit toetsingscriterium wordt aandacht besteed aan de aspecten voor de DGA, de onderneming, de belastingdienst en de partner van de DGA. Voor de onderneming en de DGA betekent praktische uitvoerbaarheid dat een oplossingsrichting toegankelijk en eenvoudig uitvoerbaar is en de administratieve lasten beperkt zijn. Voor de belastingdienst betekent praktisch uitvoerbaar dat effectieve controle mogelijk is. Effectieve controle is mogelijk als het systeem weinig uitvoeringslasten en administratieve lasten met zich meebrengt. Voor de partner van de DGA wordt beoordeeld wat de eventuele gevolgen zijn van de toepassing van het overgangsrecht en de oplossingsrichting. Tevens wordt beoordeeld of de oplossingsrichting zorgt voor duidelijkheid op het gebied van waardering, waardoor helderheid ontstaat ten aanzien van de financiële positie van de onderneming.
- **Systematiek:** Bij dit toetsingscriterium wordt er getoetst of de oplossing past binnen de wetsystematiek. Hierbij worden de gevolgen van een oplossingsrichting getoetst voor de positie van de partner. Hierbij worden onder andere de eventuele gevolgen van een echtscheiding beoordeeld. Daarnaast worden de internationale aspecten van een oplossingsrichting getoetst. Ten slotte wordt er getoetst of er bij een oplossingsrichting sprake is van een verschil tussen de fiscale en commerciële waardering en wat de gevolgen zijn van een oplossingsrichting voor een eventuele dividenduitkering.

²⁰ Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.

²¹ Het beschikbaar houden van de pensioenvoorziening binnen de onderneming.

²² Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

Afbakening

In deze scriptie wordt ingegaan op de problematiek van pensioen in eigen beheer binnen Nederland. Hierbij zal de huidige problematiek worden beschreven en zullen de oplossingsrichtingen van de staatsecretaris en vanuit literatuur worden getoetst. Hierbij wordt zowel aandacht besteed aan de opbouwfase als de uitkeringsfase van pensioen in eigen beheer. Verder wordt gekeken naar hoe moet worden omgegaan met de huidige pensioenen die al zijn opgebouwd in eigen beheer en/of er eventueel overgangsrecht moet komen als er voor een alternatief wordt gekozen. Daarnaast wordt er gekeken naar hoe de huidige knelpunten van pensioen in eigen beheer bij de keuze voor een alternatief in de toekomst kunnen worden voorkomen. Om tot een goede aanbeveling te komen en een zo breed mogelijk beeld te geven van de problematiek van pensioen in eigen beheer en de eventuele oplossing hiervan, wordt er in deze scriptie ook gekeken naar de Pensioenwet (hierna: PW), de commerciële waardering van pensioen in eigen beheer en de uitvoeringstechnische aspecten. In deze scriptie wordt uitsluitend aandacht besteed aan de binnenlandse problematiek en zal er niet vergeleken worden met soortgelijke regelingen in het buitenland.

Opbouw scriptie

In hoofdstuk 2 van deze scriptie worden de doelstellingen, de voordelen, de knelpunten en de regelgeving van de huidige wetgeving omtrent pensioen in eigen beheer uiteen gezet. Hierbij wordt ingegaan op de wetgeving ten aanzien van de loonbelasting en de fiscale waardering. Daarnaast wordt er beschreven wanneer er sprake is van een DGA. Aan het eind van het hoofdstuk worden de voordelen en de knelpunten van de huidige wetgeving besproken. Zo kan beoordeeld worden welke knelpunten moeten worden opgelost.

In hoofdstuk 3 wordt de regelgeving omtrent de commerciële waardering van pensioen in eigen beheer uiteengezet. Hierbij wordt zowel de RJ-regelgeving als de IFRS de regelgeving behandeld. Hierbij zal er gekeken worden naar de doelstellingen van de commerciële waardering.

In hoofdstuk 4 worden de oplossingsrichtingen van de staatssecretaris en de literatuur ten aanzien van pensioen in eigen beheer uiteengezet. Hierbij wordt onder meer beoordeeld of de opbouw van pensioen in eigen beheer in de huidige vorm moet blijven bestaan of dat er gekozen moet worden voor één van de andere oplossingsrichtingen. Verder wordt de oplossingsrichtingen getoetst aan het voorwaarden van de staatsecretaris uit zijn brief van 2 juni 2014²³ en het toetsingskader van deze scriptie.

In hoofdstuk 5 wordt een samenvatting gegeven van deze scriptie waarna een conclusie wordt getrokken ten aanzien van de onderzoeksvraag. Daarnaast wordt er aan hand van het toetsingskader een aanbeveling gedaan ten aanzien van pensioen in eigen beheer.

²³ Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.

Hoofdstuk 2 – Pensioen in eigen beheer

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de fiscale wetgeving aangaande pensioen in eigen beheer en de Pensioenwet besproken. Hierbij wordt zowel gekeken naar de huidige vorm van pensioen in eigen beheer als naar de parlementaire geschiedenis om de overwegingen en doelstellingen van de wetgeving rondom pensioen in eigen beheer te bepalen. Op basis van de wettelijke systematiek wordt de opbouw van pensioen onder voorwaarden vrijgesteld.²⁴ Daarentegen wordt de uitkering van pensioen aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrekking, waardoor de pensioenuitkering is onderworpen aan belastingheffing in de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) en Wet LB 1964.²⁵

2.2 Doelstellingen pensioen in eigen beheer

Onder het Besluit Wet IB 1941 was het mogelijk pensioenverplichtingen in eigen beheer op de balans op te nemen.²⁶ Hierbij ging het om een pensioenverplichting die de werkgever toezegde aan zijn werknemers en die hij kon passiveren op de balans. Door het feit dat de pensioentoezeggingen binnen de risicosfeer van de onderneming bleven, ontstond er een risico voor de werknemer. Het doel bij de invoering van de Pensioen- en Spaarfondsenwet (hierna: PSW) was dan ook teleurstellingen voorkomen ten aanzien van toegezegd pensioen.²⁷ Door de volledige inwerkingtreding van de Pensioen- en Spaarfondsenwet per 1 januari 1954 moest de werkgever de pensioenverplichting uit de risicosfeer van de onderneming halen op basis van art. 2 PSW. Hierdoor dienden de gelden door de werkgever te worden afgestort bij een afzonderlijke rechtspersoon, waardoor zij niet meer tot de beschikking van de werkgever stonden.²⁸

In art. 28 PSW (later art. 29 PSW) was echter een ontheffing van de onderbrengingsplicht mogelijk, waardoor pensioen in eigen beheer wel mogelijk was. Deze vrijstelling kon worden toegepast met toestemming van de minister van Sociale Zaken, indien er sprake was van een bijzonder geval en als de rechten van de betrokken deelnemers voldoende waren gewaarborgd. Doordat de DGA via zijn aandeelhouderschap macht heeft over de vennootschap werd deze waarborg van toepassing geacht als de DGA een meerderheidsbelang bezit.²⁹ In 1959 is dit percentage terugbracht tot 10%. Daarnaast zijn in de Pensioen- en Spaarfondsenwet enkele vereisten gesteld aan de vrijgestelde pensioenaanspraak van de DGA. Boshuizen³⁰ noemt dit merkwaardig, omdat vanuit de gedachte wordt geredeneerd dat de DGA de bescherming ten opzichte van zijn werkgever wel kan missen. Deze opmerking van Boshuizen³¹ is mijns inziens terecht, omdat een DGA bij een belang van minder dan 50% voor beslissingen afhankelijk is van zijn medeaandeelhouders, waardoor hij niet de macht heeft over de vennootschap.

Als reden voor de afwijking van het DGA pensioen van de reguliere pensioenregeling worden een administratieve lastenverlichting en een besparing van kosten genoemd.³² Daarnaast wordt in de memorie van toelichting gezegd dat de DGA maatschappelijk niet zozeer wordt gezien als werknemer,

²⁴ Art. 11, lid 1, onderdeel c Wet LB 1964.

²⁵ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars en B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer, 2012, p. 310.

²⁶ G.J.B. Dietvorst, A.H.H. Bollen-Vandenboorn, J.J.E.M. Goetstouwers, B.G.J. Schuurman, M.R. Visser en M.C.C. van Westing, *Arbeidsvormneutraal pensioenkader (Brochures Toekomstvoorzieningen Tilburg University, deel 9)*, Tilburg: juli 2013, p. 77.

²⁷ Kamerstukken II 1949-1950, 1730, nr. 3, p. 2.

²⁸ Kamerstukken II 1949-1950, 1730, nr. 3, p. 6.

²⁹ G.R. Boshuizen, *Definitieve oplossing DGA-pensioen nabij?*, WFR 2000/872, par. 4.

³⁰ G.R. Boshuizen, *Definitieve oplossing DGA-pensioen nabij?*, WFR 2000/872, par. 4.

³¹ G.R. Boshuizen, *Definitieve oplossing DGA-pensioen nabij?*, WFR 2000/872, par. 4.

³² Kamerstukken II 1978-1979, 15 539, nr. 3, p. 11-12 (MvT).

maar als eigenaar van de onderneming.³³ Verder brengt het onderbrengen van de pensioenverplichting binnen de vennootschap met zich mee dat de pensioenverplichting niet extern hoeft te worden afgestort. Dit zal de onderneming een liquiditeitsvoordeel opleveren.³⁴ Echter, is het nadeel dat de pensioenvoorziening van de DGA niet buiten de risicosfeer van de onderneming wordt gebracht, waardoor niet zeker is dat het opbouwde pensioen op de ingangsdatum van het pensioen toereikend is.

Bij van de Brede Herwaardering II is gediscussieerd over de vraag of fiscale facilitering voor de opbouw van pensioen in eigen beheer mogelijk moest blijven. Uiteindelijk is besloten pensioen in eigen beheer mogelijk te laten blijven, omdat er vanuit de maatschappij behoefte was om de onderneming te financieren.³⁵ Hierbij geeft de wetgever aan dat de risico's evenwichtig zijn verdeeld tussen de pensioengerechtigde en de fiscus. De pensioengerechtigde loopt risico, omdat zijn pensioen in het ondernemingsrisico blijft. De fiscus loopt daarentegen het risico dat de loonbelastingclaim op de pensioenaanspraak verloren gaat. Daarnaast wordt aangegeven dat de IB-onderneming ook een soortgelijke mogelijkheid heeft voor de opbouw van pensioen in eigen beheer door de fiscale oudedagsreserve (hierna: FOR).³⁶

De opbouw van pensioen – op welke wijze dan ook – heeft als doelstelling om te voorzien in inkomen in de toekomst. Als basis van dit latere inkomen wordt door de overheid voorzien in een AOW-uitkering waarvan de hoogte is gekoppeld aan het minimumloon en waarbij rekening wordt gehouden met een eventuele echtgenoot of partner. De AOW-uitkering kan voor werknemers aangevuld worden met aanvullend pensioen, dat wordt opgebouwd tijdens de arbeidsjaren van een werknemer. In 2016 geldt als ambitieniveau voor de pensioenopbouw 75% van het gemiddeld genoten loon.³⁷ Deze voorziening van inkomen in de toekomst geldt eveneens voor een DGA die zijn pensioen, zowel in eigen beheer kan opbouwen als bij een professionele beheerder.

2.3 Pensioenregeling

Op basis van art. 10, lid 2 Wet LB 1964 behoren pensioenaanspraken tot het belastbaar loon, omdat deze genoten worden in het kader van een dienstbetrekking.³⁸ Echter, op het moment van verkrijgen van de pensioenaanspraak wordt deze onder voorwaarden gerekend tot het vrijgestelde loon op basis van art. 11, lid 1, onderdeel c Wet LB 1964 juncto hoofdstuk IIB Wet LB 1964. Daarnaast wordt door de toepassing van art. 11, lid 1, onderdeel j Wet LB 1964 de premie die door de werkgever wordt ingehouden op het salaris van de werknemer en wordt betaald aan de uitvoerder van het pensioen ook gerekend tot het vrijgestelde loon. De uitkeringen van de pensioenaanspraken worden echter wel gerekend tot het belastbare loon.³⁹

In art. 18 Wet LB 1964 wordt de term pensioenregeling gedefinieerd. Op basis van art. 18, lid 1 en 2 Wet LB 1964 is sprake van een pensioenregeling als deze uitsluitend of, met het oog op uitzonderlijke gevallen van restbegunstiging, nagenoeg uitsluitend ten doel heeft het treffen van een ouderdomspensioen, een partnerpensioen, een wezenpensioen, een arbeidsongeschiktheidspensioen,

³³ Kamerstukken II 1978-1979, 15 539, nr. 6, p. 7 (MvA).

³⁴ Kamerstukken II 1978-1979, 15 539, nr. 6, p. 8-9 (MvA).

³⁵ Kamerstukken II 1992-1993, 23 046, nr. 3, p. 3 (MvT).

³⁶ Kamerstukken II 1992-1993, 23 046, nr. 3, p. 3 (MvT).

³⁷ Als volgens het opbouwpercentage van art. 18a, lid 2 Wet LB 1964 wordt opgebouwd dan wordt 40 dienstjaren de pensioennorm van 75% van het gemiddelde loon behaald ($1,875\% \cdot 40 = 75\%$).

³⁸ Onder een aanspraak wordt verstaan een na verloop van tijd of onder een voorwaarde één of meer uitkeringen of verstrekkingen die zijn te ontvangen. De Hoge Raad heeft in meerdere arresten aangegeven dat een aanspraak wordt toegekend naast de contante beloning (HR 27 november 1957, nr. 13 296, BNB 1958/7 en HR 2 december 1964, nr. 15 269, BNB 1965/27).

³⁹ Art. 10, lid 1 Wet LB 1964.

een 40 ¼- deelnemingsjarenpensioen en een nabestaandenoverbruggingspensioen.⁴⁰ In beginsel moeten pensioenregelingen voorzien in een levenslange periodieke uitkeringen. Hierdoor mogen pensioenaanspraken op basis van art. 18, lid 1, onderdeel b Wet LB 1964 niet worden afgekocht, vervreemd of worden prijsgegeven, tenzij hierop in de Pensioenwet een uitzondering is gemaakt.

2.4 Pensioenwet

Met ingang van 1 januari 2007 is de Pensioenwet in werking getreden, waarmee de sinds 1 januari 1954 werkende Pensioen- en Spaarfondsenwet verviel.⁴¹ Gezien het feit dat de beschikbare middelen van de pensioenfondsen in Nederland € 1.254 miljard bedragen (juni 2016), is een goede werking van de Pensioenwet van groot belang.⁴² Het pensioenvermogen heeft daarom zowel een macro-economisch belang als een belang voor de huidige en toekomstige pensioenen. De Pensioenwet moet dan ook de opgebouwde pensioenen van werknemers waarborgen. De Nederlandse Bank heeft hierbij de rol van toezichthouder op pensioenfondsen. Zij heeft de opdracht om over de financiële gezondheid te waken en deze te controleren.⁴³

In tegenstelling tot de Pensioen- en Spaarfondsenwet beoogde de regering met de Pensioenwet vanaf 1 januari 2007 de positie van de DGA geheel buiten de werking van de Pensioenwet te brengen.⁴⁴ Door de vrijstelling van de DGA voor de Pensioenwet is de onderbrengplicht van art. 23 PW niet van toepassing, waardoor de DGA niet verplicht is zijn pensioen onder te brengen bij pensioenuitvoerder of een soortgelijke instelling uit het buitenland. Echter, is het voor een DGA voldoende om een bedrag te reserveren dat hoog genoeg is om zijn toegezegde pensioenverplichtingen na te komen. Dit geeft de DGA de mogelijkheid om zijn pensioen in eigen beheer op te bouwen, waardoor een financieringsvoordeel ontstaat voor de onderneming.⁴⁵

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Pensioenwet is verder aangegeven dat de wettelijke bescherming van de DGA niet nodig wordt geacht, gezien zijn rol van zowel aandeelhouder als werknemer.⁴⁶ Daarnaast is in de memorie van toelichting aangegeven dat de rol van de DGA als werknemer ondergeschikt is aan die van aandeelhouder, omdat hij zijn eigen belangen via zijn rol als eigenaar kan behartigen.⁴⁷ Een uitzondering hierop is een DGA die verplicht deelnemer is aan de pensioenregeling binnen een bedrijfstakpensioenfonds. Op basis van art. 3, lid 1 PW is in dat geval de Pensioenwet met uitzondering van art. 7 en 9 PW wel van toepassing. Door het feit dat de Pensioenwet in beginsel niet van toepassing is op het pensioen van een DGA wordt de inhoud en de uitvoering van het pensioen van de DGA veelal bepaald in de fiscale wetgeving.

De vraag kan echter gesteld worden of het aandeelhouderschap van de DGA wel in alle gevallen ondergeschikt is aan zijn rol als werknemer, omdat een DGA met een belang van minder dan 50% zijn belang niet per definitie doorslaggevend kan behartigen. Ik ben dan ook van mening dat dit bij een DGA zonder een doorslaggevend belang niet opgaat. In dat geval zou het - gegeven de doelstelling van de

⁴⁰ In de parlementaire geschiedenis wordt restbegunstiging als volgt omschreven: 'Restbegunstiging is de verwaarloosbaar kleine kans dat bij het overlijden van een werknemer voor de pensioendatum een kapitaal uit hoofde van de pensioenregeling ineens wordt uitgekeerd aan een erfgenaam die niet tot de kring van verzorgden behoort. Een statistisch aantoonbare verwaarloosbare kans omdat in de "standaardsituatie" het tot uitkering komende kapitaal altijd wordt aangewend voor de aankoop van een partner- of wezenpensioen.' (Kamerstukken II 1998-1999, 26 020, nr. 23.)

⁴¹ Hierbij werd overgangsrecht in aanmerking genomen van 2 jaar.

⁴² DNB, T8.8 Beleidsdekkingsgraad van pensioenfondsen; Kwartaal/Maand, per 05-07-2016.

⁴³ B.G.J. Schuurman, Pensioen in de loonsfeer, Deventer: Kluwer, 2015, p. 57.

⁴⁴ Kamerstukken II 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 20 (MvT).

⁴⁵ B.G.J. Schuurman, Pensioen in de loonsfeer, Deventer: Kluwer, 2015, p. 92.

⁴⁶ Kamerstukken II 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 20 (MvT).

⁴⁷ Kamerstukken II 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 20 (MvT).

Pensioenwet – logisch zijn om de DGA wel onder de reikwijdte van de Pensioenwet te brengen. Als het doorslaggevend argument voor de vrijstelling, de dubbelfunctie van DGA is, zou dit alleen moeten gelden voor DGA's met een doorslaggevend belang, omdat in die situatie het zeker is dat een DGA zijn eigen belang kan behartigen. De DGA zonder een doorslaggevend belang moet mijn inziens meer als werknemer worden gezien dan als aandeelhouder of eigenaar, omdat hij afhankelijk is van zijn werkgever ofwel van de meerderheid van aandeelhouders, waardoor de Pensioenwet van toepassing moet zijn. Door een DGA zonder doorslaggevend belang onder de Pensioenwet te brengen, ontstaat er meer zekerheid, omdat hij in dat geval wordt beschermd door de werking van de Pensioenwet overeenkomstig de werknemer.

2.4.1 DGA

Doordat de DGA wordt uitgezonderd van de definitie van werknemer is de Pensioenwet niet van toepassing op een DGA. Hierdoor is het van belang om vast te stellen wanneer er sprake is van een DGA. Daarnaast is het voor het opbouwen van een pensioen in een eigenbeheerlichaam vereist dat er sprake is van een DGA. Volgens art. 1 PW worden voor de toepassing van die wet en daarop berustende bepalingen onder een DGA verstaan:

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

Het stemrechtvereiste voor de DGA in de Pensioenwet geldt pas sinds 1 oktober 2012 na de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht⁴⁸ en de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht.⁴⁹

In de inkomstenbelasting en de werknemersverzekeringen zijn net als in de Pensioenwet definities opgenomen, waardoor een werknemer die tevens aandeelhouder is, in een andere box voor de inkomstenbelasting wordt belast dan wel wordt vrijgesteld van werknemersverzekeringen. Hierbij gaat het om een definitie van aanmerkelijk belang in de inkomstenbelasting en het begrip DGA in de werknemersverzekering. Echter, de definities van een aanmerkelijk belanghouder in de inkomstenbelasting en van de DGA in de werknemersverzekering⁵⁰ komen niet overeen met het begrip DGA in de Pensioenwet.

In art. 4.6 Wet IB 2001 wordt de definitie van aanmerkelijk belanghouder beschreven. Uit dit artikel blijkt dat een natuurlijk persoon een aanmerkelijk belang heeft als hij al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect voor ten minst 5% van het geplaatste kapitaal bezit in een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. Ook is er sprake van een aanmerkelijk

⁴⁸ Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 1.

⁴⁹ Kamerstukken II 2009-2010, 32 426, nr. 1.

⁵⁰ Ziektewet, Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen en de Werkloosheidswet.

belang in het geval hij direct of indirect met zijn partner ten minste 5% van de rechten bezit om aandelen te verwerven, ten minste 5% van de winstbewijzen heeft of recht heeft om ten minste 5% van de stemmen uit te brengen. Naast het feit dat het percentage van het geplaatste kapitaal lager is, is de aanmerkelijk belang bepaling ook ruimer dan bij de DGA definitie in de Pensioenwet. Dit komt doordat enkel stemrecht, aandelen zonder het gehele stemrecht, winstbewijzen en rechten voor 5% al genoeg zijn om aangemerkt te worden als aanmerkelijk belanghouder, in tegenstelling tot de Pensioenwet waar de eisen strenger zijn.

Voor de werknemersverzekering wordt het begrip DGA uiteengezet in de Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016.^{51 52} In art. 2, lid 1, onderdeel a Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016 wordt een DGA gedefinieerd als een bestuurder die, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, over een zodanig aantal aandelen beschikt dat hij ingevolge de statuten van de vennootschap zelf over zijn ontslag kan besluiten. Op basis van onderdeel b is dit tevens van toepassing als de bestuurder tezamen met bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, ten minste twee derde van de aandelen bezit en daardoor zelf over zijn ontslag kan besluiten. Er is tevens sprake van een DGA voor de werknemersverzekering als de bestuurder de hiervoor genoemde bevoegdheid heeft binnen de vennootschap door tussenkomst van een of meer rechtspersonen, waarvan hij bestuurder is, al dan niet met elkaar in een groep verbonden, of door tussenkomst van vennootschappen waarvan hij aandelen houdt. Op basis van art. 2, lid 3 Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016 is er ook sprake van een DGA als bestuurders, eventueel door tussenkomst van vennootschappen, alle aandelen van de vennootschap bezitten en deze aandelen in gelijke of nagenoeg gelijke delen zijn verdeeld. Uit het voorgaande blijkt dat er voor de werknemersverzekeringen sprake is van een DGA als hij of zij eventueel met zijn echtgenoot, bloed- of aanverwanten tot in de derde graad over zijn ontslag kan beslissen. De definitie DGA is voor de werknemersverzekeringen strenger dan de definitie van DGA in de Pensioenwet.

Uit het voorgaande is op te maken dat de wetgever ten aanzien van het begrip DGA verschillende definities hanteert. Waarom de wetgever heeft gekozen voor deze verschillende definities is niet duidelijk. Naar mijn mening zal dit liggen aan de verschillende doelen van desbetreffende regelingen. Van den Dool en Heithuis⁵³ bevelen aan om in de Pensioenwet hetzelfde criterium te gebruiken voor DGA als in de werknemersverzekering, waardoor het 10%-belang moet worden opgehoogd naar 50%. Kavelaars⁵⁴ is echter van mening dat het percentage moet worden verlaagd naar een 5%-belang overeenkomstige met het aanmerkelijk belang criterium.

2.5 Pensioenverzekeraar

Door de wetgever is in art. 18, lid 1, onderdeel c Wet LB 1964 opgenomen dat een pensioenregeling moet worden ondergebracht bij een verzekeraar, zoals bedoeld in art. 19a, lid 1 Wet LB 1964. In art. 19a Wet LB 1964 is limitatief opgesomd welke rechtspersonen zijn toegelaten als pensioenverzekeraars. Hierbij is het van belang dat voor de definitie van een pensioen wordt gekeken naar art. 18 Wet LB 1964. Als er namelijk geen sprake is van een pensioen op basis van art. 18 Wet LB 1964 dan is art. 19a

⁵¹ Voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Ziektewet, artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Werkloosheidswet en artikel 3:17, eerste lid, onderdeel b, onder 5°, van de Wet arbeid en zorg.

⁵² Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juli 2015, 2015-0000160660, tot Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016.

⁵³ R.P. van den Dool en E.J.W. Heithuis, De fiscale positie van de DGA (Fiscaal Actueel), Deventer: Kluwer, 2009, p. 112-114.

⁵⁴ P. Kavelaars, De dga in de loonbelasting-, de sociale verzekerings-, de pensioen- en de internationale sfeer, TFO 2009/65, par. 4.

Wet LB 1964 ook niet van toepassing, tenzij er in de wet- of regelgeving een uitzondering op is gemaakt.⁵⁵ Verder is het van belang dat een pensioen wordt ondergebracht bij een 'pensioenverzekeraar', omdat de aanspraak anders niet kwalificeert als fiscaal gekwalificeerde pensioenaanspraak. Dit heeft tot gevolg dat de pensioenaanspraak niet is vrijgesteld, maar direct wordt betrokken in de heffing van de Wet LB 1964. Door de toepassing van Pensioenwet dienen pensioenen te worden ondergebracht buiten de onderneming, omdat dit voorkomt dat bij financiële problemen of een faillissement de pensioenaanspraken verloren kunnen gaan.⁵⁶

Op basis van art. 19a Wet LB 1964 kunnen als verzekeraar van pensioen optreden:

- een pensioenfonds dat is vrijgesteld op basis van art. 5, lid 1, onderdeel b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969) of dat een algemeen pensioenfonds als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet is;
- een professionele verzekeraar als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft);
- een buitenlands pensioenfonds of levensverzekeringsbedrijf bij het voorzetten van het pensioen na immigratie;
- een eigenbeheerlichaam;
- een elders in de EU of in een aangewezen lidstaat van de EER gevestigd eigenbeheerlichaam;
- een aangewezen pensioenfonds of lichaam dat bevoegd het verzekeringsbedrijf uitoefent en voldoet aan de inlichtingenplicht en zekerheidsstelling; en
- een premiepensioeninstellingen.

2.5.1 Eigenbeheerlichaam

In art. 19a, lid 1, onderdeel d en e en lid 2 Wet LB 1964 wordt een eigenbeheerlichaam aangemerkt als een toegestane pensioenverzekeraar, indien er sprake is van een pensioenovereenkomst van een DGA, zoals gedefinieerd in art. 1 PW. De eigenbeheerlichamen vormen een uitzondering op de voorwaarde dat volgens de Pensioenwet een pensioen in beginsel extern moet worden ondergebracht bij een professionele beheerder. Als de opbouw van pensioen in eigen beheer is toegestaan, is dit zowel mogelijk binnen de eigen onderneming als bij een eigen pensioenlichaam. In het geval dat de pensioenverplichting bij een andere entiteit wordt opgebouwd, dan waarvan de DGA werknemer is, wordt er een overeenkomst gesloten tussen beide lichamen. In de overeenkomst dient schriftelijk te worden vastgelegd op welke wijze de premiebetaling aan de uitvoerende entiteit van het pensioen van de DGA plaatsvindt.⁵⁷ In eigen beheer kan zowel het ouderdomspensioen, het nabestaandepensioen als het arbeidsongeschiktheidspensioen worden gehouden.⁵⁸

2.5.2 Binnenlands ondernemingsvermogen

In art. 19a, lid 1, onderdeel d Wet LB 1964 wordt een drietal aanvullende eisen gesteld aan de opbouw van pensioen in eigen beheer. Ten eerste wordt geëist dat de pensioenverzekeraar in Nederland is gevestigd en daarnaast dat de pensioenverplichting tot het ondernemingsvermogen wordt gerekend. Daarnaast moet op basis van art. 19a, lid 1, onderdeel d Wet LB 1964 juncto art. 19a, lid 2 Wet LB 1964 sprake zijn van een DGA als omschreven in art. 1 PW waarmee de verzekeraar van het pensioen een pensioenovereenkomst heeft gesloten. Uit de concept memorie van toelichting blijkt dat de voorwaarde

⁵⁵ R.E.H.M. Bremmers, Commentaar Artikel 19a Wet LB 1964 Verzekeraar van pensioen, NDFR, 2016, par. 1.

⁵⁶ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars en B.F. Schuver, Inkomstenbelasting, Deventer: Kluwer, 2012, p. 320.

⁵⁷ Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, par. A3.1.

⁵⁸ B. Dieleman, Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen, Rotterdam: proefschrift Erasmus Universiteit Rotterdam, 2012, p. 28.

om de pensioenverplichting tot het binnenlandse ondernemingsvermogen te rekenen wordt gesteld om te voorkomen dat de fiscale claim over de uitkeringen door het overbrengen van de verplichting naar het buitenland verloren gaat.⁵⁹ Door het stellen van deze voorwaarde kan fiscale coherentie worden gewaarborgd. Deze coherentie ontstaat doordat uitstel van belastingheffing in Nederland bij de opbouw staat tegenover de belastingheffing in Nederland bij de latere pensioenuitkering.⁶⁰ Zoals Bremmers⁶¹ aangeeft passen deze vereisten bij de strekking van art. 19a Wet LB 1964, omdat de fiscale claim van de overheid door dit vereiste moet worden behouden.

2.5.3 Extra voorwaarden eigen beheer

Op basis van art. 18h Wet LB 1964 mogen eigenbeheerlichamen als pensioenverzekeraar optreden, zoals bedoeld in art. 19a, lid 1, onderdelen d of e Wet LB 1964, als zij voldoen aan art. 18 tot en met art. 18ga Wet LB 1964 en als het pensioen niet uitgaat boven hetgeen in collectieve regelingen gangbaar is. Het opbouwen van pensioen in eigen beheer moet dus aan extra voorwaarden voldoen. Op basis van art. 18h, lid 2 Wet LB 1964 kan dit bij algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld wat collectief gangbaar is volgens lid 1. Doordat de DGA een dubbelrol heeft binnen de onderneming van zowel werknemer als bestuurder is gekozen voor de voorwaarde van collectief gangbaar om deze dubbelrol te neutraliseren.⁶² Omdat het pensioen een arbeidsbeloning is, kan de DGA zelf bepalen of de beloning in verhouding staat tot zijn arbeidsprestaties, waardoor de vraag kan worden gesteld of deze beloning een zakelijke is. Verder heeft de DGA nog de afweging om zijn vergoeding via loon of via dividend uit te keren. Gezien het feit dat loon aftrekbaar is bij de onderneming en belast is in box 1 bij de DGA en winstuitdeling niet aftrekbaar is en belast is in de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting in box 2, heeft de DGA nog een afweging te maken tussen beide uitkeringsmogelijkheden, waardoor zijn loon eventueel ‘onbruikbaar’ kan zijn.⁶³ In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat de gangbaarheidseis er feitelijk voor zorgt dat er een gelijke behandeling plaatsvindt tussen de pensioenopbouw in eigen beheer en een collectieve of individuele pensioenregelingen bij een professionele beheerder.⁶⁴ Deze vergelijkbaarheid ontstaat doordat er voor beide een gelijke ruimte wordt geboden voor pensioenopbouw.⁶⁵

In art. 10c Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 (hierna: Uitvoeringsbesluit LB 1965) wordt de delegatiebepaling van art. 18h, lid 2 verder uitgewerkt. Hierin is een aantal bepalingen opgenomen ten aanzien van het loon van de DGA:

- loonbestanddelen in natura worden niet tot het pensioengevend loon gerekend;
- de eigen bijdrage pensioenpremie van de DGA-werknemer mag niet meer zijn dan 50% van de totale bijdrage;
- in een pensioenregeling in eigen beheer dient de uitkering ingevolge de Algemene Ouderdomswet te worden ingebouwd en deze zal per dienstjaar ten minste moeten worden gesteld op een geldende uitkering aan een ongehuwd persoon;

⁵⁹ Concept-Mvt: Brede Herwaardering, Artikelsgewijze toelichting onderdeel Q.6: Persoon verzekeraar, V-N 1987/1566.

⁶⁰ R.E.H.M. Bremmers, Commentaar Artikel 19a Wet LB 1964 Verzekeraar van pensioen, NDFR, 2016, par 3.

⁶¹ R.E.H.M. Bremmers, Commentaar Artikel 19a Wet LB 1964 Verzekeraar van pensioen, NDFR, 2016, par.3.

⁶² R.E.H.M. Bremmers, Commentaar Artikel 18h Wet LB 1964 Pensioen directeur-grotaandeelhouder (dga), NDFR, 2016, par. 2.

⁶³ Loon belast in box 1 tegen maximaal 52%. Winstdeling belast in de vennootschapsbelasting tot €200.000: 20%, boven de €200.000: 25% en voor 25% in box 2 van de inkomstenbelasting over de uitkering na belasting.

⁶⁴ Kamerstukken II 1998-1999, 26 020, nr. 6, p. 9-32.

⁶⁵ Kamerstukken II 1998-1999 26 020, nr. 104b, p. 12.

- als er geen partner of wees kan worden aangewezen op basis van art. 18b Wet LB 1964 zal de pensioenregeling geen wezenpensioenen omvatten; en
- als een overbruggingspensioen dient ter overbrugging van een uitkering ingevolge de Algemene Ouderdomswet is afgestemd op grond van art. 18a, lid 8 Wet LB 1964, dient deze in de pensioenregeling te worden opgenomen.

Verder dient bij de voorwaarde dat het loon collectief gangbaar is nog rekening te worden gehouden met het gebruikelijk loon van de DGA op basis van art. 12a Wet LB 1964. Het loon van een aanmerkelijk belanghouder of zijn partner moet namelijk ten minste worden gesteld op het hoogste van de volgende bedragen:

- 75% van het loon uit de meest vergelijkbare dienstbetrekking;
- het hoogste loon van de andere werknemers van het lichaam of met het lichaam verbonden vennootschappen;
- € 44.000.

Door deze bepaling zal het loon van de DGA in beginsel minimaal €44.000 per dienstjaar moeten bedragen. Dit zorgt ervoor dat de DGA gebonden is aan een aantal regels ten aanzien van zijn pensioengevend loon. Op basis van art. 12a, lid 2 Wet LB 1964 kan de inhoudingsplichtige aannemelijk maken dat een lager loon in aanmerking moet worden genomen dan in art. 12a, lid 1 Wet LB 1964. Als de inhoudingsplichtige aannemelijk maakt dat het loon uit de meest vergelijkbare dienstbetrekking lager is dan € 44.000 wordt het gebruikelijk loon gesteld op het lagere loon. Indien aannemelijk wordt gemaakt dat het voorgaande leidt tot een loon boven € 44.000, maar onder het hoogste loon van de andere werknemers van het lichaam of met het lichaam verbonden vennootschappen, wordt het gebruikelijk loon gesteld op 75% van het loon uit de meest vergelijkbare dienstbetrekking. Door het in aanmerking nemen van het gebruikelijk loon van de DGA zijn de opties van de DGA om zijn loon lager dan 'gebruikelijk' te bepalen ingeperkt.

2.5.3.1 Loonbestanddelen in natura

In art. 10c, onderdeel a Uitvoeringsbesluit LB 1965 is opgenomen dat loon in natura niet wordt gerekend tot het pensioengevend loon. Dit is gerechtvaardigd doordat dit in collectieve pensioenregelingen niet of nauwelijks.⁶⁶ Dit geldt tevens voor een ter beschikking gestelde auto van de zaak.⁶⁷

2.5.3.2 Eigen bedrage

In art. 10c, onderdeel b Uitvoeringsbesluit LB 1965 is opgenomen dat bij de verdeling van de werknemers- en werkgeversbijdrage, de eigen bijdrage van de werknemer mag niet meer bedragen dan 50% van de totale bijdrage. Met deze bepaling wil de wetgever voorkomen dat er kunstmatige constructies worden aangegaan om een kunstmatige verhoging van pensioen te bewerkstelligen.⁶⁸ Hiermee wordt geprobeerd te voorkomen dat de pensioenregeling uitgaat boven hetgeen gebruikelijk is. In het besluit van 6 november 2015 is opgenomen welke kosten in aanmerking mogen worden genomen bij het vaststellen van de pensioenbijdrage in eigen beheer.⁶⁹ Hierbij gaat het voor een deel om bedrijfseconomische kosten van de pensioenregeling, waarbij voor de vaststelling de fiscale waarderingsvoorschriften in de winstfeer van de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting geen

⁶⁶ R.E.H.M. Bremmers, NDFR commentaar Artikel 18h Wet LB 1964 Pensioen directeur-grotaandeelhouder (dga), 2016, par. 5.

⁶⁷ Art. 10b Uitvoeringsbesluit LB 1965.

⁶⁸ R.E.H.M. Bremmers, NDFR commentaar Artikel 18h Wet LB 1964 Pensioen directeur-grotaandeelhouder (dga), 2016, par. 3.

⁶⁹ Besluit van 6 november 2015, nr. DB2015/830M.

rol spelen. Hierbij is sprake van twee categorieën: De kosten die samenhangen met de door de werknemer verrichte arbeid (die de werkgever maakt in zijn hoedanigheid als werkgever) en kosten die voortvloeien uit het in eigen beheer houden van pensioen (de kosten die de werkgever maakt als verzekeraar van het pensioen). De kosten die de werkgever maakt als verzekeraar van het pensioen (bijvoorbeeld voor de actuariële oprenting van het opgebouwde pensioen) behoren niet tot de pensioenbijdrage, als bedoeld art. 10c, onderdeel b Uitvoeringsbesluit LB 1965. De reden hiervoor is dat professionele beheerders deze kosten dragen bij een reguliere pensioenregeling. Daarentegen zijn de eerst genoemde kosten wel relevant voor de pensioenbijdrage in eigen beheer.

2.5.3.3 Inbouw van Algemene Ouderdomswet (AOW)

In art. 10c, onderdeel c Uitvoeringsbesluit LB 1965 is opgenomen dat bij pensioen in eigen beheer rekening moet worden gehouden met de in te bouwen uitkeringen. Hierdoor dient per dienstjaar rekening te worden gehouden met de uitkering volgens de Algemene Ouderdomswet van ten minste een ongehuwd persoon. Door deze regelgeving is in veel pensioenregelingen een drempelbedrag opgenomen, waarover geen pensioenopbouw plaatsvindt. Deze franchise is in veel gevallen afgeleid van de hoogte van de uitkering op basis van de Algemene Ouderdomswet.^{70 71} Bij collectieve regelingen mag daarentegen wel gebruik gemaakt worden van de uitkering volgens de Algemene Ouderdomswet voor gehuwden, waardoor de pensioengrondslag wordt verhoogd. Dit is volgens de wetgever te verdedigen, omdat bij collectieve pensioenregelingen vaak een bedrag wordt gebruikt gebaseerd op de ongehuwde Algemene Ouderdomswet uitkering of zelfs hoger.⁷² In 2010 was bij de Rechtbank Den Haag in geschil of de pensioenregeling uitgaat boven hetgeen in collectieve regelingen gangbaar is en in het bijzonder of de franchise moet worden gesteld op de AOW uitkering van gehuwde of ongehuwde personen.⁷³ De rechtbank oordeelde dat aan alle voorwaarden moet worden getoetst of een regeling gangbaar is. Dit ondanks het feit dat één van de voorwaarden op zichzelf bezien niet meer gangbaar is. Hierbij stelde de rechtbank de inspecteur in het gelijk en oordeelde dat het toepassen van de franchise voor ongehuwde personen (hoge franchise) er niet voor zorgt dat de pensioenregeling niet gangbaar is. Hierdoor ging de Rechtbank niet meer in op de stelling van de belastingplichtige dat artikel 10c, onderdeel c Uitvoeringsbesluit LB 1965 onverbindend moet worden verklaard. Hof Den Haag heeft deze uitspraak bevestigd.⁷⁴

2.5.3.4 Nabestaandenpensioen

In art. 10c, onderdeel d Uitvoeringsbesluit LB 1965 is opgenomen dat in de situatie dat de werknemer geen mogelijke partner of wees kan aanwijzen waarop art. 18b Wet LB 1964 respectievelijk art. 18c Wet LB 1964 betrekking heeft, dat de in eigen beheer gehouden regeling geen partnerpensioen of wezenpensioen mag omvatten. Als de DGA op een later moment kinderen of een partner krijgt, heeft hij de mogelijkheid om met terugwerkende kracht alsnog partner- of wezenpensioen op te bouwen, waarmee fiscaal rekening wordt gehouden. Hof Amsterdam heeft in 2012 geoordeeld dat een weduwenpensioen in eigen beheer vrijvalt als de partner van de DGA overlijdt, omdat dan op de vennootschap geen verplichting (meer) rust tot het betalen van een weduwenpensioen. Dit heeft tot gevolg dat het opgebouwde recht op het weduwenpensioen ten gunste van de winst vrijvalt.⁷⁵ Het beroep van de

⁷⁰ R.E.H.M. Bremmers, NDFR commentaar Artikel 18h Wet LB 1964 Pensioen directeur-groootaandeelhouder (dga), 2016, par. 4.

⁷¹ De minimale dga-franchise bij een bedraagt in 2016 voor het eindloonstelsel € 21.441 (AOW-uitkering*100/66,28) en voor het middelloonstelsel € 18.948 (AOW-uitkering*100/75).

⁷² R.E.H.M. Bremmers, NDFR commentaar Artikel 18h Wet LB 1964 Pensioen directeur-groootaandeelhouder (dga), 2016, par. 4.

⁷³ Rechtbank Den Haag 12 mei 2010, nr. 09/4415 LB, LJN: BM7647.

⁷⁴ Hof Den Haag 6 juli 2011, nr. 10/00298, NTFR 2011/1819.

⁷⁵ Hof Amsterdam 20 september 2012, nr. 11/00398, V-N 2013/2.13.

belanghebbende op het gelijkheidsbeginsel, waardoor de pensioenregeling in eigen beheer op het punt van het partnerpensioen niet anders mag worden behandeld dan pensioenregeling in collectieve regeling, is door het Hof niet gevolgd, omdat geen sprake is van gelijke gevallen.

2.5.3.5 Overbruggingspensioen

In art. 10c, onderdeel e Uitvoeringsbesluit LB 1965 is opgenomen dat het in een eigenbeheersituatie verplicht is om het overbruggingspensioen op te nemen in de pensioenregeling voor zover het dient ter overbrugging van een uitkering ingevolge de Algemene Ouderdomswet, op grond van art. 18a, lid 8 Wet LB 1964.

2.5.4 Soorten pensioenopbouw

Net als gewone werknemers hebben DGA's drie methodes op basis waarvan het pensioen kan worden opgebouwd: het eindloonstelsel, het middelloonstelsel en het beschikbare premiestelsel.⁷⁶ De gekozen vorm van pensioenopbouw is opgenomen in de pensioenbrief van de DGA. Gezien het feit dat de soorten pensioenstelsels andere opbouwnormen hebben, is voor elke methode een ander opbouwpercentage opgenomen van het pensioengevend loon waarop het ouderdompensioen is gebaseerd. Bij de invoering van de wetvoorstellen ten aanzien van het nieuwe Witteveenkader 2015 op 1 januari 2015, is een aantal wijzigingen doorgevoerd ten aanzien van de opbouwpercentages en de maximering van het pensioengevend loon.⁷⁷ Door de toepassing van art. 18ga Wet LB 1964 is een maximum van € 101.519 gesteld aan het pensioengevend loon in 2016. Boven dit bedrag is het volgens de wetgever dan ook niet nodig om fiscaal gefaciliteerd pensioen op te kunnen bouwen.⁷⁸ Hieronder worden de verschillende opbouwstelsels uiteengezet.

2.5.4.1 Eindloonstelsel (defined benefit)

Bij de pensioenopbouw op basis van het eindloonstelsel wordt de pensioenomvang bepaald op basis van een percentage van het laatstverdiende pensioengevend loon op de pensioengerechtigde leeftijd. Bij dit stelsel zal tijdens de opbouwfase het opbouwbedrag worden bepaald op basis van het verdiende loon in het desbetreffende jaar. Gezien het feit dat de uitkering wordt bepaald op basis van het laatstverdiende pensioengevend loon voor de pensioengevende leeftijd kan de betaalbaarheid van het eindloonstelsel een kwetsbaar punt zijn bij grote loonstijgingen van de pensioengerechtigde. Dit probleem ontstaat, doordat het opgebouwde bedrag in die situatie niet afdoende is om aan de pensioenverplichting te voldoen. Hierdoor kan het pensioen in eigen beheer bij een grote salarisstijging veel kosten voor het lichaam⁷⁹ met zich meebrengen. De lasten door de salarisstijging worden wel back-service lasten genoemd, omdat deze lasten zien op een pensioenverhoging die het gevolg is van een salarisstijging, waarbij lasten moeten worden toegerekend aan de al verstreken dienstjaren. Deze back-service lasten leveren dan ook de eerder beschreven financieringsachterstanden op. Als deze loonstijgingen zich bij het eindloonstelsel voordoen in de laatste vijf jaar voor de ingangsdatum van het pensioen worden ze gemaximeerd op basis van art. 10b Uitvoeringsbesluit LB 1965. Dit maximum is vastgesteld op 2 percent boven de gemiddelde loonindex voor cao-lonen per maand, inclusief bijzondere beloningen. Het opbouwpercentage van het eindloonstelsel voor het ouderdompensioen bedraagt 1,657 percent van het

⁷⁶ Art. 18a, leden 1,2 en 3 Wet LB 1964, art. 18b, leden 1,2 en 3 Wet LB 1964 en art. 18c, leden 1,2 en 3 Wet LB 1964.

⁷⁷ Kamerstukken II 2012-2013, 33 610, nr. 2 en Kamerstukken II 2013-2014, 33 847, nr. 2.

⁷⁸ Kamerstukken II 2012-2013, 33 610, nr. 4, p. 13-15.

⁷⁹ Doordat pensioen in eigen beheer in veel gevallen wordt opgebouwd bij een BV zal ik het vervolg van deze scriptie de BV worden gebruikt in plaats van het lichaam.

pensioengevend loon.⁸⁰ Het opbouwpercentage voor het partnerpensioen en het wezenpensioen bedragen respectievelijk 1,160 percent en 0,232 percent van het pensioengevend loon.⁸¹

2.5.4.2 Middelloonstelsel (defined benefit)

Bij de tweede vorm van pensioenopbouw, het middelloonstelsel wordt voor elke dienstjaar een pensioenrecht toegekend op basis van pensioengevend loon in het desbetreffende jaar. In tegenstelling tot het eindloonstelsel hebben salarisstijgingen geen invloed op de pensioenopbouw uit eerdere jaren. Er kunnen bij dit stelsel dus geen back-service lasten ontstaan. Doordat latere stijgingen niet worden meegenomen in de al verstreken jaren kan het middelloonstelsel uiteindelijk een lagere uitkering hebben bij hetzelfde opbouwpercentage als het eindloonstelsel. Om dit te compenseren heeft het middelloonstelsel een hoger opbouwpercentage dan het eindloonstelsel. De pensioenopbouw van het ouderdompensioen bij het middelloonstelsel is 1,875 percent van het pensioengevend loon.⁸² Het opbouwpercentage voor het partnerpensioen en het wezenpensioen bij het middelloonstelsel bedragen respectievelijk 1,313 percent en 0,263 percent van het pensioengevend loon.⁸³ Het opbouwpercentage voor het ouderdompensioen van 1,875 percent per dienstjaar leidt na 40 dienstjaren tot een pensioennorm van 75% van het gemiddelde loon.⁸⁴

2.5.4.3 Beschikbare premiestelsel (defined contribution)

Bij de derde vorm van pensioenopbouw, het beschikbare premiestelsel wordt niet een omvang van een pensioen toegezegd, maar wordt door een werkgever een premiepercentage ter beschikking gesteld op basis van het pensioengevend loon. Bij dit stelsel komen in tegenstelling tot de andere stelsels, de beleggingsresultaten voor rekening en risico van de gerechtigde tot het pensioen. De premie die wordt toegezegd, is erop gericht om na 40 opbouwjaren maximaal 75% van het gemiddelde pensioengevend loon te bereiken.⁸⁵ Op de pensioendatum moet de pensioengerechtigde zelf een levenslang pensioen aankopen door middel van het aan hem beschikbaar gestelde pensioenkapitaal.

Het opgebouwde ouderdompensioen moet voorzien in een levenslange inkomensvoorziening bij ouderdom, in beginsel vanaf de pensioneringsdatum tot het moment van overlijden. In art. 18a, lid 4 Wet LB 1964 is limitatief opgesomd wanneer een pensioen uiterlijk moet ingaan. Daarnaast kan op basis van art. 18a, lid 4, onderdeel c, ten 5^e Wet LB 1964 de ingangsdatum niet later zijn dan 5 jaar na de pensioengerechtigde leeftijd. Door het eerder of later laten ingaan van een pensioen zal de pensioenregeling moeten worden aangepast met inachtneming van de actuariële grondslagen tot de pensioengerechtigde leeftijd.⁸⁶ Echter, mag het pensioen op basis van art. 18a, lid 7 Wet LB 1964 niet uitgaan boven 100 percent van het pensioengevend loon op het tijdstip van ingang. Indien voorafgaand aan de ingangsdatum van het pensioen de 100 percent grens wordt overschreden, moet op basis van art. 18a, lid 9, tweede volzin Wet LB 1964 het meerdere ineens worden uitgekeerd en wordt dit belast als loon uit tegenwoordige dienstbetrekking. De actuariële herrekening wordt gedaan op basis van sterftetabellen en met inachtneming van een rekenrente van 4%.⁸⁷ Op basis van het staffelbesluit 2015⁸⁸

⁸⁰ Art. 18a, lid 1 Wet LB 1964.

⁸¹ Art. 18b, lid 1 Wet LB 1964 en art. 18c, lid 1 Wet LB 1964.

⁸² Art. 18a, lid 2 Wet LB 1964.

⁸³ Art. 18b, lid 2 Wet LB en art. 18c, lid 2 Wet LB 1964.

⁸⁴ B.G.J. Schuurman, Pensioen in de loonsfeer, Deventer: Kluwer, 2015, p. 71.

⁸⁵ Art. 18a, lid 3 Wet LB 1964.

⁸⁶ Art. 18a, lid 5 en 6 Wet LB 1964.

⁸⁷ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars en B.F. Schuver, Inkomstenbelasting, Deventer: Kluwer, 2012, p. 312.

⁸⁸ Besluit van 17 december 2014, nr. BLKB2014/2132M, par. 6.

is onder voorwaarden het toepassen van een rekenrente van 3% tevens mogelijk. De 100 percent grens mag bij de vervroegde ingangsdatum van het pensioen niet actuariael worden herrekend.⁸⁹

2.5.5 Aanpassing AOW-leeftijd

In art. 18a, lid 6 Wet LB 1964 wordt een koppeling gemaakt tussen de pensioenrichtleeftijd en de AOW-leeftijd uit art. 7 en 7a AOW. Op 21 juni 2012 is de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd door de Tweede Kamer aangenomen, waardoor de AOW-leeftijd ieder jaar stapsgewijs wordt verhoogd.⁹⁰ Deze wetwijziging zorgt ervoor dat de AOW-leeftijd van 65 jaar naar 66 jaar gaat in 2019 en vervolgens naar 67 jaar gaat in 2023, waarna de AOW-leeftijd gekoppeld wordt aan de levensverwachting. De per 1 januari 2013 in werking getreden wet zorgt tevens voor het veranderen van fiscale regels ten aanzien van het aanvullend pensioen. De wijziging van de AOW-leeftijd zorgt er verder voor dat de opbouwpercentages naar beneden zijn bijgesteld.⁹¹ Echter, blijven de reeds opgebouwde pensioenrechten in tact.

Op basis van het regeerakkoord van Rutte II in 2014 is besloten om de hierboven beschreven verhoging van de AOW-leeftijd te versnellen. Door deze wijziging gaat de AOW-leeftijd vanaf 2016 versneld stapsgewijs omhoog van 66 in 2018 en 67 in 2021, waarna in 2022 de pensioenleeftijd wordt gekoppeld aan de levensverwachting. De reden voor de versnelde verhoging was de druk op het pensioensysteem, door de hogere levensverwachting van mensen en de economische crisis. Door deze maatregel zou de AOW betaalbaar moeten blijven en blijft het mogelijk om iedereen te voorzien in een basisvoorziening.⁹² Dit wetsvoorstel is per 1 januari 2016 ingevoerd.

2.6 Waardering van pensioenverplichtingen in eigen beheer

2.6.1 Opbouwstelsels

Voor de invoering van de art. 9a en 9b Wet IB 1964 (de voorganger van art. 3.29 Wet IB 2001), werden pensioenverplichtingen fiscaal gewaardeerd op basis van goed koopmansgebruik. Hierbij zijn drie dekkingsstelsels ontwikkeld:⁹³

- het omslagstelsel;
- het rentedekkingsstelsel; en
- het kapitaaldekkingsstelsel.

Door de invoering van art. 9b Wet IB 1964 werd alleen het kapitaaldekkingsstelsel nog toegestaan. Hieronder zullen de verschillende dekkingsstelsels verder worden toegelicht.

2.6.2 Omslagstelsel

Bij de toepassing van het omslagstelsel drukken de kosten van de pensioenuitkeringen op de verzekeraar op het moment dat de uitkering van het pensioen plaatsvindt. Voor de fiscale waardering wordt de pensioenverplichting dan ook genegeerd, waardoor niet aan waardering wordt toegekomen.⁹⁴ De kosten worden daarnaast niet toegerekend aan jaren in de opbouwfase. Dit betekent dat pas op het moment van uitkering er lasten in mindering worden gebracht op het resultaat. Ten aanzien van deze opbouwmethode

⁸⁹ Vakstudie Loonbelasting en Premieheffingen, art. 18a Wet LB 1964, aant. 11.2 en Vraag & Antwoord 08-053 d.d. 171215, te vinden op http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_08-053_v151217.htm.

⁹⁰ Kamerstukken II 2011-2012, 33 290, nr. 3, p. 4-7 (MvT).

⁹¹ Kamerstukken II 2012-2013, 33 610, nr. 3, p. 6 (MvT) en Kamerstukken II 2013-2014, 33 847, nr. 3 (MvT).

⁹² Kamerstukken II 2014/2015, 34 083, nr. 3 (MvT).

⁹³ A. van den Dungen-Maltha, Commentaar artikel 3.29 Wet IB 2001 Waardering pensioenverplichtingen en soortgelijke verplichtingen, NDFR, 2016, par 2.2.

⁹⁴ L.G.M. Stevens, Pensioen in de winstsfeer, Deventer: Kluwer, 2010, p. 100-101.

oordeelde de Hoge Raad meerdere malen dat dit in overeenstemming was met goed koopmansgebruik.⁹⁵ Het is echter de vraag of dit nog steeds zo is na het comingbackservice-arrest⁹⁶, omdat daar is overwogen dat pensioenkosten een arbeidsbeloning zijn voor het jaar waarin de arbeid wordt verricht. Op basis van het realiteitsbeginsel zullen de kosten dan aan dat jaar moeten worden toegerekend.⁹⁷ Echter, worden de kosten bij het omslagstelsel niet toegerekend aan jaren waarin de arbeid is verricht waardoor het omslagstelsel in strijd is met het realiteitsbeginsel. De invoering van art. 9b Wet IB 1964 op 1 januari 1995 zorgt ervoor dat het omslagstelsel niet meer kan worden toegepast, omdat daarna alleen de actuariële methode nog mocht worden toegepast. Essers⁹⁸ geeft in Cursus Belastingrecht aan dat dit stelsel bij een pensioenverplichting in eigen beheer nauwelijks werd toegepast.

2.6.3 Rentedekkingsstelsel

Bij het rentedekkingsstelsel drukken, net als bij het omslagstelsel, de kosten pas op de onderneming als de uitkering plaatsvindt. Echter, worden bij deze methode de geschatte lasten contant gemaakt en gepassiveerd, waardoor dit kan worden gezien als een vorm tussen het omslagstelsel en het kapitaaldeckingsstelsel. Door de invoering van art. 9b Wet IB 1964 kon het rentedekkingsstelsel vanaf 1 januari 1995 niet meer worden toegepast, omdat alleen de actuariële methode nog mocht worden toegepast. Volgens Essers⁹⁹ is de toepassing van het rentedekkingsstelsel bij een pensioenverplichting in eigen beheer ongebruikelijk.

2.6.4 Kapitaaldeckingsstelsel

Bij het kapitaaldeckingsstelsel worden de kosten toegerekend aan het jaar waar ze betrekking op hebben en vindt passivering van de pensioenverplichting plaats. De toepassing van het kapitaaldeckingsstelsel heeft als doel om op de ingangsdatum van het pensioen afdoende doelvermogen op te hebben gebouwd. Dit betekent dan ook dat de pensioenverplichting op de balans tot uitdrukking komt.

Het doelvermogen kan worden omschreven als het bedrag dat aanwezig moet zijn op de ingangsdatum van het pensioen om aan de pensioenverplichting te kunnen voldoen.¹⁰⁰ Het doelvermogen wordt bepaald aan de hand van het pensioengevend loon en het aantal dienstjaren van een werknemer. De pensioenuitkeringen in de toekomst moeten hierbij contant worden gemaakt, waarbij rekening wordt gehouden met de sterftekans.

Er zijn drie verschillende methoden binnen het kapitaaldeckingsstelsel, te weten:

- de lineaire methode;
- de interestopbouwmethode; en
- de actuariële methode.

2.6.4.1 Lineaire methode

Bij de lineaire methode wordt het doelvermogen lineair opgebouwd. Het opbouwbedrag wordt bepaald aan de hand van het aantal dienstjaren tot uitkering met inachtneming van het te bereiken doelvermogen.

⁹⁵ HR 8 april 1953, nr. 11 257, BNB 1953/146, HR 24 april 1957, nr. 13 145, BNB 1957/207 en HR 29 januari 1969, nr. 16 064, BNB 1969/80.

⁹⁶ HR 08 december 1971, nr. 16/610, BNB 1972/26.

⁹⁷ A. van den Dungen-Maltha, Commentaar artikel 3.29 Wet IB 2001 Waardering pensioenverplichtingen en soortgelijke verplichtingen, NDFR, 2016, par. 2.2.

⁹⁸ P.H.J. Essers, Cursus Belastingrecht, IB.3.2.21.D.b Op welke wijze kan met de verplichtingen rekening worden gehouden?, Deventer: Kluwer, 2016.

⁹⁹ P.H.J. Essers, Cursus Belastingrecht, IB.3.2.21.D.b Op welke wijze kan met de verplichtingen rekening worden gehouden?, Deventer: Kluwer, 2016.

¹⁰⁰ L.G.M. Stevens, Pensioen in de winstfeer, Deventer: Kluwer, 2010, p. 104.

Er wordt bij de lineaire methode geen rekening gehouden met interest waardoor deze methode niet in overstemming is met het realiteitsbeginsel. De Hoge Raad besliste echter op basis van het eenvoudighedsbeginsel dat de methode wel in overeenstemming is met goed koopmansgebruik als het gaat om een pensioenverplichting voor één of enkele gerechtigden.¹⁰¹ Echter, door de wetwijziging van 1 januari 1995 is de lineaire methode niet meer toegestaan. Op basis van het overgangsrecht mogen opgebouwde voorzieningen volgens de lineaire methode blijven bestaan tot de actuariële voorziening hoger uitkomt.¹⁰²

2.6.4.2 Interestopbouwmethode

Bij de interestopbouwmethode wordt in tegenstelling tot de lineaire methode wel rekening gehouden met interest. Bij deze methode wordt aan elk jaar een evenredig deel van het doelvermogen toegerekend en contant gemaakt. Door de toepassing van de interestopbouwmethode is de opbouwlast in het eerste jaar lager dan in het laatste jaar. Dit brengt met zich mee dat het opbouwbedrag over het algemeen meegroeit met het salaris. Door de wetwijziging van 1 januari 1995 is deze methode eveneens niet meer mogelijk.

2.6.4.3 Actuariële methode

Met ingang van 1 januari 1995 is dit de enige methode die is toegestaan. In de huidige wetgeving is de actuariële methode vastgelegd in art. 3.29 Wet IB 2001.¹⁰³ Deze methode zal hieronder verder beschreven worden.

2.6.4.4 Rekenrente

Een onderneming moet de omvang zijn pensioenverplichting in eigen beheer in beginsel waarden op de fiscale balans op basis van goed koopmansgebruik.¹⁰⁴ In art. 3.29 Wet IB 2001 is bepaald dat pensioenverplichtingen moeten worden gewaardeerd met inachtneming van de algemeen aanvaarde actuariële grondslagen, waarbij een rekenrente van 4% in aanmerking moet worden genomen. De actuariële rekenkunde, wordt ook wel verzekeringswiskunde genoemd en is door de Hoge Raad in 1959 al verplicht gesteld bij het bepalen van de omvang van het doelvermogen.¹⁰⁵ Door deze regelgeving wordt er een inbreuk gemaakt op het goed koopmansgebruik van art. 3.25 Wet IB 2001. Het uitgangspunt voor de berekening van de pensioenverplichting voor één persoon is de toekomstige levenskans op balansdatum voor degene die gerechtigd is tot het pensioen. Het doelvermogen stijgt dan ook in de loop van de jaren, omdat de kans dat het pensioen daadwerkelijk wordt uitgekeerd toeneemt (risicofactor).¹⁰⁶

Er zijn twee systemen gangbaar bij de actuariële methode: het koopsommensysteem en het premiesysteem. Bij het koopsommensysteem wordt jaarlijks een evenredig deel van het doelvermogen contant gemaakt om jaarlijks toe te voegen aan de pensioenverplichting. Doordat rekening wordt gehouden met de rente en de risicofactor zal naarmate de ingangsdatum van het pensioen dichterbij komt het jaarlijkse bedrag groter worden.¹⁰⁷ Bij het premiesysteem wordt in tegenstelling tot de koopsom methode jaarlijks een vast bedrag aan premie berekend. Nadat het doelvermogen is vastgesteld,

¹⁰¹ HR 7 januari 1970, nr. 16 182, BNB 1970/61, HR 29 april 1970, nr. 16 293, BNB 1970/164 en HR 7 mei 1980, nr. 19 335, BNB 1980/274.

¹⁰² Invoeringswet Wet inkomstenbelasting 2001, hoofdstuk 2, art. I, onderdeel H juncto art. 70a Wet IB 1964.

¹⁰³ Voorheen art. 9b Wet IB 1964.

¹⁰⁴ Art 3.25 Wet IB 2001.

¹⁰⁵ HR 14 januari 1959, nr. 13 808, BNB 1959/74.

¹⁰⁶ L.G.M. Stevens, Pensioen in de winstfeer, Deventer: Kluwer, 2010, p. 124.

¹⁰⁷ L.G.M. Stevens, Pensioen in de winstfeer, Deventer: Kluwer, 2010, p. 125.

wordt het doelvermogen contant gemaakt waarbij rekening wordt gehouden met de sterftekansen. Daarna worden de gelijke jaarlijkse premies berekend.¹⁰⁸

Zoals hiervoor bij het stuk over de lineaire methode is aangegeven heeft de Hoge Raad in een drietal arresten geoordeeld dat een dotatie aan de pensioenvoorziening op basis van de lineaire methode niet in strijd is met goed koopmansgebruik, als het gaat om de pensioenopbouw voor één of enkele werknemers.¹⁰⁹ Door de werking van art. 3.29 Wet IB 2001 kan deze methode niet meer worden toegepast.¹¹⁰ Dit kan worden gezien als een inbreuk op goed koopmansgebruik. Van den Dungen-Maltha¹¹¹ merkt hierbij op dat het aannemelijk is dat de reparatiewetgeving niet zover rijkt dat goed koopmansgebruik geheel buiten toepassing blijft in deze situatie.

Bollen-VandenBoom en Dieleman¹¹² geven aan dat het belangrijkste argument tegen de waardering van pensioen in eigen beheer op basis van de rekenrente van 4% is dat dit ervoor zorgt dat de pensioenvoorziening lager wordt gewaardeerd, dan de waarde in het economisch verkeer. Stevens¹¹³ is van mening dat er daarom weinig bestaansrecht is voor de rekenrente van 4%. Bartel¹¹⁴ geeft aan dat de toepassing van art. 3.29 Wet IB 2001 er mede voor zorgt dat de pensioenverplichting in eigen beheer ontoereikend is om te voldoen aan de toegezegde uitkeringen. Ravenzwaaij¹¹⁵ is van mening dat de rekenrente van 4% voor pensioen in eigen beheer niet aansluit bij de wens van de wetgever om het pensioen in eigen beheer te laten aansluiten bij hetgeen gangbaar is bij elders ondergebrachte pensioenen.

Door de schakelbepaling in art. 8, lid 1 Wet VPB 1969 die aansluit bij de totaalwinst van art. 3.8 Wet IB 2001 is art. 3.29 Wet IB 2001 ook van toepassing op de waarderingen van pensioenverplichtingen van een BV en een NV. In de praktijk wordt het doelvermogen gebruikt voor het bepalen van de omvang van de pensioenverplichting.¹¹⁶ Het doelvermogen is het bedrag dat aanwezig moet zijn op de ingangsdatum van het pensioen om te kunnen voldoen aan de pensioenverplichtingen.

In het arrest van BNB 2000/275¹¹⁷ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de pensioen- en lijfrenteverplichting, net als een langlopende verplichting, op de winstbepalende balans dienen te worden gewaardeerd tegen de geldende marktrente voor langlopende leningen ten tijde van het aangaan van de verplichting. Het kan hier zowel gaan om ingegane als niet-ingegane pensioen- en lijfrenteverplichtingen. Hierbij merkt de Hoge Raad verder op dat bij een daling van de rentestand de verplichting hoger mag worden gewaardeerd en bij een stijging van de rentestand lager mag worden gewaardeerd doch niet lager dan de oorspronkelijke rentestand.

¹⁰⁸ A. van den Dungen-Maltha, Commentaar artikel 3.29 Wet IB 2001 Waardering pensioenverplichtingen en soortgelijke verplichtingen, NDFR, 2016, par 4.2.2.

¹⁰⁹ HR 7 januari 1970, nr. 16 182, BNB 1970/61, HR 29 april 1970, nr. 16 293, BNB 1970/164 en HR 7 mei 1980, nr. 19 335, BNB 1980/274.

¹¹⁰ Hiervoor art. 9b Wet IB 1964.

¹¹¹ A. van den Dungen-Maltha, Commentaar artikel 3.29 Wet IB 2001 Waardering pensioenverplichtingen en soortgelijke verplichtingen, NDFR, 2016, par. 8.

¹¹² A.H.H. Bollen-Vandenboom en B. Dieleman, Fiscale Geschriften 27: Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen, par. 6.4.2.

¹¹³ L.G.M. Stevens, Pensioen in de winstsfeer, Deventer: Kluwer 2010, p. 114- 124.

¹¹⁴ J.C.K.W. Bartel, DGA-pensioenverplichtingen, NTFR 2012/1068.

¹¹⁵ P.M. Ravenzwaaij, Fiscale regelgeving pensioen dga is toe aan grondige revisie, PensioenMagazine 2006/10.

¹¹⁶ A. van den Dungen-Maltha, Commentaar artikel 3.29 Wet IB 2001 Waardering pensioenverplichtingen en soortgelijke verplichtingen, NDFR, 2016, par 1.3.

¹¹⁷ HR 28 juni 2000, nr. 34 169, BNB 2000/275, ro. 3.6.

In het besluit van 3 juli 2008¹¹⁸ is opgenomen hoe de waardering van de waarde in het economische verkeer van pensioenverplichtingen in eigen beheer moet plaatsvinden. In dit besluit is opgenomen dat ‘goed koopmansgebruik eist dat pensioenverplichtingen en andere soortgelijke verplichtingen worden gewaardeerd met gebruikmaking van de geldende marktrente voor langlopende leningen en de gebruikelijke overlevingstafels ten tijde van het aangaan van de verplichtingen’.¹¹⁹ Voor de te gebruiken marktrente wordt verwezen naar het marktrentebesluit.¹²⁰ Na de uitspraak van de Hoge Raad heeft de staatssecretaris het marktrentebesluit¹²¹ gepubliceerd, waarin hij jaarlijks aangeeft welke rentestand gebruikt moet worden bij het contant maken van de renteloze verplichtingen. De staatssecretaris leidt de marktrente in het besluit af van het zogenaamde U-rendement. Dit U-rendement is afgeleid van een pakket Nederlandse staatsobligaties met een resterende looptijd van tussen de twee en vijftien jaar.¹²² Door Kortenbach¹²³ wordt aangegeven dat het marktrentebesluit het karakter heeft van een goedkeuring uit praktische overwegingen ten aanzien van de marktrente. Door de belastingdienst wordt het echter in de praktijk als uitgangspunt gezien voor de commerciële waardering van pensioenverplichtingen.

Daarnaast geeft Kortenbach¹²⁴ nog een tweetal argumenten tegen het referentiekader van de marktrente. Ten eerste dat de gemiddelde looptijd van een pensioenverplichting tussen de 20 en 40 jaar ligt, terwijl voor de maatstaf van de marktrente een gemiddelde looptijd van maximaal 15 jaar wordt genomen. Ten tweede geeft hij aan dat het niet correct is om voor de rekenrente alleen Nederlandse staatsobligaties als uitgangspunt te nemen. Dit gezien het feit dat er volgens hem in de economische realiteit op mondiale schaal meer verbanden bestaan tussen zowel de financiële markten als de economieën. Dit zou een argument kunnen zijn om een bredere groep van langdurende staatsobligaties als basis van het U-rendement te nemen. Doordat Europese staatsobligaties met een looptijd tussen de 20 en 30 jaar met AAA ratings gemiddeld een hogere rente hebben dan het U-rendement, zal het verschil tussen de commerciële en fiscale waardering kleiner worden.¹²⁵ Dieleman¹²⁶ stelt voor om de disconteringsvoet te baseren op het rendement van Europese AAA/AA+-staatsobligaties.

De staatssecretaris heeft in zijn brief van 2 juni 2014¹²⁷ aangegeven dat de belastingdienst voor de waardering van pensioenverplichtingen in de loonsfeer niet uitgaat van het U-rendement. Hij geeft aan dat op basis van art. 13, lid 5 Wet LB 1964 (thans: art. 13, lid 6 Wet LB 1964), dat is gebaseerd op art. 3.12, lid 1 Uitvoeringregels LB 2011, dat de waarde van de pensioenaanspraak in eigen beheer moet worden gesteld op de bedragen die bij een derde zouden moeten worden afgestort. Dit is tevens bevestigd door de Hoge Raad in BNB 2006/278¹²⁸, waar is geoordeeld dat de pensioenverplichting bij overdracht moeten worden gewaardeerd op de zakelijke prijs. Voor het bepalen van deze zakelijke prijs kan de vergelijking worden gemaakt met de koopsom die bij overdracht aan een professionele verzekeraar zou moeten worden betaald bij de overdracht van de pensioenverplichting.¹²⁹ Het is volgens de

¹¹⁸ Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M.

¹¹⁹ Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, par. B.1.1.

¹²⁰ Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, par. B.1.2.

¹²¹ Besluit van 20 december 2000, nr. RTB2000/2726M. Huidige marktrentebesluit: Besluit van 10 december 2015, nr. BLKB2015/1650M.

¹²² <https://www.verzekeraars.nl/verzekeringsbranche/statistieken/Documents/AndereStatistieken/Rendementsmaatstaven/Toelichting%20rendementen.pdf>, per. 05-08-2016.

¹²³ B. Kortenbach, Andere oplossingen voor knelpunten pensioen eigen beheer, WFR 2014/458, par. 2.1.

¹²⁴ B. Kortenbach, Andere oplossingen voor knelpunten pensioen eigen beheer, WFR 2014/458, par. 2.1.

¹²⁵ B. Kortenbach, Andere oplossingen voor knelpunten pensioen eigen beheer, WFR 2014/458, par. 2.1.

¹²⁶ B. Dieleman, Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen (Fiscale Monografieën, nr. 140), Deventer: Kluwer 2012, p. 293-294.

¹²⁷ Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.

¹²⁸ HR 14 april 2006, nr. 41 569, BNB 2006/278.

¹²⁹ HR 24 oktober 2003, nr. 37 856, BNB 2004/112.

staatssecretaris in veel gevallen lastig om te bepalen wat bij een derde, een professionele beheerder, zou moeten worden afgestort, omdat er geen offertes beschikbaar zijn.¹³⁰ Van den Dool¹³¹ geeft tevens aan dat verzekeraars hun rekenrentes niet publiceren. Daarom is er op basis van verzekeringspolissen een rekenmodel ontwikkeld. De staatssecretaris geeft bij het rekenmodel van de 'Benaderde Marktwaarde'¹³² aan dat wordt uitgegaan van het U-rendement met daarbij een opslag van 0,5%. Eventueel kan dit worden aangepast naar aanleiding van het wijzigen van de gehanteerde tarieven van professionele beheerders. Hierdoor zal de rekenrente de professionele beheerders volgen. Dit volgt volgens de staatssecretaris uit de jurisprudentie. Volgens de staatssecretaris zal het afwijken van deze rekenrente zorgen voor een hogere rente waardoor het verschil tussen commercieel en fiscaal kleiner wordt. Dit zou tot gevolg hebben dat de DGA zich onterecht rijk rekent.

Herreveld, Ter Hoeven en Luijken¹³³ zijn van mening dat de staatssecretaris de voorgaande waardering kan veranderen door een aanpassing van de delegatiebepaling van art. 13, lid 5 Wet LB 1964 (thans: 13, lid 6 Wet LB 1964) die is gebaseerd op art. 3.12 Uitvoeringregeling LB 2011. Dit geeft de staatssecretaris dan ook de mogelijkheid om bij de waardering van pensioen in eigen beheer hoogwaardige bedrijfsobligaties of andere obligaties leidend te maken. Volgens Herreveld, Ten Hoeven en Luijken¹³⁴ zou dit de fiscale regelgeving meer in overeenstemming brengen met RJ Uiting 2014-4, dat in hoofdstuk 3 wordt besproken. Zij zien verder niet in waarom de staatssecretaris niet de mogelijkheid zou hebben om de actuele marktrente meer te volgen, omdat dit onder andere problemen met de uitkeringstoets zou verkleinen.

2.6.4.5 Leeftijdsterugstelling

Doordat de pensioenverplichting moet worden gewaardeerd met inachtneming van de actuariële grondslag, overeenkomstig professionele beheerders, is de leeftijdsterugstelling van belang. De leeftijdsterugstelling is een correctie op de actuariële tabellen, die om verschillende redenen wordt gemaakt. De Hoge Raad heeft hierbij twee correcties overwogen.¹³⁵ De eerste correctie is dat de levensverwachting in de loop van de jaren stijgt, ook wel een technische correctie genoemd, waarop de huidige sterftetabellen moeten worden aangepast. Daarnaast moet er gecorrigeerd worden om autoselectie¹³⁶ tegen te gaan, waarbij gecorrigeerd moet worden voor het feit dat mensen die zich doorgaans verzekeren langer leven dan leeftijdsgenoten. De Hoge Raad heeft in BNB 1989/4¹³⁷ en BNB 1996/217¹³⁸ geoordeeld dat een leeftijdsterugstelling in overeenstemming is met goed koopmansgebruik. Echter, door de invoering van art. 8, lid 6 Wet VPB 1969 in 2004 is de hiervoor genoemde jurisprudentie buiten werking gesteld, waardoor leeftijdsterugstelling niet meer kan worden toegepast bij de fiscale waardering van pensioenverplichtingen in eigen beheer. In de parlementaire geschiedenis is door de wetgever aangegeven dat er geen reden is om het pensioen van de DGA gunstiger te behandelen dan het pensioen van een gewone werknemer. Dit zou bij de leeftijdsterugstelling het

¹³⁰ Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.

¹³¹ R.P. van den Dool, Uitvergroot: Column door Ruud van den Dool, V-N 2014/11.0.

¹³² Vraag & Antwoord 13-006 d.d. 27/11/13, te vinden op http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_13-006_v131127.htm.

¹³³ F.R. Herreveld, R.L. ter Hoeven en C.A.H. Luijken, Wezenlijke bijdrage aan vereenvoudiging van het fiscale regime, WFR 2014/1132, par. 1.

¹³⁴ F.R. Herreveld, R.L. ter Hoeven en C.A.H. Luijken, Wezenlijke bijdrage aan vereenvoudiging van het fiscale regime, WFR 2014/1132, par.1.

¹³⁵ HR 13 maart 1996, nr. 30 705, BNB 1996/217.

¹³⁶ Autocorrect is het feit dat mensen die een levensverzekering afsluiten gemiddeld langer leven dan mensen die dit niet doen. Dit kan komen door het feit dat zij nadenken over de toekomst en daardoor gezonder leven.

¹³⁷ HR 14 september 1988, nr. 24 616, BNB 1989/4.

¹³⁸ HR 13 maart 1996, nr. 30 705, BNB 1996/217.

geval zijn, omdat die afwijkt van de waarderingsgrondslagen van professionele beheerders.¹³⁹ Verder is in de parlementaire behandeling aangegeven dat deze afwijking van de waarderingsgrondslagen van professionele beheerders alleen door middel van budgettaire argumenten kan worden verdedigd.¹⁴⁰

2.6.4.6 Loon- en prijsstijgingen

In het comingbackservice-arrest¹⁴¹ is door de Hoge Raad geoordeeld dat bij de dotatie aan de pensioenverplichtingen in eigen beheer goed koopmansgebruik toelaat rekening te houden met comingbackservice, dat wil zeggen met een toename van de pensioenaanspraak in eigen beheer over vroegere dienstjaren door verwachte loon- en/of prijsstijgingen.¹⁴² Hierdoor kunnen toekomstige lasten van loon- en prijsstijgingen na afloop van het opbouwjaar, reeds in het opbouwjaar in aanmerking worden genomen. Dit heeft gevolgen bij de toezegging van een waarde- en/of welvaartsvast pensioen of een eindloonregeling. Door budgettaire gevolgen vond de wetgever de uitspraak niet wenselijk.¹⁴³ Door de invoering van art. 9a Wet IB 1964 en het latere art. 3.26-3.28 Wet IB 2001 is deze uitspraak ongedaan gemaakt.

In art. 3.26 Wet IB 2001 is opgenomen dat het deel van de kosten en lasten dat direct of indirect verband houdt met loon- of prijswijzigingen na afloop van het jaar, in beginsel niet in aftrek van de winst worden gebracht. Deze niet-aftekbare pensioenkosten dienen te worden geactiveerd en dienen naar evenredigheid vrij te vallen gedurende de jaren waarin de loon- en prijsstijging zich voordoet.¹⁴⁴ Dit geldt niet alleen voor comingbackservice verplichting in een eindloonregeling, maar is op alle toekomstige loon- en prijsstijgingen van toepassing, dus ook op een pensioenpremie van een pensioen op basis van de middelloonregeling waarop wordt geïndexeerd.¹⁴⁵

Een uitzondering op de hoofdregel van art. 3.26 Wet IB 2001 is art. 3.27 Wet IB 2001, waar wel de mogelijkheid wordt gegeven om bij indexatie kosten en lasten in aanmerking te nemen als deze daadwerkelijk worden betaald aan een pensioenuitvoerder voor de aanvang van het kalenderjaar of binnen zes maanden na afloop van het kalenderjaar. Hierbij is het van belang dat de kosten en lasten moeten zien op loon- of prijsstijgingen van ten hoogste 4% per jaar en dat het gaat om pensioenaanspraken die een werknemer over verstreken dienstjaren heeft opgebouwd. In het geval van de opbouw van pensioen in eigen beheer biedt deze uitzondering geen uitkomst, omdat er sprake moet zijn van betalingen krachtens een pensioenregeling die daadwerkelijk zijn verschuldigd aan een pensioenfonds of een verzekeringsmaatschappij en de vorm hebben van premies of koopsommen. Hierbij wordt een verzekeraar gedefinieerd als een lichaam dat op basis van art. 1:1 Wft een algemeen pensioenfonds is of een vrijgesteld pensioenlichaam als in art. 5, lid 1, onderdeel b Wet VPB 1969. Op basis van art 5, lid 2 Wet VPB 1969 is art. 5 lid 1, onderdeel b Wet VPB 1969 niet van toepassing op directiepensioenlichamen, waardoor een eigen beheerlichaam wordt aangemerkt als een pensioenfonds of een verzekeringsmaatschappij voor de toepassing van art. 3.27 Wet IB 2001. Hierdoor zijn betaalde premies en koopsommen aan gelieerde partijen uitgesloten voor de toepassing van art. 3.27 Wet IB 2001. Zowel Hofstra¹⁴⁶ als Dieleman¹⁴⁷ zijn van mening dat het niet in aanmerking nemen van

¹³⁹ Belastingplan 2004 Kamerstukken II 2003-2004, 29 210, nr. 1-2.

¹⁴⁰ Belastingplan 2004 Kamerstukken II 2003-2004, 29 210, nr. 22, nota n.a.v. verslag, par. 8.1.

¹⁴¹ HR 8 december 1971, nr. 16/610, BNB 1972/26.

¹⁴² B. Dieleman, *Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen* (Fiscale Monografieën, nr. 140), Deventer: Kluwer 2012, p. 223-224.

¹⁴³ Kamerstukken II 1973-1974, 13 004, nr. 3, p. 5 (MvT).

¹⁴⁴ B. Dieleman, *Waardering van in eigen beheer gehouden pensioenverplichtingen*, *PensioenMagazine* 2013/24.

¹⁴⁵ B. Dieleman, *Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen* (Fiscale Monografieën, nr. 140), Deventer: Kluwer 2012, p. 225.

¹⁴⁶ H.J. Hofstra, noot bij HR 8 december 1971, BNB 1972/26, nr. 16/610.

¹⁴⁷ B. Dieleman, *Waardering van in eigen beheer gehouden pensioenverplichtingen*, *PensioenMagazine* 2013/24.

comingbackservice ervoor zorgt dat de werkgever, in latere jaren wordt geconfronteerd met onevenredig zware pensioenlasten. Deze zware last kan bijvoorbeeld ontstaan bij een eindloonregeling, omdat het loon van een werknemer of de DGA in de laatste jaren voorafgaande aan zijn pensioen stijgt. Deze stijging mag pas in aanmerking worden genomen in het jaar dat de stijging zich daadwerkelijk voordoet, waardoor over alle reeds opgebouwde jaren deze loonstijging moet worden meegenomen. Dit zorgt vooral in latere jaren voor een relatief grote last als de comingbackservice niet kan worden toegepast.

Dieleman¹⁴⁸ geeft aan dat door het hanteren van een disconteringsvoet op indirecte wijze toch rekening kan worden gehouden met verwachte loon- en prijsstijgingen en daardoor met comingbackservice. Een pensioenvoorziening kan namelijk hoger worden door uit te gaan van een lagere rekenrente. De wetgever heeft dit ook geconcludeerd en gaf hierbij aan dat door de toepassing van de disconteringsvoet door middel van een rekenrente van 4% (de disconteringsvoet die destijds was voorgeschreven voor verzekeraars) aangenomen kan worden dat er in dat geval geen rekening wordt gehouden met loon- en prijsstijgingen.¹⁴⁹ Dit heeft de wetgever vastgelegd in art. 3.28 Wet IB 2001. In art. 3.28 Wet IB 2001 wordt een verband tussen wijzigingen in de hoogte van de lonen en prijzen na afloop van het jaar onder voorwaarden voor de toepassing van art. 3.26 en 3.27 Wet IB 2001 niet aanwezig geacht. Hierbij moet worden voldaan aan de voorwaarden dat de kosten en lasten die betrekking hebben op een pensioengrondslag die is gebaseerd op een loon dat niet uitgaat boven het loon bij het einde van het jaar, en bij de berekening van die kosten en lasten in feite een rekenrente van ten minste 4% in aanmerking wordt genomen. Als de marktrente lager is dan 4% kan geen rekening wordt gehouden met loon- en prijsstijgingen.

2.6.4.7 Kans op vooroverlijden

Bij het bepalen van het doelvermogen is het van belang om de contante waarde te bepalen waarbij rekening wordt gehouden met de sterftkans, gezien het feit dat het gaat om een levensafhankelijke verzekering. De Hoge Raad heeft in BNB 1989/115¹⁵⁰ geoordeeld dat bij het bepalen van het doelvermogen geen rekening mag worden gehouden met een afwijkende sterftkans van één individu. Dit kan tot gevolg hebben dat het doelvermogen onvoldoende omvang heeft voor een nabestaandenpensioen, omdat de kans op vooroverlijden bij pensioen in eigen beheer niet in aanmerking wordt genomen. Dit kan problemen opleveren, omdat pensioen in eigen beheer ziet op één enkel individu waardoor dit risico niet kan worden verrekend tussen verschillende individuen, zoals bij pensioenfondsen.

2.6.4.8 Kosten- en winstopslag

De gelijkstelling met professionele beheerders gaat echter niet zover dat er een kosten- en winstopslag mag worden toegepast, waardoor de pensioendotatie plaatsvindt op basis van de nettomethode.^{151 152} Dit is naar mijn mening een logische uitspraak, omdat de kosten ten aanzien van de pensioenverplichting al in aftrek worden gebracht. Een wezenlijk verschil tussen een verzekeringsmaatschappij en pensioen eigen beheer zijn de kosten- en winstopslag van een verzekeringsmaatschappij. De kosten- en winstopslag maken bij een professionele beheerder geen deel uit van het op te bouwen doelvermogen. Doordat winst geen doel is van een eigenbeheersituatie lijkt mij terecht en logisch dat de winstopslag niet in aftrek kan worden gebracht.

¹⁴⁸ B. Dieleman, Waardering van in eigen beheer gehouden pensioenverplichtingen, *PensioenMagazine* 2013/24.

¹⁴⁹ Kamerstukken II 1974-1975, 13 004, nr. 5-6, p. 27 (MvA).

¹⁵⁰ HR 14 september 1988, nr. 24 591, BNB 1989/115.

¹⁵¹ HR 14 januari 1959, nr. 13 808, BNB 1959/74 en HR 14 september 1988, nr. 24 616, BNB 1989/4.

¹⁵² De nettomethode zijn de kosten die in aanmerking worden genomen ten aanzien van de pensioenverplichting, exclusief de kosten- en winstopslag.

2.7 Sanctiebepaling

Pensioen heeft een verzorgingsfunctie waardoor het pensioen moet voorzien in een levenslange uitkering. Om te voorkomen dat belastingplichtigen misbruik maken van een pensioenregeling is in art. 19b Wet LB 1964 een bepaling opgenomen ter voorkoming van oneigenlijke afwikkeling van pensioen. Door het pensioen onzuiver af te handelen wordt de fiscale faciliteit teruggedrukt waardoor er moet worden afgerekend over de pensioenaanspraak, op grond van art. 19b Wet LB 1964. Dit betekent dat de pensioenaanspraak wordt aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrekking van de pensioenrechtige, waardoor de pensioenaanspraak progressief wordt belast en waar bovenop een revisierente wordt gerekend op basis van art. 30i AWR. De revisierente dient als vergoeding voor het door de belastingplichtige verkregen uitstel van belasting. Na de belastingheffing zal er een sfeerovergang plaatsvinden, waarbij de verdere waardeangroei belast wordt als inkomen uit vermogen. Hierdoor zal de pensioenaanspraak belast worden onder de vermogensrendementsheffing in box 3 van de Wet IB 2001.

De sanctiebepaling kan voor een DGA in werking treden in de volgende situaties:

- een aanspraak ingevolge een pensioenregeling is niet langer als zodanig aan te merken;
- een aanspraak ingevolge een pensioenregeling wordt afgekocht of vervreemd dan wel formeel of feitelijk voorwerp van zekerheid wordt, anders dan ten behoeve van uitstel van betaling op grond van artikel 25, vijfde lid, van de Invorderingswet 1990 (hierna: IW);
- een aanspraak ingevolge een pensioenregeling waarvan als verzekeraar optreedt een lichaam als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, onderdelen d of e, dan wel een lichaam als bedoeld in artikel 36b, wordt prijsgegeven, behoudens voor zover de aanspraak niet voor verwezenlijking vatbaar is; of
- de zekerheidstelling wordt beëindigd door de werknemer of de gewezen werknemer die zich op grond van artikel 19a, eerste lid, onderdeel f, heeft verplicht deze zekerheid te stellen.

2.7.1 Onzuivere pensioenregeling

Als een pensioen niet meer voldoet aan de wettelijke eisen van een pensioenregeling wordt die pensioenregeling aangemerkt als onzuiver. Dit heeft de hiervoor in 2.7 genoemde gevolgen.

2.7.1.1 Verzekeraar voldoet niet aan art. 19a Wet LB 1964

Er kan sprake zijn van afkoop doordat verzekeraar van de DGA niet meer voldoet aan de eisen van art. 19a Wet LB 1964. Deze situatie kan bijvoorbeeld ontstaan doordat het pensioen niet meer wordt gerekend tot het binnenlandse ondernemingsvermogen, zoals vereist in art. 19a, lid 1, onderdeel d Wet LB 1964, door een zetelverplaatsing naar het buitenland. Ook kan deze situatie ontstaan doordat de DGA zelf emigreert naar het buitenland. In dat geval zal namelijk de feitelijke leiding van het eigenbeheerlichaam naar het buitenland kunnen verplaatsen. De DGA kan de twee hiervoor geschetste situaties vermijden door voorafgaande aan de verplaatsing naar het buitenland het pensioen over te dragen aan een erkende verzekeraar. Dit kan door het pensioengeld over te dragen naar een professionele verzekeraar of door de feitelijke leiding van het pensioenlichaam in Nederland te houden door het overdragen van de leiding aan een in Nederland gevestigde persoon of instelling.

2.7.1.2 Pensioenaanspraak voldoet niet langer aan art. 1 PW

Om pensioen op te bouwen in eigen beheer moet een belastingplichtige voldoen aan de definitie van een DGA in art. 1 PW. In het geval het belang van de DGA daalt onder de 10%-eis kan de DGA geen pensioen in eigen beheer opbouwen. Doet hij dit echter wel dan zal de DGA pensioen opbouwen bij een niet erkende verzekeraar, waardoor de sanctie van art. 19b, lid 1, onderdeel a van toepassing is. Hof Den

Bosch¹⁵³ heeft beslist dat als de DGA pensioen in eigen beheer blijft opbouwen na de verkoop van zijn aandelen, dat de hele pensioenaanspraak onzuiver is. Dit zorgt ervoor dat de gehele pensioenaanspraak wordt gerekend tot loon uit vroegere werkzaamheden. Deze uitspraak werd later door de Hoge Raad bevestigd.¹⁵⁴

2.7.1.3 Zakelijkheid pensioenopbouw

Eerder is bij de extra voorwaarden van pensioen in eigen beheer besproken dat de pensioenregeling niet moet uitgaan boven wat gangbaar is bij collectieve pensioenregelingen.¹⁵⁵ Echter, in het geval dat de DGA een bovenmatig pensioen opbouwt, kan gesteld worden dat dit gebeurt uit aandeelhoudersmotieven, ofwel niet zakelijk. Hierdoor zal voor het bovenmatige deel sprake zijn van verkapt dividend, waardoor de pensioenlasten niet in aftrek kunnen worden gebracht. Dit in tegenstelling tot de situatie waarin de DGA niet voldoet aan de eisen van art. 18 tot en met 18h Wet LB 1964. Als deze grenzen overschreden worden zal de regeling moeten worden gesplitst in een bovenmatige en niet-bovenmatig deel. Het bovenmatige deel zal in dat geval aangemerkt worden als belastbaar inkomen.¹⁵⁶

2.7.2 Afkoop of vervreemding

Op grond van art. 19b, lid 1, onderdeel b Wet LB 1964 treedt de sanctiebepaling in werking als een pensioenaanspraak wordt afgekocht of vervreemd dan wel formeel of feitelijk voorwerp van zekerheid wordt. Op een overgang naar een andere verzekeraar is de sanctiebepaling niet van toepassing als deze overgang niet in strijd is met de Pensioenwet. Daarnaast is de afkoop van een pensioenuitkering van maximaal € 465,94 per jaar (2016) mogelijk op basis van art. 66, 67 en 68 PW juncto. art. 19b, lid 4 Wet LB 1964. Deze afkoop is belast op basis van art. 10 Wet LB 1964, want de afkoop wordt gezien als loon uit vroegere dienstbetrekking. De gedeeltelijke afkoop of vervreemding van een pensioenaanspraak zorgt ervoor dat de gehele pensioenaanspraak in de heffing wordt betrokken. Een gedeeltelijke schending van de pensioenregelgeving door de DGA kan dan ook voor grote gevolgen zorgen, omdat de gehele aanspraak wordt belast als loon uit vroegere werkzaamheden.

De wetgever heeft in art. 19b, lid 1, onderdeel b Wet LB 1964 ook opgenomen dat er sprake is van de sanctiebepaling als de pensioenaanspraak formeel of feitelijk voorwerp van zekerheid wordt. Hiervan is sprake als de DGA zijn eigen pensioenaanspraak in eigen beheer achterstelt ten opzichte van een derde, zoals een bank. Deze eisen bij het verstrekken van vermogen door een derde kunnen ervoor zorgen dat de zekerheid van de pensioenaanspraak van de DGA wordt aangetast doordat hij zelf minder zekerheid heeft dat aan de pensioenaanspraak wordt voldaan. De enige uitzondering op het verbod om de pensioenaanspraak formeel of feitelijk voorwerp van zekerheid te maken is als dat is ten behoeve van een conserverende aanslag op grond van art. 25, lid 5 IW.

2.7.3 Prijsgeven

Op grond van art. 19b, lid 1, onderdeel c Wet LB 1964 is de sanctiebepaling op de gehele pensioenaanspraak van toepassing als een pensioenregeling in eigen beheer wordt prijsgegeven, terwijl deze wel voor verwezenlijking vatbaar is. Door toepassing van deze bepaling probeert de wetgever manipulatie en ongewenste handelingen ten aanzien van pensioenregelingen in eigen beheer uit te sluiten. In de situatie dat deze sanctiebepaling niet in de wet zou zijn opgenomen, kan de DGA namelijk kiezen tussen een progressieve belastingheffing bij de pensioenuitkering, dan wel het afstand doen van de pensioenverplichting en daarna een dividenduitkering doen ten laste van de winst behaald door het

¹⁵³ Hof Den Bosch 11 december 2009, nr 08/00554, V-N 2010/26.1.4.

¹⁵⁴ HR 13 mei 2011, nr.10/00284, NTFR 2011/1107.

¹⁵⁵ Art. 18h, lid 1 Wet LB 1964.

¹⁵⁶ R.E.H.M. Bremmers, Commentaar artikel 19b Wet LB 1964 Gevolgen wijziging pensioenregeling, NDFR, 2016, par. 3.

prijsgiven. In het geval dat de pensioenverplichting daadwerkelijk niet voor verwezenlijking vatbaar is, is het prijsgeven wel mogelijk. Dit doet zich voor in de situatie dat het eigenbeheerlichaam in liquiditeitsproblemen zit of als er sprake is van een faillissement, schuldsanering of surseance.

In art. 19b, lid 8 Wet LB 1964 is sinds 1 januari 2013 een nieuwe uitzondering gemaakt op art. 19b, lid 1, onderdeel c Wet LB 1964. In lid 8 is een extra uitzondering gemaakt waardoor geen sprake is van prijsgeven in het geval dat de vermogenspositie van het eigenbeheerlichaam op het ingestiptmoment van het pensioen niet voldoende is om te voldoen aan de pensioenverplichting. Als van het voorgaande sprake is, heeft de belastingplichtige eenmalig de mogelijkheid om zijn pensioenverplichting te verminderen zonder dat de sanctiebepaling van art. 19b, lid 1 Wet LB 1964 in werking treedt. Het is hierbij van belang dat aan de door de minister gestelde voorwaarden in het besluit wordt voldaan.¹⁵⁷ Om de ongewenste uitwerking van art. 19b, lid 1 Wet LB 1964 te voorkomen zal een verzoek moeten worden gedaan bij de inspecteur voor de toepassing van art. 19b, lid 8 Wet LB 1964. De minister stelt de volgende voorwaarden voor de toepassing van art. 19b, lid 8 Wet LB 1964:

- op de pensioeningangsdatum is sprake van een dekkingsgraad van 75% of lager;
- de onderdekking is veroorzaakt door reële ondernemings- en/of beleggingsverliezen;
- de pensioenaanspraken worden verminderd met ten hoogste het bedrag dat noodzakelijk is om de dekkingsgraad van de fiscale waarde van de pensioenverplichtingen op 100% te stellen;
- het door de vermindering van de pensioenaanspraken vrijgevallen deel van de fiscale pensioenverplichtingen behoort tot de belastbare winst van de verzekeraar voor de vennootschapsbelasting of een daarmee vergelijkbare buitenlandse heffing en wordt niet aangemerkt als informele kapitaalstorting of kwijtscheldingswinst;
- het door de vermindering van de pensioenaanspraken vrijgevallen deel van de fiscale pensioenverplichting wordt niet gerekend tot de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang in de zin van de Wet IB 2001 2001;
- de vermindering van de pensioenaanspraken moet evenredig plaatsvinden over alle bij het eigenbeheerlichaam uit te voeren pensioenregelingen die samenhangen met de aanspraken waarop de vermindering plaatsvindt; en
- alle bij het eigenbeheerlichaam betrokken pensioengerechtigden, de werkgever, het bestuur van het eigenbeheerlichaam en de bij het eigenbeheerlichaam betrokken aanmerkelijkbelanghouders verklaren zich schriftelijk akkoord.

Verder laat ik art. 19b, lid 1, onderdeel d Wet LB 1964 buiten beschouwing, omdat dit niet relevant is voor het pensioen van een DGA.

2.7.4 Andere verzekeraar

Op een overdracht naar een andere verzekeraar is in beginsel art. 19b, lid 1, onderdeel b Wet LB 1964 van toepassing, waardoor er sprake is van een fictieve afkoop. Echter, is in art. 19b, lid 2 Wet LB 1964 een uitzondering gemaakt op de hiervoor genoemde hoofdregel in het geval dat de pensioenverplichting geheel of gedeeltelijk wordt overgedragen aan een erkende verzekeraar, op grond van art. 19a Wet LB 1964. Hierbij is wel van belang dat aan de voorwaarde wordt voldaan dat de overgang niet in strijd komt met art. 70 tot en met 91 PW.

2.7.5 Toedeling bij echtscheiding

In art. 19b, lid 3 Wet LB 1964 wordt de sanctiebepaling van art. 19b, lid 1 Wet LB 1964 eveneens buiten toepassing gelaten in het geval van een gehele of een gedeeltelijke overdracht van de pensioenaanspraak

¹⁵⁷ Besluit van 18 maart 2013, nr. BLKB2013/27M.

aan de partner door een scheiding van tafel en bed, echtscheiding of beëindiging van samenleving een aanspraak. De verkregen pensioenaanspraken worden hierbij geacht een voortzetting te zijn van de oorspronkelijke aanspraken.

2.8 Voordelen opbouw pensioen in eigen beheer

2.8.1 Liquiditeitsvoordeel

Door het opbouwen van pensioen in eigen beheer is het voor de DGA mogelijk om zijn pensioen binnen de eigen onderneming houden. Hierdoor hoeft de pensioenverplichting niet te worden afgestort, zoals bij de reguliere pensioenopbouw, en ontstaat er binnen de onderneming een liquiditeitsvoordeel. Dit geeft de ondernemer de mogelijkheid om zijn eigen pensioenvoorziening in de onderneming te behouden en dit geld binnen de onderneming aan te wenden. Dit is tegelijkertijd één van de risico's van pensioen in eigen beheer, omdat de onderneming in geval van faillissement of economische zware tijden niet meer kan voldoen aan de pensioenverplichting. Er zullen in dat geval twee problemen kunnen ontstaan, zowel de huidige mindere situatie van de onderneming als de latere situatie waarbij er niet aan de gehele of gedeeltelijke pensioenverplichting kan worden voldaan. Daarom kan de vraag worden gesteld of dit liquiditeitsvoordeel wel opweegt tegen het maatschappelijke belang van een goed en gewaarborgd pensioen.

2.8.2 Eigen beleggingskeuze

Door het houden van pensioen in eigen beheer heeft de ondernemer, ofwel de pensioengerechtigde, de mogelijkheid om naar eigen inzicht te beleggen. Dit in tegenstelling tot een reguliere pensioenregeling, waarbij deze mogelijkheid beperkt of geheel niet aanwezig is. Bij pensioen in eigen beheer heeft de ondernemer zelf de mogelijkheid om zijn beleggingsportefeuille samen te stellen, waardoor hij ook in de eigen onderneming kan beleggen, wat voor het hiervoor beschreven liquiditeitsvoordeel kan zorgen. Echter, heeft deze vrijheid ook een nadeel ten opzichte van het reguliere pensioen, omdat er minder schaalvoordelen kunnen worden behaald. Hierbij valt te denken aan de schaalvoordelen van reguliere pensioenbeheerders bij het beleggen van vermogen.

2.8.3 Lagere kosten

Bij de reguliere opbouw van pensioen worden er kosten gemaakt door het pensioenfonds of het bedrijfspensioenfonds voor het beleggingsbeleid, de uitbetaling, het personeel en de administratie. Door het opbouw van pensioen in eigen beheer worden deze kosten beperkt en geeft dit de onderneming de vrijheid om zelf keuzes te maken ten aanzien van deze diensten. De ondernemer kan immers zijn pensioen in eigen beheer naar eigen inzicht beleggen, waarbij het investeren in eigen onderneming zelfs zonder kosten kan zijn. Door het feit dat er bij de reguliere pensioenopbouw weinig tot geen invloed is op de professionele beheerders, zal pensioen in eigen beheer de onderneming meer vrijheid geven ten aanzien van welke kosten er worden gemaakt. Daarnaast kunnen professionele beheerders een winsttoegmerk hebben. Staats¹⁵⁸ geeft aan dat de commerciële markt hoge kosten met zich meebrengt en dat dit ten koste gaat van het rendement van de belastingplichtige. De winststopslag wordt niet gebruikt voor de opbouw van het doelvermogen en gaat daardoor voor de pensioengerechtigde verloren. Doordat bij de opbouw van pensioen in eigen beheer geen sprake kan zijn van een winststopslag, kan de gehele opbouw worden toegevoegd aan het doelvermogen. Dit levert een voordeel op voor de belastingplichtige.

¹⁵⁸ G.M.C.M. Staats, Wat moet er gebeuren met het pensioen in eigen beheer?, WFR 2011/287, par. 3.2.

2.8.4 Vererving

Bij de reguliere opbouw van een pensioen wordt er door de professionele beheerders uitgegaan van solidariteit tussen de deelnemers aan het pensioenfonds, omdat het pensioenkapitaal samen wordt gevoegd en bij overlijden vrijvalt ten behoeve van de beheerder. Bij de pensioenopbouw in eigen beheer wordt niet uitgegaan van solidariteit, omdat de DGA alleen zijn eigen pensioen verzekert. Het pensioen van de DGA valt na overlijden afhankelijk van zijn beleggingsresultaten vrij ten behoeve van de onderneming, waardoor de waarde van de aandelen kan stijgen. Dit zorgt voor een voordeel voor de aandeelhouders.

2.9 Huidige knelpunten pensioen in eigen beheer

De staatssecretaris heeft in zijn brief van 6 december 2013 aangegeven dat er een aantal knelpunten is bij de huidige vormgeving van pensioen in eigen beheer.¹⁵⁹ Verder geeft hij in deze brief en latere brieven aan de Tweede Kamer aan wat de eventuele oplossingen kunnen zijn van deze problematiek.¹⁶⁰ Als knelpunten worden gezien de problemen bij de uitvoering van de huidige wetgeving omtrent pensioen in eigen beheer voor de onderneming, werknemer/DGA en de belastingdienst. Door het vervangen van de huidige regeling is er de mogelijkheid om de problemen uit het verleden te voorkomen en om een adequate pensioenregeling voor DGA's te creëren.

In de brief van de staatssecretaris¹⁶¹ en de literatuur worden de volgende knelpunten genoemd:

- de waarderings- en berekeningssystematiek is complex;
- de afwijking van de fiscale waardering ten opzichte van de commerciële waardering van de pensioenverplichting;
- de fiscale waardering op de commerciële balans van kleine rechtspersonen;
- het overdragen van een pensioen tegen waarde economische verkeer bij een echtscheiding;
- de gedeeltelijke niet aftrekbaarheid (indexatie) bij extern eigen beheer van de werkgever, terwijl de ontvangsten bij het pensioenlichaam wel (gedeeltelijk) in de winst worden betrokken;
- belaste vrijval en niet aftrekbare indexatie bij waardeoverdracht en zetelverplaatsing naar Nederland;
- bij de loonbelasting wordt er uitgegaan van de werkelijke waarde van de aanspraak, terwijl voor de vennootschapsbelasting wordt uitgegaan van de fiscale waarde;
- geen of een beperkte mogelijkheid tot het uitkeren van dividend (dividendklem);
- pensioen in eigen beheer voldoet niet aan de verzorgingsfunctie;
- het nabestaandepensioen; en
- verliesverdamping.

2.9.1 De waarderings- en berekeningssystematiek is complex

Voor de fiscale winstbepaling is het van belang dat er jaarlijks een pensioendotatie in aanmerking wordt genomen. De pensioendotatie dient te worden bepaald op basis van de actuariële grondslagen, zoals besproken in paragraaf 2.6.4, waarbij volgens de staatssecretaris specialisten nodig zijn om deze actuariële grondslagen correct te bepalen. De staatssecretaris is van mening dat het bepalen van de

¹⁵⁹ Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

¹⁶⁰ Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M, brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U en brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, DB/2015/454 U, brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, DB/2015/454 U, brief staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016-100 U en brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

¹⁶¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

actuariële grondslagen voor zowel de belastingplichtige als de belastingdienst veel kosten met zich meebrengt. Dieleman¹⁶² is net als de staatssecretaris van mening dat de complexiteit van pensioen in eigen beheer zorgt voor hoge kosten voor zowel de belastingdienst als de vennootschap. Bakker¹⁶³ is van mening dat dit argument door de staatssecretaris wat zwaar wordt aangezet, omdat er software beschikbaar is waarmee de actuariële berekeningen eenvoudig te maken zijn. Echter, zijn er volgens hem wel lastige situaties denkbaar. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie dat bij extern eigen beheer de werkgever-BV de pensioenpremies niet aftrek kan brengen, terwijl de ontvangsten bij de pensioen-BV wel in de winst worden betrokken.¹⁶⁴ Dit zal verder worden uitgewerkt in paragraaf 2.9.5. Bakker¹⁶⁵ geeft hierbij verder nog aan dat de hoge uitvoeringskosten ook voor een deel door de wetgever en de belastingdienst zelf worden veroorzaakt.

2.9.2 Fiscale waardering ten opzichte van commerciële waardering

De staatssecretaris geeft in zijn brief van 6 december 2013¹⁶⁶ aan dat de verschillen tussen de fiscale en commerciële waardering kunnen worden teruggebracht tot de rekenrente, de leeftijdsterugstelling, kosten- en winstopslag, risico van vooroverlijden en de mogelijkheid om rekening te houden met toekomstige loon- en prijsstijgingen. Eind 2009 hadden alle DGA's samen een pensioenvoorziening in eigen beheer van circa € 31 miljard op basis van de fiscale waarde, terwijl de commerciële waarde van deze pensioenvoorziening circa € 73 miljard bedroeg.¹⁶⁷ Hieruit blijkt dat er een verschil tussen de fiscale en commerciële waardering is van circa € 42 miljard.

De fiscale waardering van de pensioenverplichting vindt plaats op basis van goed koopmansgebruik van art. 3.25 Wet IB 2001 en de daarop gemaakte uitzonderingen. Het gaat hierbij om het in acht nemen van de algemeen aanvaarde actuariële grondslagen, waarbij rekening moet worden gehouden met een rekenrente van ten minste 4%, de leeftijdsterugstelling en de indexatielasten. Door de inbreuk die wordt gemaakt op goed koopmansgebruik door de rekenrente van 4% is de pensioenpremie die wordt betaald in veel gevallen lager dan die bij een professionele beheerder. De belastingdienst neemt daarentegen voor de commerciële waardering van de pensioenverplichting het U-rendement verhoogd met 0,5%-punt.¹⁶⁸ Dit verschil zorgt er in veel gevallen voor dat de fiscale waardering van de pensioenverplichting lager is dan de werkelijke waarde van de pensioenverplichting. Omdat de fiscale waardering veelal een fout beeld geeft van de pensioenverplichting van de onderneming is de situatie van de onderneming in werkelijkheid vaak minder rooskleurig dan fiscaal wordt voorgesteld. Dit kan ervoor zorgen dat onterecht dividend wordt uitgekeerd, omdat de pensioenverplichting groter is dan op de fiscale balans wordt weergegeven.

Zoals eerder in paragraaf 2.6.4 is aangegeven wordt het U-rendement gebaseerd op een pakket Nederlandse staatsobligaties met een looptijd tussen de twee en vijftien jaar, terwijl pensioenverplichtingen een looptijd kunnen hebben van meer dan 60 jaar. Zoals Kortenbach¹⁶⁹ aangeeft zal de gemiddelde looptijd van een pensioenverplichting tussen de 20 en 40 jaar liggen. Hierbij merkt hij dan ook op dat het aansluiten bij een rekenrente gebaseerd op Nederlandse staatsobligaties met een

¹⁶² B. Dieleman, Analyse oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, TPV 2015/37, par. 2.

¹⁶³ D.W. Bakker, Financiën wil eigen beheer ten grave dragen op basis van zelf gecreëerde knelpunten, PensioenMagazine 2014/38.

¹⁶⁴ Als er tussen beide BV's geen fiscale eenheid is aangegaan.

¹⁶⁵ D.W. Bakker, Financiën wil eigen beheer ten grave dragen op basis van zelf gecreëerde knelpunten, PensioenMagazine 2014/38.

¹⁶⁶ Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

¹⁶⁷ Kamerstukken II 2013-2014, 33 752 (Belastingplan 2014), nr. 94, p. 12.

¹⁶⁸ Vraag & Antwoord 13-006 d.d. 271113, te vinden op http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_13-006_v131127.htm.

¹⁶⁹ B. Kortenbach, Andere oplossingen voor knelpunten pensioen eigen beheer, WFR 2014/458, par. 2.1.

resterende looptijd van tussen de twee en vijftien jaar niet reëel is. Daarnaast geeft hij aan dat het enkel aansluiten bij Nederlandse staatobligaties niet passend is, omdat in de economisch realiteit mondiaal verbanden bestaan tussen economieën en financiële markten en de Nederlandse staatsobligaties een erg lage rente geven.¹⁷⁰ Dit zou betekenen dat door het afwijken van het U-rendement het verschil tussen de fiscale en commerciële waardering kan verkleinen worden verkleind.

Voor de fiscale waardering mag op basis van art. 8, lid 6 Wet VPB 1969 tevens geen gebruik worden gemaakt van leeftijdscorrecties op basis van sterftetabellen. Als er wel gebruik zou worden gemaakt van sterftetabellen kan de toenemende levensverwachting worden meegenomen en kunnen er veiligheidsmarges worden ingebouwd bij de fiscale waardering van de pensioenverplichting. Deze sterftetabellen worden gebruikt bij de commerciële waardering. Door de invoering van art. 8, lid 6 Wet VPB 1969, waarmee een inbreuk wordt gemaakt op goed koopmansgebruik, heeft de wetgever zelf bijgedragen aan het verschil tussen de fiscale en commerciële waardering. Wat in de brief van 6 december 2013 wordt omschreven als een knelpunt van pensioen in eigen beheer.¹⁷¹

Bij een pensioentoezegging in eigen beheer is het tevens mogelijk om een partnerpensioen toe te zeggen. In de meeste gevallen is dit 70% van het pensioen dat de DGA had kunnen opbouwen als hij tot zijn pensioeningsdatum in dienst zou zijn gebleven.¹⁷² In de commerciële waardering van de pensioenverplichting wordt dit risico van vooroverlijden en het moeten uitkeren van het partnerpensioen meegenomen. Voor de fiscale waardering is dit echter niet het geval, omdat goed koopmansgebruik dit niet toestaat door de geringe sterftetekans van de DGA.¹⁷³ Dit verschil zal er dan ook voor zorgen dat het verschil tussen de fiscale en commerciële waardering groter wordt. Een oplossing voor dit verschil zou het afdekken door middel van een overlijdenrisicoverzekering kunnen zijn of door niet toezeggen van partnerpensioen. De laatste oplossing kan de partner eventueel wel onverzorgd achterlaten, wat uit maatschappelijk oogpunt ongewenst is.

2.9.3 Fiscale waardering op commerciële balans

Micro en kleine rechtspersonen hebben de mogelijkheid om voor de waardering van pensioenverplichtingen op de commerciële balans de fiscale waardering te volgen.¹⁷⁴ Dit heeft tot gevolg dat het eigen vermogen op de commerciële balans van die kleine rechtspersonen hoger lijkt dan dat dit werkelijkheid is. Van Den Dool¹⁷⁵ geeft aan dat vennootschappen die voor de commerciële balans de fiscale waardering van de pensioenvoorziening volgen, het eigen vermogen van de BV op de balans te hoog voorstellen. Dit kan ervoor zorgen dat de dividenduitkering op basis van de commerciële balans aanvaardbaar is terwijl er uiteindelijk te weinig geld aanwezig is om aan de pensioenverplichting te voldoen, waardoor er sprake is van afkoop van de pensioenverplichting. Het probleem van het volgen van de fiscale waardering op de commerciële balans is gedeeltelijk opgelost door RJ-uiting 2014-4, waar is opgenomen dat voor grote en middelgrote rechtspersonen de fiscale waardering van de pensioenverplichting in eigen beheer op de commerciële balans niet correct is. Er dient bij de waardering van de pensioenverplichting op de commerciële balans te worden aangesloten bij de beste schatting, waarbij rekening wordt gehouden met salarisstijgingen, indexactie (als dit is overeengekomen) en eventuele andere toekomstige aanpassingen.

¹⁷⁰ B. Kortenbach, Andere oplossingen voor knelpunten pensioen eigen beheer, WFR 2014/458, par. 2.1.

¹⁷¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

¹⁷² B. Kortenbach, Andere oplossingen voor knelpunten pensioen eigen beheer, WFR 2014/458, par. 2.2.

¹⁷³ B. Kortenbach, Andere oplossingen voor knelpunten pensioen eigen beheer, WFR 2014/458, par. 2.2.

¹⁷⁴ Art. 2:395a, lid 7 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) juncto. art. 2:396 lid 6 BW.

¹⁷⁵ R.P. van den Dool, Oudedagsvoorzieningen, WFR 2011/246, par. 3.2.

2.9.4 Overdragen van pensioen bij echtscheiding

In het geval dat de DGA van een onderneming is gehuwd heeft de partner bij een echtscheiding recht op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen op grond van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (hierna: Wet VPS), tenzij dit in het echtscheidingsconvenant of in de huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk is uitgesloten.¹⁷⁶ Tevens heeft de ex-echtgenote van de DGA recht op een tijdsevenredige aanspraak op het nabestaandenpensioen. In het arrest Rensing/Polak¹⁷⁷ is geoordeeld dat pensioenrechten die binnen de eigen BV gereserveerd zijn voor de ex-echtgenoot moeten worden afgestort. Echter is pas in 2007 geoordeeld dat het verplichte afstorten ook daadwerkelijk kon worden afgedwongen.¹⁷⁸ Hierbij ging het om de afstorting van de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde fiscale pensioenreserve. In latere jurisprudentie¹⁷⁹ is geoordeeld dat er moet worden afgestort tot de helft van het tijdens het huwelijk opbouwde rechten op het ouderdomspensioen en de rechten op het direct ingaande nabestaandenpensioen.¹⁸⁰ ¹⁸¹ Dit heeft tot gevolg dat deze rechten bij een echtscheiding tegen de waarde in het economische verkeer moeten worden afgestort. De koopsom voor de afstorting zal hoger zijn dan de fiscale pensioenvoorziening in eigen beheer die in veel gevallen is gewaardeerd volgens de fiscale regels. Dit verschil ontstaat doordat de professionele beheerders in tegenstelling tot de fiscale waardering in eigen beheer rekent met een lagere marktrente dan de 4% van art. 3.29 Wet IB 2001, kosten in rekening brengt en leeftijdsterugstelling toepast. Daarnaast mag in eigen beheer geen voorziening worden getroffen voor een direct ingaand nabestaandenpensioen, terwijl dit wel moet worden afgestort als dit is opgenomen in de pensioenbrief.¹⁸² Door het voorgaande zal de fiscale pensioenvoorziening niet overeenkomen met de afkoopsom. Doordat de hoge afkoopsom wel moet worden afgestort zal dit ten koste gaan van de onderneming. Deze overdracht zorgt in veel gevallen voor problemen voor de continuïteit van de onderneming. Alleen in het geval de onderneming failliet gaat door het afstorten van de pensioenrechten van de ex-echtgenoot bij een professionele beheerder kan deze eis bij echtscheiding worden weerlegt.¹⁸³ Naar mijn mening is het terecht dat het pensioen van de echtgenoot moet worden afgestort, omdat het pensioen anders binnen een onderneming blijft waar de ex-echtgenoot geen invloed op heeft. Door dit pensioen buiten het ondernemingsrisico te halen wordt dit probleem opgelost. In 2016 heeft Hof Den Haag¹⁸⁴ beslist dat de afstorting van de pensioenvoorziening in eigen beheer na een echtscheiding er niet toe mag leiden dat de pensioen-BV de verplichtingen aan de DGA niet meer kan voldoen. Het Hof oordeelde op basis van de postrelationele solidariteit dat de man en de vrouw het dekkingstekort evenredig voor hun rekening moesten nemen.

2.9.5 Gedeeltelijke aftrekbaarheid

Het overdragen van een pensioenverplichting, buiten de fiscale eenheid, moet onder zakelijke voorwaarden plaatsvinden tegen de waarde in het economisch verkeer. De Hoge Raad heeft in BNB

¹⁷⁶ I. Leene-Hoedemaeker, Ex-echtgenote directeur-groootaandeelhouder terug naar Boon Van Loon?, EB 2016/4, par. 3.

¹⁷⁷ HR 19 januari 1996, nr. 15 983, NJ 1996/617 (noot W.M. Kleijn) en tevens in HR 12 maart 2004, nr. C02/319HR, NJ 2004/636 (noot S.F.M. Wortmann), HR 9 februari 2007, NJ 2007/306 (noot J. de Boer) en ten slotte HR 20 maart 2009, nr. C07/201HR, NJ 2009/155.

¹⁷⁸ HR 9 februari 2007, R06/021HR, NJ 2007/306 (noot J. de Boer).

¹⁷⁹ HR 18 juni 2010, nr. 09/01539, NJ 2010/352.

¹⁸⁰ I. Leene-Hoedemaeker, Ex-echtgenote directeur-groootaandeelhouder terug naar Boon Van Loon?, EB 2016/4, par 3.2.

¹⁸¹ P.F.H. Weishaupt, Afstorten bij scheiding: voor wat het waard is, VFP 2011/1, p. 28–31.

¹⁸² I. Leene-Hoedemaeker, Ex-echtgenote directeur-groootaandeelhouder terug naar Boon Van Loon?, EB 2016/4, par. 3.

¹⁸³ A. Gazan, Het zeer van eigen beheer, PensioenMagazine 2014/6 en 7.

¹⁸⁴ Hof Den Haag 23 maart 2016, nr. 200.173.543/01.

2006/278¹⁸⁵ beslist hoe de overdrachtswaarde van een open geïndexeerd pensioen kan worden bepaald. Kastelein¹⁸⁶ geeft aan dat de regels voor de fiscale jaarwinstbepaling¹⁸⁷, afwijken van de maatstaven voor een waardeoverdracht op zakelijke basis, waardoor de indexatielasten niet direct ten laste van de fiscale winst kunnen worden gebracht. De niet-aftekbare kosten moeten bij de werkgever vennootschap worden geboekt als vooruitbetaalde bedragen ten behoeve van de indexactie. Dit bedrag mag ten tijde van de uitkering worden afgeschreven naar rato van de daadwerkelijk toegepaste indexactie van de pensioenverplichting. Tevens zorgt de overname van een pensioenverplichting van de eerstvolgende jaarafsluiting bij de overnemer van de pensioenverplichting voor een belaste gedeeltelijke vrijval van de overgenomen pensioenverplichting.¹⁸⁸ In BNB 2016/14¹⁸⁹ heeft de Hoge Raad beslist dat een pensioenverplichting na een overname tegen een zakelijke prijs moet worden gewaardeerd en bij de eerstvolgende jaarafsluiting moet worden gewaardeerd volgens de wettelijke waardering tegen een rekenrente van 4%¹⁹⁰ en de te hanteren overlevingstabel van art. 8, lid 6 Wet VPB 1969.

Als pensioen in eigen beheer extern wordt opgebouwd, bestaat de kans dat de pensioenpremies bij de werkgever-BV gedeeltelijk niet direct aftrekbaar zijn, terwijl de ontvangsten bij de pensioen-BV in de winst worden betrokken.¹⁹¹ Dit leidt er volgens Bakker¹⁹², Ter Beest en Gommer¹⁹³ toe dat er extra ingewikkelde berekeningen moeten worden gemaakt en dat er sprake kan zijn van boekhoudkundige complicaties. Hierbij valt te denken aan het bijhouden van een indexatieboekhouding door de betalende vennootschap (werkgever-BV), doordat de indexatielasten niet aftrekbaar zijn op basis van art. 3.26 en 3.27 Wet IB 2001. De niet-aftekbare kosten moeten net als bij de overdracht worden geboekt als vooruitbetaalde bedragen ten behoeve van de indexactie. Dit bedrag mag ten tijde van de uitkering worden afgeschreven naar rato van de daadwerkelijk toegepaste indexactie van de pensioenverplichting.

De complicaties zijn ontstaan door voorschriften uit het besluit van 3 juli 2008.¹⁹⁴ ¹⁹⁵ Het deel van de te betalen pensioenpremie dat ziet op het verschil tussen de marktrente en de rekenrente van 4% uit art. 3.29 Wet IB 2001 juncto. art. 8, lid 1 Wet VPB 1969 wordt aangemerkt als niet aftrekbaar, terwijl dit wel op basis van het besluit van 3 juli 2008 moet worden betaald. Bakker¹⁹⁶ geeft aan dat dit door de fiscus wordt gezien als de fictieve indexatielast.

Dieleman¹⁹⁷ ziet de niet aftrekbaarheid bij de betalende vennootschap, terwijl de ontvangende vennootschap wel belaste baten heeft, als een ongewenst effect. Dit effect ontstaat doordat de rekenrente van art. 3.28 Wet IB 2001 afwijkt van de marktrente die wordt voorgeschreven door DNB. Volgens Dieleman¹⁹⁸ zal die aansluiting ervoor zorgen dat er geen niet-aftekbare loon- en prijsverschillen

¹⁸⁵ HR 14 april 2006, nr. 41 569, BNB 2006/278.

¹⁸⁶ M. Kastelein, Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer: de stand van zaken, *PensioenMagazine* 2016/53.

¹⁸⁷ Art. 3.26 en 3.27 Wet IB 2001.

¹⁸⁸ HR 16 oktober 2015, nr. 13/04121, BNB 2016/14.

¹⁸⁹ HR 16 oktober 2015, nr. 13/04121, BNB 2016/14.

¹⁹⁰ Art. 3.29 Wet IB 2001.

¹⁹¹ Als er tussen beide BV's geen fiscale eenheid is aangegaan.

¹⁹² D.W. Bakker, Financiën wil eigen beheer ten grave dragen op basis van zelf gecreëerde knelpunten, *PensioenMagazine* 2014/38.

¹⁹³ P.A. ter Beest en J.T. Gommer, Waardering van pensioen in (extern) eigen beheer, *WFR* 2009/546, par. 5.

¹⁹⁴ Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M.

¹⁹⁵ D.W. Bakker, Financiën wil eigen beheer ten grave dragen op basis van zelf gecreëerde knelpunten, *PensioenMagazine* 2014/38.

¹⁹⁶ D.W. Bakker, Financiën wil eigen beheer ten grave dragen op basis van zelf gecreëerde knelpunten, *PensioenMagazine* 2014/38.

¹⁹⁷ B. Dieleman, Analyse oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, *TPV* 2015/37, par. 2.

¹⁹⁸ B. Dieleman, Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen, Rotterdam: proefschrift Erasmus Universiteit Rotterdam, 2012, p. 236-238.

aanwezig worden geacht. Ter Beest en Gommer¹⁹⁹ zijn van mening dat de staatssecretaris er goed aan zou doen om deze problematiek met een (tijdelijke) maatregel op te lossen. Bruijsten²⁰⁰ is van mening dat de fiscale problematiek bij het overnemen van een pensioenverplichting vragen om een oplossing door de wetgever of om een besluit van de staatssecretaris van Financiën, dat de hardheid uit de problematiek haalt. Het bovenstaande wordt in bijlage 2 aan de hand van een voorbeeld uitgewerkt.

2.9.6 Belast vrijval en niet aftrekbare indexatie bij waardeoverdracht en zetelverplaatsing naar Nederland

Bij een zetelverplaatsing naar Nederland van een pensioen-BV moet de pensioenverplichting op de openingsbalans worden gewaardeerd tegen de waarde in het economisch verkeer, waarna deze bij de eerstvolgende jaarafsluiting moet worden gewaardeerd volgens de wettelijke waardering.²⁰¹ Hierdoor moet bij de jaarafsluiting worden gewaardeerd met inachtneming van een rekenrente van 4%²⁰² en mag er geen rekening worden gehouden met de leeftijdsterugstelling.²⁰³ Dit zorgt voor een belaste vrijval aan het eind van het jaar. Kastelein²⁰⁴ noemt dit een uitermate onredelijk gevolg, omdat over de belaste vrijval geen fiscale aftrek heeft plaatsgevonden.

2.9.7 Verschil waardering tussen Wet VPB 1969 en Wet LB 1964

Voor de loonbelasting wordt er uitgegaan van de werkelijke waarde van de pensioenaanspraak, terwijl voor de vennootschapsbelasting wordt uitgegaan van de fiscale waarde. Dit komt doordat voor de loonbelasting wordt aangesloten bij het moment van uitkering van een pensioenaanspraak of bij een niet toegestane handeling, zoals afkoop. Op pensioengelden die zijn toegevoegd rust een loonbelastingclaim. Dit in tegenstelling tot de vennootschapsbelasting, waar wordt gewaardeerd op basis van goed koopmansgebruik en de nadere regelgeving in art. 3.26 tot en met 3.29 Wet IB 2001 juncto. art. 8, lid 6 Wet VPB 1969. Jaarlijks mag de vennootschap een bedrag ten laste van de fiscale winst reserveren voor de pensioenverplichting met inachtneming van de regels. Dit verschil kan verwarrend zijn voor de belastingplichtige. Naar mijn mening hoeft dit verschil niet voor een groot probleem te zorgen, omdat dit verschil zit in de verschillende manieren van heffing. Mijns inziens hoeft dit verschil niet te worden gezien als een knelpunt.

2.9.8 Geen of een beperkte mogelijkheid tot het uitkeren van dividend (dividendklem)

De belastingdienst vereist voor de beoordeling of een dividenduitkering of een terugbetaling van aandelenkapitaal mogelijk is, naar de uitkeringstoets die plaats moet vinden op basis van de werkelijke waarde in het economische verkeer, ofwel de commerciële waardering.²⁰⁵ Deze waarde zal minimaal gelijk zijn aan de waarde die moet worden afgestort bij een professionele verzekeraar. Bij deze waardering dient tevens rekening te worden gehouden met de kans op het vooroverlijden van de ondernemer, in het geval dit gevolgen heeft voor de uitkering aan partner en/of kinderen. Dit baseert de staatssecretaris de uitspraak van Hoge Raad in BNB 2006/278²⁰⁶, waar is geoordeeld dat bij waardeoverdracht kan worden uitgegaan van de waarde waarvoor de pensioenverplichting bij een

¹⁹⁹ P.A. ter Beest en J.T. Gommer, Waardering van pensioen in (extern) eigen beheer, WFR 2009/546, par. 6.

²⁰⁰ C. Bruijsten, Overdracht van een pensioenverplichting, NTFR-B 2016/5, par. 3.5.

²⁰¹ HR 18 december 2015, nr. 14/06531, BNB 2016/50.

²⁰² Art. 3.29 Wet IB 2001.

²⁰³ Art. 8, lid 6 Wet VPB 1969.

²⁰⁴ M. Kastelein, Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer: de stand van zaken, PensioenMagazine 2016/53.

²⁰⁵ Vraag & Antwoord 12-008 d.d. 200912, te vinden op http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_12-008_v120921.htm.

²⁰⁶ HR 14 april 2006, nr. 41 569, BNB 2006/278.

professionele verzekering kan worden ondergebracht. Zowel Luijken²⁰⁷ en Hayes²⁰⁸ geven aan dat de Hoge Raad het woord ‘kan’ gebruikt en geen dient of moet. De belastingdienst lijkt in het besluit²⁰⁹ en het vraag & antwoord²¹⁰ echter een andere mening te zijn toegedaan. Hayes²¹¹ geeft aan dat naar zijn mening niet moet worden uitgegaan van de koopsom bij de afstorting bij een professionele verzekeraar, omdat de kans op deze afstorting klein is. Hij vraagt zich dan ook af waarom deze geringe kans moet worden meegenomen in de waardering, omdat in het arrest omtrent vooroverlijdensrisico door de Hoge Raad is beslist dat vanuit goed koopmansgebruik geen rekening dient te worden gehouden met kleine individuele kansen. Zolang er geen situaties zijn, waarbij afstorting aannemelijk is (bijvoorbeeld bij echtscheiding of liquidatie), vindt Hayes²¹² dat waardering moet plaatsvinden volgens gebruikelijke waardering.

Vennix²¹³ geeft bij de uitkeringstoets aan, dat de DGA er bij pensioen in eigen beheer achter komt dat zijn BV van zijn levensdagen geen dividend meer kan uitkeren, ook al laat de fiscale balans voldoende reserves zien.²¹⁴ De commerciële waarde laat met het actuele rentepercentage echter een heel ander beeld zien, waardoor de uitkeringstoets negatief kan uitvallen. Dit kan in veel gevallen betekenen dat er geen winstreserve meer over is om dividend uit te keren, waardoor alleen loon of pensioen kan worden uitgekeerd aan de DGA.

In het geval niet wordt voldaan aan de uitkeringstoets en er alsnog een dividenduitkering of een terugbetaling van aandelenkapitaal wordt gedaan, zal de belastingdienst dit aanmerken als een afkoop van pensioen. Hierdoor zal art. 19b Wet LB 1964 in werking treden waardoor de gehele aanspraak tot het loon uit vroegere werkzaamheden zal worden gerekend en in de heffing wordt betrokken tegen maximaal 52%, waarbij tevens een revisierente van 20% is verschuldigd door de toepassing van art. 30i AWR.

2.9.9 Pensioen in eigen beheer voldoet niet aan de verzorgingsfunctie

Het doel van de opbouw van pensioen is om te voorzien in een levenslange uitkering na de ingangsdatum van het pensioen. Door de opbouw van pensioen in eigen beheer is de vraag of de onderneming bij de pensioeningangsdatum wel kan voldoen aan de pensioenverplichting. Dit omdat het pensioen binnen de risicosfeer van de onderneming wordt opgebouwd en het pensioen afhankelijk is van de ondernemingsresultaten van de rechtspersoon. Hierdoor is de DGA voor zijn pensioenuitkeringen afhankelijk van de resultaten van de ondernemingsactiviteiten. Daarnaast is bij pensioen in eigen beheer het langlevensrisico van de DGA niet afgedekt, waardoor als de DGA lang leeft de onderneming niet altijd de mogelijkheid heeft om zijn pensioenuitkering levenslang te voldoen.²¹⁵ In veel gevallen is het vermogen van de rechtspersoon op de ingangsdatum van het pensioen niet voldoende om het pensioen te kunnen voldoen. Dit zorgt ervoor dat niet aan de verzorgingsfunctie van de pensioenverplichting kan worden voldaan. Gazan²¹⁶ geeft aan dat bij slecht renderende rechtspersonen het pensioen slechts is toegezegd op papier. Dit geldt ook in de situatie van een faillissement, omdat de DGA in dat geval geen

²⁰⁷ C.A.H. Luijken, Afkopen of prijsgeven van pensioenaanspraken, NTFR-Beschouwingen 2013/2, par. 2.3.

²⁰⁸ M. Hayes, Pensioen- en dividendproblematiek voor de DGA, TPV 2013/36, par. 3.3.

²⁰⁹ Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP 2008/447M.

²¹⁰ Vraag & Antwoord 12-008 d.d. 200912, te vinden op http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_12-008_v120921.htm.

²¹¹ M. Hayes, Pensioen- en dividendproblematiek voor de DGA, TPV 2013/36, par. 3.3.

²¹² M. Hayes, Pensioen- en dividendproblematiek voor de DGA, TPV 2013/36, par. 3.3.

²¹³ W.J.M. Vennix, Pensioen eigen beheer is geen gewoon pensioen, WFR 2012/1470.

²¹⁴ Eventueel ook op de commerciële balans, met pensioenvoorziening op basis van fiscale grondslagen.

²¹⁵ R.P. van den Dool, Oudedagsvoorzieningen, WFR 2011/246, par. 2.

²¹⁶ A. Gazan, Het zeer van eigen beheer, PensioenMagazine 2014/6 en 7.

rechtsbescherming geniet.²¹⁷ Dit betekent dat het beleggen van de pensioengelden in de onderneming nogal een risico met zich meebrengt, waarbij het naar mijn mening de vraag is of dat verstandig is gezien het doel van de opbouw van pensioen. Een eventuele defensieve keus van beleggen kan daarom verstandig zijn. Hierbij zal een afweging moeten worden gemaakt tussen het liquiditeitsvoordeel van de onderneming en de verzorgingsfunctie van het pensioen. Dietvorst²¹⁸ geeft hierbij aan dat het maatschappelijk niet gewenst is om het pensioen binnen de risicosfeer van de onderneming houden. Als er onvoldoende pensioenvermogen is in de onderneming ontvangt de maatschappij minder inkomstenbelasting over de uitkering en doet de DGA later mogelijk een beroep op zorg- en/of huurtoeslag.²¹⁹ Ik kan mij hierin vinden, omdat in het geval de rechtspersoon geen of te weinig pensioen kan uitkeren, de samenleving moet bijspringen. Dietvorst²²⁰ is daarnaast van mening dat een levenslange inkomensvoorziening na pensionering betrouwbaar en solide moet zijn. Dit is volgens hem bij pensioen in eigen beheer niet het geval, waardoor er geen sprake is van inkomenszekerheid. Schuurman²²¹ is eveneens van mening dat pensioen in eigen beheer niet solide is en dat er daardoor sprake is van inkomensonzekerheid. Kavelaars²²² geeft aan dat een kenmerk van ondernemen risico nemen is, echter geeft hij hierbij wel aan dat in de praktijk ondernemers ten aanzien van hun pensioen vrijwel geen risico willen nemen.

2.9.10 Het nabestaandenpensioen

In veel gevallen is niet alleen het ouderdompensioen van de DGA in eigen beheer verzekerd, maar ook de het eventuele nabestaandenpensioen. Werkgroep Ondernemerspensioen van de Tilburg University²²³ geeft aan dat bij het overlijden voor de pensioengerechtigde leeftijd van de DGA niet is gereserveerd voor de uitkering voor het nabestaandenpensioen²²⁴ en dat in veel gevallen onvoldoende liquiditeiten beschikbaar zijn om te kunnen voldoen aan de levenslange verplichting. Bij het overlijden van de DGA zijn de nabestaanden voor de uitkering afhankelijk van het vermogen van de onderneming. Daarnaast blijft de aanspraak van de nabestaanden zolang niet kan worden afgestort binnen de risicosfeer van de onderneming.

2.9.11 Verliesverdamping

Kastelein²²⁵ geeft aan dat in de uitkeringsfase sprake kan zijn van verliezen. Door de beperking van verliesverrekening op basis van art. 20, lid 2 Wet VPB 1969 tot één jaar achterwaarts en negen jaar voorwaarts, bestaat de kans dat deze verliezen verdampen.

2.10 Subconclusie

Uit de parlementaire geschiedenis kunnen de volgende doelstellingen van pensioen in eigen beheer worden gedestilleerd:

²¹⁷ Kamerstukken II 2006-2007, 30 655, nr. 7, p. 14.

²¹⁸ G.J.B. Dietvorst, Pensioen in eigen beheer en de oudedagreserve niet meer van deze tijd?, PensioenMagazine 2009/5.

²¹⁹ G.J.B. Dietvorst, Is het afschaffen van sanctiebepalingen de beste oplossing voor het DGA-pensioen?, WFR 2015/805.

²²⁰ G.J.B. Dietvorst, Pensioen in eigen beheer en oudedagsreserve niet meer van deze tijd?, PensioenMagazine 2009/5.

²²¹ B.G.J. Schuurman, Crisis toont zwakte van pensioenen in eigen beheer, PensioenMagazine 2009/10.

²²² P. Kavelaars, Fiscale pensioenvoornemens, P&P 2010/10, p. 22.

²²³ Werkgroep ondernemerspensioen, Het Ondernemerspensioen, Een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën 6 december 2013 (DB/2013/576), Tilburg University, Tilburg: 2014, p. 31.

²²⁴ HR 14 juni 2000, BNB 2000/282, nr. 35 424 en HR 24 september 2004, nr. 39 079 V-N 2005/5.1.15.

²²⁵ M. Kastelein, Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer: de positie van de partner, PensioenMagazine 2016/67.

- een administratieve lastenverlichting;
- kostenbesparing; en
- een liquiditeitsvoordeel voor de onderneming.

Om deze doelstellingen te bereiken is de DGA uitgezonderd van de definitie van werknemer en daardoor vrijgesteld van de Pensioenwet op basis van art. 1 PW. Hierdoor is een DGA niet verplicht om zijn pensioen bij een professioneel beheerder af te storten, maar mag de DGA zijn pensioen in eigen beheer opbouwen. Op basis van art. 1 PW wordt onder een DGA verstaan een houder van certificaten van aandelen of een (in)directe houder van aandelen, die ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigen en waaraan ten minste een tiende deel van het stemrecht is verbonden.

Op basis van art. 18, lid 1, onderdeel c Wet LB 1964 moet een pensioenregeling worden ondergebracht bij een verzekeraar, zoals bedoeld in art. 19a, lid 1 Wet LB 1964. Door de toepassing van art. 19a, lid 1, onderdeel d en e wordt een eigenbeheerlichaam aangemerkt als een toegestane verzekeraar. Op basis van art. 18h Wet LB 1964 mag het lichaam als eigenbeheerlichaam optreden als het voldoet aan art. 18 tot en met 18ga Wet LB 1964 en als het pensioen niet uitgaat boven wat in collectieve regelingen gangbaar is. Net als gewone werknemers hebben DGA's drie methodes op basis waarvan het pensioen kan worden opgebouwd: het eindloonstelsel, het middelloonstelsel en het beschikbare premiestelsel. Daarnaast zijn in art. 19b Wet LB 1964 sancties opgenomen ter voorkoming van de oneigenlijke afwikkeling van pensioen. Dit betekent dat als er sprake is van een oneigenlijke handeling de volledige pensioenaanspraak wordt aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrekking van de pensioenrechtige, waardoor de pensioenaanspraak progressief wordt belast en waar bovenop een revisierente van 20% wordt gerekend op basis van art. 30i AWR.

Een onderneming moet de omvang zijn pensioenverplichting in eigen beheer in beginsel waarderen op de fiscale balans op basis van goed koopmansgebruik.²²⁶ In art. 3.29 Wet IB 2001 is bepaald dat pensioenverplichtingen moeten worden gewaardeerd met inachtneming van de algemeen aanvaarde actuariële grondslagen, waarbij een rekenrente van 4% in aanmerking moet worden genomen. Door de toepassing van de actuariële methode wordt het doelvermogen berekend. Er zijn twee systemen gangbaar bij de actuariële methode: het koopsommensysteem en het premiesysteem. Voor de fiscale waardering geldt daarnaast dat de leeftijdsterugstelling op basis van art. 8, lid 6 Wet VPB 1969 niet is toegestaan. Verder mag op basis van art. 3.26 Wet IB 2001 geen rekening worden gehouden met loon- of prijsstijgingen na afloop van het jaar, maar moeten deze pensioenkosten worden geactiveerd en vallen deze kosten vrij naar evenredigheid als de loon- en prijsstijgingen zich voordoen. Een uitzondering op de hoofdregel van art. 3.26 Wet IB 2001 is art. 3.27 Wet IB 2001, waar wel de mogelijkheid wordt gegeven om bij indexatie kosten en lasten in aanmerking te nemen als deze daadwerkelijk worden betaald aan een pensioenuitvoerder voor de aanvang van het kalenderjaar of binnen zes maanden na afloop van het kalenderjaar. Hierbij is het van belang dat de kosten en lasten zien op loon- of prijsstijgingen van ten hoogste 4% per jaar en dat het gaat om pensioenaanspraken die een werknemer over verstreken dienstjaren heeft opgebouwd. Tevens kan op indirecte wijze rekening worden gehouden met verwachte loon- en prijsstijgingen door de toepassing van de rekenrente van art. 3.28 Wet IB 2001. Op basis van BNB 1989/115²²⁷ kan geen rekening worden gehouden met de kans op vooroverlijden van de DGA en een kosten- en winstopslag.²²⁸

²²⁶ Art 3.25 Wet IB 2001.

²²⁷ HR 14 september 1988, nr. 24 591, BNB 1989/115.

²²⁸ HR 14 januari 1959, nr. 13 808, BNB 1959/74 en HR 14 september 1988, nr. 24 616, BNB 1989/4.

Aan pensioen in eigen beheer zitten de volgende voordelen: het liquiditeitsvoordeel, de mogelijkheid tot het maken van eigen beleggingskeuzes, lagere kosten en de mogelijke vererving van het pensioenvermogen naar de erfgename van de DGA. Aan pensioen in eigen beheer zit tevens een aantal knelpunten:

- de waardering- en berekeningssystematiek is complex;
- de afwijking van de fiscale waardering ten opzichte van de commerciële waardering van de pensioenverplichting;
- de fiscale waardering op de commerciële balans van kleine rechtspersonen;
- het overdragen van een pensioen tegen waarde economische verkeer bij een echtscheiding;
- de gedeeltelijke niet aftrekbaarheid (indexatie) bij extern eigen beheer van de werkgever, terwijl de ontvangsten bij het pensioenlichaam wel (gedeeltelijk) in de winst worden betrokken;
- belast vrijval en niet aftrekbare indexatie bij waardeoverdracht en zetelverplaatsing Nederland;
- bij de loonbelasting wordt er uitgegaan van de werkelijke waarde van de aanspraak, terwijl voor de vennootschapsbelasting wordt uitgegaan van de fiscale waarde;
- geen of een beperkte mogelijkheid tot het uitkeren van dividend (dividendklem);
- pensioen in eigen beheer voldoet niet aan de verzorgingsfunctie;
- het nabestaandepensioen; en
- verliesverdamping.

Hoofdstuk 3 – Commerciële waardering van pensioenverplichtingen

3.1 Inleiding

De commerciële waardering geschiedt ten behoeve van de commerciële balans. Deze balans heeft als doel om een getrouw beeld te geven aan de aandeelhouders, kapitaalverstrekkers en overige belanghebbenden van de vennootschap. Dit in tegenstelling tot de fiscale balans waar het doel is om de jaarwinst te bepalen, waarover belasting wordt betaald. Doordat beide winstbepalingen een ander doel hebben, zijn er verschillende waarderingsgrondslagen van toepassing. Zoals vermeld in hoofdstuk 2 wordt er voor de fiscale waardering van pensioenverplichtingen uitgegaan van goed koopmansgebruik en de nadere van art. 3.26 tot en met art 3.29 Wet IB 2001 juncto. art. 8, lid 6 Wet VPB 1969 en de jurisprudentie. De waardering van de pensioenverplichting voor de commerciële winstbepaling zal hieronder verder worden beschreven. Hierbij zal zowel worden ingegaan op IFRS als op de Richtlijn voor de jaarverslaggeving (hierna: RJ).

3.2 Richtlijn voor de Jaarverslaggeving

Op grond van art. 2:362 BW is een Nederlandse rechtspersoon verplicht om de jaarrekening op te stellen volgens de normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. Dit moet een zodanig inzicht geven dat er een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat. Op basis van art. 2:362, lid 2 BW dient de balans met de toelichting getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het vermogen en zijn samenstelling in actief- en passiefposten op het einde van het boekjaar weer te geven. Daarnaast moet de winst- en verliesrekening met de toelichting getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het resultaat van het boekjaar en zijn afleiding uit de posten van baten en lasten weer te geven.

De normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd, worden door de Raad van de Jaarverslaggeving in belangrijke mate vastgelegd door het opstellen van de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving. Deze richtlijnen worden vastgelegd in de RJ-bundel voor grote en middelgrote rechtspersonen en de RJk-bundel voor kleine rechtspersonen. Deze bundels hebben geen wettelijke status en daardoor geen bindende kracht, maar nemen wel een belangrijke plaats in bij het invullen van de wettelijke normen.²²⁹ De Hoge Raad heeft in de jaarrekeningprocedure SOBI-KPN²³⁰ geoordeeld dat de RJ-richtlijnen een 'belangrijk oriëntatiepunt' en 'gezaghebbende kenbronnen' zijn van hetgeen 'in het maatschappelijk verkeer aanvaardbaar' is in de zin van art. 2:362, lid 1 BW, maar de RJ-richtlijnen zijn niet beslissend. Het is dus niet wettelijk verplicht de richtlijnen te volgen, maar er dient wel een goede motivering te worden gegeven in het geval er van wordt afgeweken.

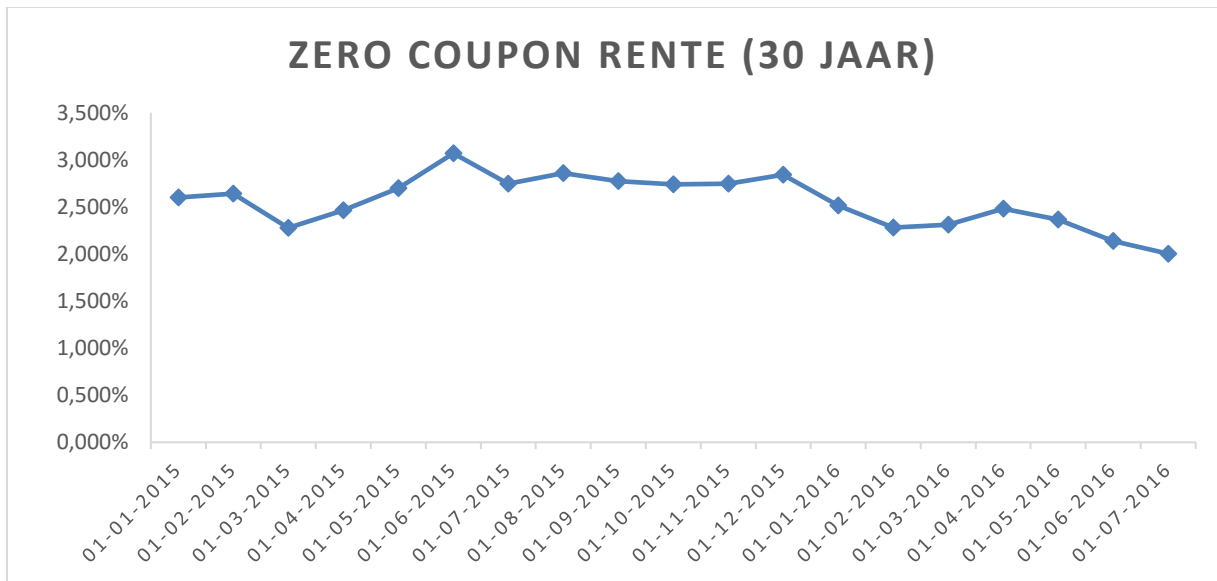
3.2.1 Commerciële waardering pensioenverplichting in eigen beheer bij grote en middelgrote rechtspersonen.

Voor de pensioenverplichting in eigen beheer van de DGA moet volgens RJ 271.318 op balansdatum een voorziening gevormd worden voor de opgebouwde onvoorwaardelijke pensioenaanspraken, inclusief onvoorwaardelijk overeengekomen (toekomstige) indexaties van de opgebouwde aanspraken. Bij het waarderen van de pensioenverplichting moeten op basis van RJ 271.318a de actuariële Nederlandse grondslagen in aanmerking worden genomen. De daarbij te hanteren actuariële veronderstellingen worden gebaseerd op de beste schatting van de variabelen die de omvang bepalen van de uitgaven die naar verwachting noodzakelijk zullen zijn om de verplichting af te wikkelen. Hierbij

²²⁹ F.R. Herreveld, R.L. ter Hoeven en C.A.H. Luijken, Waardering pensioen in eigen beheer en Dividenduitkeringen, WFR 2013/1362, par. 6.

²³⁰ HR 10 februari 2006, nr. C04/305HR, SOBI-KPN, r.o. 5.5, NJ 2006/241, JOR 2006/94 (noot P.M. van der Zanden).

kan worden gekozen om rekening te houden met indexactie en verwachte loonstijgingen. In tegenstelling tot art. 3.29 Wet IB 2001 hoeft hierbij geen rekening te worden gehouden met een rente van 4%, maar met de marktrente.²³¹ Deze marktrente wordt door DNB voorgeschreven.²³² De marktrente wordt voor de commerciële waardering bepaald op basis van rente op hoogwaardige ondernemingsobligaties.²³³ Van hoogwaardige ondernemingsobligaties wordt in de regel gesproken als een kredietbeoordelingsbureau²³⁴ één van de twee hoogste ratings heeft afgegeven (AAA of AA).²³⁵ Een rating van AAA of AA laat een laag risico zien van de obligaties. Doordat de rente op hoogwaardige ondernemingsobligatie lastig te bepalen is gaat de SRA²³⁶ uit van de zero-couponrente plus 1%.²³⁷ De rente bedraagt sinds 1 januari 2015 gemiddeld 2,6% (zie tabel²³⁸).



De Raad van Jaarverslaggeving heeft in 2014 ten aanzien van pensioenvoorziening in eigen beheer van de DGA in de jaarrekening aangegeven dat de waardering niet meer mag plaatsvinden op fiscale grondslagen.²³⁹ Dit was voor RJ-Uiting 2014-4 wel mogelijk. De reden hiervoor is dat de fiscale waardering ten aanzien van de rentestand en (het verbod op) leeftijdsterugstelling in veel gevallen zorgt voor een te lage waardering van de pensioenverplichting in eigen beheer. De waardering zal daarom moeten plaatsvinden op basis van de ‘beste schatting’, om in overeenstemming te zijn met art. 2:362 BW. Het is dan ook toegestaan om bij de voorziening voor de pensioenaanspraken rekening te houden met toekomstige salarisstijgingen (bij een eindloonregeling), indexatie (als die is overeengekomen) en eventuele toekomstige andere aanpassingen.²⁴⁰

²³¹ RJ 271.316.

²³² B. Dieleman, Waardering van in eigen beheer gehouden pensioenverplichtingen, *PensioenMagazine* 2013/24.

²³³ RJ 271.216.

²³⁴ Bijvoorbeeld Standards & Poor en Moody's.

²³⁵ F.R. Herreveld, R.L. ter Hoeven en C.A.H. Luijken, Waardering pensioen in eigen beheer en Dividenduitkeringen, *WFR* 2013/1362, par. 8.1.

²³⁶ SRA: Een netwerkorganisatie voor accountants.

²³⁷ SRA, SRA-Praktijkhandreiking: Pensioen in eigen beheer, 23 december 2015, par. 3.1.2.

²³⁸ DNB, T1.3.1 Rentetermijnstructuur pensioenfondsen; Jaar/Maand, <http://www.dnb.nl/statistiek/statistieken-dnb/financiele-markten/rentes/index.jsp>, 04-08-2016.

²³⁹ Raad van jaarverslaggeving, RJ-Uiting 2014-4, www.rjnet.nl.

²⁴⁰ B. Dieleman, Waardering van in eigen beheer gehouden pensioenverplichtingen, *PensioenMagazine* 2013/24.

3.2.2 Commerciële waardering pensioenverplichting in eigen beheer bij micro en kleine rechtspersonen.

Er kan worden gesproken van een micro of een kleine vennootschap als twee opeenvolgende balansdata wordt voldaan aan twee of drie vereisten van art. 2:395a lid 1 en lid 2 BW (micro)²⁴¹ art. 2:396 lid 1 en lid 2 BW (kleine)²⁴². Voor micro en kleine rechtspersonen bestaat op basis van art. 2:395a, lid 7 BW juncto. art. 2:396 lid 6 BW de mogelijkheid om de gehele jaarrekening op te stellen op basis van fiscale grondslagen. Hierdoor kan het pensioen van de DGA in eigen beheer worden gewaardeerd op basis van de fiscale grondslagen. Doordat deze mogelijkheid is opgenomen in de wet is de wijziging van RJ-Uiting 2014-4 niet van toepassing op micro en kleine rechtspersonen die de jaarrekening opstellen op basis van de fiscale grondslagen. Door deze bepaling heeft de wetgever de mogelijkheid geboden om de commerciële waardering en winstbepaling in overeenstemming te brengen met de fiscale waardering en winstbepaling. In de parlementaire behandeling van 2:396 lid 6 BW is aangegeven dat administratieve lasten van beide winstbepalingen niet opwegen tegen de verschillende doelen van beide winstbepalingen voor kleine rechtspersonen.²⁴³ Hierbij was voor de wetgever mede van belang dat voor kleine rechtspersonen de opgestelde jaarrekening ongeveer dezelfde informatie biedt als de aangifte vennootschapsbelasting.²⁴⁴ Dieleman²⁴⁵ geeft aan dat het volgen van de fiscale grondslagen voor de waardering van pensioen in eigen beheer leidt tot een relatief lage waardering, waardoor dit strijdig is met het getrouwe beeld van de werkelijkheid en voorzichtigheidsbeginsel. Dit hoeft niet voor te zorgen aanpassing, omdat volgens Dieleman²⁴⁶ het nut van de jaarrekening van kleine rechtspersonen nagenoeg nihil is.

3.3 Richtlijnen voor IFRS

Sinds 2005 geldt voor beursgenoteerde ondernemingen binnen de EU een verplichting om IFRS toe te passen bij het opstellen van de geconsolideerde jaarrekening, op grond van de Verordening 1606/2002. Door de directe werking van de verordening is IFRS ook verplicht voor beursgenoteerde ondernemingen binnen de EU als een lidstaat zijn wetgeving niet overeenkomstig aanpast naar aanleiding van de verordening. Verordening 1606/2002 heeft als doel om binnen de kapitaalmarkt van de EU uniforme regels te creëren voor de financiële verslaggeving.²⁴⁷ In Nederland is er naast de verplichting voor beursgenoteerde ondernemingen om IFRS toe te passen ook een keuzemogelijkheid voor niet-beursgenoteerde rechtspersonen om IFRS toe te passen, op basis van art. 2:362, lid 8 BW. Doordat veel ondernemingen die pensioen in eigen beheer opbouwen een beperkte omvang hebben, zal het aantal ondernemingen dat IFRS toepast en pensioen in eigen beheer heeft, beperkt zijn.²⁴⁸

In IAS 19.24 is opgenomen dat alle pensioenregelingen onder de reikwijdte van IAS 19 vallen, ongeacht of de pensioenregeling in de eigen onderneming is ondergebracht. Daarnaast wordt in IAS 19.3 en IAS 19.6 aangegeven dat IAS 19 ook van toepassing is op het pensioen van directeur en een pensioenregeling

²⁴¹ De waarde van de activa volgens de balans bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs niet meer dan € 350.000, de netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan € 700.000 en het gemiddelde aantal werknemer over het boekjaar bedraagt minder dan 10.

²⁴² De waarde van de activa volgens de balans bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs niet meer dan € 6.000.000, de netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan € 12.000.000 en het gemiddelde aantal werknemer over het boekjaar bedraagt minder dan 50.

²⁴³ Kamerstukken II 2006-2007, 31136, nr. 3, (MvT), p. 3-5.

²⁴⁴ Kamerstukken II 2006-2007, 31136, nr. 3, (MvT), p. 3-5.

²⁴⁵ B. Dieleman, Waardering van in eigen beheer gehouden pensioenverplichtingen, *PensioenMagazine* 2013/24.

²⁴⁶ B. Dieleman, Waardering van in eigen beheer gehouden pensioenverplichtingen, *PensioenMagazine* 2013/24.

²⁴⁷ Verordening 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002, Publicatieblad nr. L243/1.

²⁴⁸ B. Dieleman, Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen, Rotterdam: proefschrift Erasmus Universiteit Rotterdam, 2012, p. 152 en B. Dieleman, Waardering van pensioenverplichtingen vanaf 2013, *MBB* 2013/01, par. 2.1.

voor één werknemer.²⁴⁹ Er wordt bij de toepassing van IFRS een onderscheid gemaakt tussen de waardering van een defined contributionregeling (beschikbare premiestelsel) en een defined benefitregeling (eind- of middelloonstelsel). Als het pensioen in eigen beheer wordt opgebouwd op basis van het defined contributionregeling zal het pensioen in eigen beheer gelijk moeten worden gewaardeerd als de in eigen beheer gehouden pensioenbeleggingen, die op basis van IAS 19 gewaardeerd moeten worden op marktwaarde. Een pensioenverplichtingen in eigen beheer op basis van de denifed benefitregeling moet net als bij een professionele beheerders worden gewaardeerd op basis van vier componenten.²⁵⁰ Het gaat hierbij om de componenten: de contante waarde van de pensioenverplichting, de waarde van fondsbeleggingen, positieve of negatieve actuariële resultaten en lasten van verstreken diensttijd.²⁵¹ Hierbij worden de laatste drie componenten in mindering gebracht op de waarde van de pensioenverplichting.²⁵² Dieleman²⁵³ geeft hierbij aan dat er bij pensioen in eigen beheer geen rekening kan worden gehouden met de fondsbeleggingen. Dit komt doordat de liquiditeiten binnen de onderneming blijven en hiertegenover geen fondsbeleggingen hoeven te staan, waardoor waardering tegen de marktwaarde niet mogelijk kan zijn. Daarnaast is het wel mogelijk om rekening te houden met actuariële resultaten, echter is het de vraag of dit een getrouw beeld geeft van de pensioenvoorziening, omdat actuariële resultaten de omvang van de voorziening kunnen beperken. Doordat de voorgaande componenten minder van belang zijn hebben de contante waarde van de pensioenverplichting en de verstreken diensttijd een relatief grote invloed op de waardering van de pensioenverplichting in eigen beheer.²⁵⁴

3.4 Subconclusie

Op grond van art. 2:362 BW is een Nederlandse rechtspersoon verplicht om de jaarrekening op te stellen volgens de normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. Deze normen worden door de Raad van de Jaarverslaggeving in belangrijke mate vastgelegd door het opstellen van de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving. Deze richtlijnen worden vastgelegd in de RJ-bundel voor grote en middelgrote rechtspersonen en de RJk-bundel voor kleine rechtspersonen. Deze bundels hebben geen wettelijke status en daardoor geen bindende kracht, maar nemen wel een belangrijke plaats in bij het invullen van de wettelijke normen. Voor de pensioenverplichting in eigen beheer van de DGA moet volgens RJ 271.318 op balansdatum een voorziening gevormd worden voor de opgebouwde onvoorwaardelijke pensioenaanspraken, inclusief onvoorwaardelijk overeengekomen (toekomstige) indexaties van de opgebouwde aanspraken. De marktrente wordt voor de commerciële waardering bepaald op basis van rente op hoogwaardige ondernemingsobligaties.

De Raad van Jaarverslaggeving heeft in 2014 ten aanzien van pensioenvoorziening in eigen beheer van de DGA aangeven dat de waardering niet meer mag plaatsvinden op fiscale grondslagen.²⁵⁵ Voor micro en kleine rechtspersonen bestaat op basis van art. 2:395a, lid 7 BW juncto art. 2:396 lid 6 BW de mogelijkheid om de gehele jaarrekening op te stellen op basis van fiscale grondslagen. Hierdoor kan het pensioen van de DGA in eigen beheer bij kleine en micro vennootschappen worden gewaardeerd op basis van de fiscale grondslagen.

²⁴⁹ B. Dieleman, *Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen* (Fiscale Monografieën, nr. 140), Deventer: Kluwer 2012, p. 152.

²⁵⁰ B. Dieleman, *Waardering van pensioenverplichtingen vanaf 2013*, MBB 2013/01, par. 2.1.

²⁵¹ B. Dieleman, *Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen* (Fiscale Monografieën, nr. 140), Deventer: Kluwer 2012, par. 4.5.2.

²⁵² B. Dieleman, *Waardering van pensioenverplichtingen vanaf 2013*, MBB 2013/01, par. 2.1.

²⁵³ B. Dieleman, *Waardering van pensioenverplichtingen vanaf 2013*, MBB 2013/01, par. 2.1.

²⁵⁴ B. Dieleman, *Waardering van pensioenverplichtingen vanaf 2013*, MBB 2013/01, par. 2.1.

²⁵⁵ Raad van jaarverslaggeving, RJ-Uiting 2014-4, www.rjnet.nl.

Sinds 2005 geldt voor beursgenoteerde ondernemingen binnen de EU een verplichting om IFRS toe te passen bij het opstellen van de geconsolideerde jaarrekening, op grond van de Verordening 1606/2002. Doordat veel ondernemingen die pensioen in eigen beheer opbouwen een beperkte omvang hebben, zal het aantal ondernemingen dat IFRS toepast en pensioen in eigen beheer heeft, beperkt zijn. In IAS 19.24 is opgenomen dat alle pensioenregelingen onder de reikwijdte van IAS 19 vallen, ongeacht of de pensioenregeling in de eigen onderneming is ondergebracht. Er wordt bij de toepassing van IFRS een onderscheid gemaakt tussen de waardering van een defined contributionregeling (beschikbare premiestelsel) en een defined benefitregeling (eind- of middelloonstelsel).

Hoofdstuk 4 – Oplossingen pensioen in eigen beheer

4.1 Inleiding

In de brief van 6 december 2013²⁵⁶ heeft de staatssecretaris een drietal mogelijkheden genoemd om de problematiek van pensioen in eigen beheer op te lossen. Hierbij gaat het om de volgende drie oplossingsrichtingen: de fiscale pensioenverplichting wordt op commerciële basis berekend, de fiscale pensioenverplichting vormt het uitgangspunt voor een herrekening van de pensioenaanspraken en het invoeren van een nieuwe vorm van de oudedagreserve. In latere brieven stelt de staatssecretaris het OSEB²⁵⁷, het afschaffen van pensioen in eigen beheer²⁵⁸ en de SBU²⁵⁹ voor. Uiteindelijk geeft de staatssecretaris in zijn brief van 1 juli 2016 aan dat het uitfaseren van pensioen in eigen beheer met eventuele toepassing van de SBU de voorkeur geniet.²⁶⁰

In dit hoofdstuk zullen de oplossingsrichtingen van de staatssecretaris en andere oplossingsrichtingen vanuit de literatuur uiteen worden gezet. Deze oplossingen worden beschreven en getoetst aan het toetsingskader uit hoofdstuk 1. Het behoud van het huidige stelsel wordt niet uiteengezet en getoetst, omdat in de voorgaande hoofdstukken al is geconcludeerd dat er een groot aantal knelpunten bestaat bij de huidige vorm van pensioen in eigen beheer.

4.2 Voorwaarden oplossingen

De staatssecretaris heeft in zijn brief van 2 juni 2014²⁶¹ een aantal randvoorwaarden en uitgangspunten uiteengezet, waar de oplossing zijns inziens aan zou moeten voldoen. Volgens de staatssecretaris is een belangrijk uitgangspunt dat de regelgeving structureel eenvoudiger en begrijpelijker moet worden voor de DGA en de belastingdienst. Als dit niet het geval is, dan zou een aanpassing van pensioenopbouw in eigen beheer niet zinvol zijn. Hierbij geeft hij aan dat dit vooral ziet op de ingewikkelde verschillen tussen de fiscale en civielrechtelijke (commerciële) waarderingsregels van pensioen in eigen beheer. Doordat dit verschil eerder als knelpunt is aangedragen, is het naar mijn mening het correct om dit knelpunt bij een eventuele oplossing op te lossen. Verder zorgt dit verschil voor andere knelpunten, waardoor het van belang is om de verschillen in de waardering structureel op te lossen en te kiezen voor een oplossingsrichting, waarbij een begrijpelijk beeld ontstaat en de regeling structureel eenvoudiger is.

Daarnaast noemt de staatssecretaris nog een aantal andere randvoorwaarden. Ten eerste vindt hij het van belang dat de door de DGA ingelegde middelen beschikbaar kunnen blijven voor de onderneming, waardoor het liquiditeitsvoordeel behouden blijft. Ten tweede moet er iets geregeld worden voor eventuele nabestaanden. Ten derde moet de oplossing budgettair haalbaar zijn.

4.2.1 Liquiditeitsvoordeel behouden

Bij de huidige vorm van pensioen in eigen beheer hoeft de pensioenpremie van de DGA niet extern te worden afgestort bij een professionele beheerder, maar blijft het pensioen binnen de onderneming beschikbaar. Dit zorgt voor een liquiditeitsvoordeel, waardoor het pensioen van de DGA kan dienen als financiering binnen de onderneming. Dit is één van de argumenten voor de opbouw van pensioen in eigen beheer. Door de financiële crisis en de daarbij horende beperkt externe financieringsmogelijkheden, is de pensioenaanspraak in veel gevallen een belangrijke bron van financiering van het ondernemingsvermogen. Om te kunnen voldoen aan de pensioenverplichting van

²⁵⁶ Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

²⁵⁷ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

²⁵⁸ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U.

²⁵⁹ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U.

²⁶⁰ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

²⁶¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.

de DGA op de ingangsdatum van het pensioen is het van belang om het ondernemingsvermogen (gedeeltelijk) liquide te maken op de ingangsdatum.²⁶² Dit zal met zich meebrengen dat rond de ingangsdatum van het pensioen de financieringsmogelijkheden van het ondernemingsvermogen door de pensioenverplichting in eigen beheer worden beperkt.

4.2.2 Regeling voor nabestaanden

Pensioen in eigen beheer bestaat naast de oudedagvoorziening voor de DGA, tevens uit een voorziening voor de nabestaanden van de DGA in de situatie dat de DGA een partner en/of kinderen heeft.²⁶³ Deze uitkering is voor de nabestaanden van de DGA van belang voor hun verzorgingsfunctie na het overlijden van de DGA. De staatssecretaris heeft aangegeven dat het nabestaandenpensioen bij de te kiezen oplossingsrichting van toepassing moet blijven. Het is voor de DGA zowel mogelijk om het risico op vooroverlijden extern te verzekeren als binnen de onderneming. Als het nabestaandenpensioen binnen de onderneming wordt verzekerd is de uitkering afhankelijk van het eigen vermogen van de onderneming op het moment van overlijden van de DGA. In het geval dat bij een eventuele oplossingsrichting het nabestaandenpensioen extern zal moeten worden verzekerd, kan dit voor DGA's met een groot overlijdensrisico voor een verhoogde premie zorgen, of is het zelfs onmogelijk om het nabestaandenpensioen te verzekeren. Daarentegen zal dit voor gezonde DGA's geen probleem zijn. Als er sprake is van een groot overlijdensrisico zal de verhoogde premie er ervoor zorgen dat het extern verzekeren van het nabestaandenpensioen geen oplossing is voor het huidige nabestaandenpensioen.

In de brief van 2 juni 2014²⁶⁴ gaat de staatssecretaris in op de vraag of voor de waardering van het nabestaandenpensioen kan worden uitgegaan van de koopsom bij een extern verzekeraar, in plaats van het bedrag waarvoor een direct nabestaandenpensioen gefinancierd kan worden.²⁶⁵ Door uit te gaan van de koopsom bij een externe verzekeraar wordt het verschil tussen de commerciële en fiscale waardering kleiner. Bij de tarieven van een verzekeraar kan namelijk rekening worden gehouden met de statistische kans op vooroverlijden. Echter, wordt op dit punt door de staatssecretaris opgemerkt dat bij een professionele beheerder sprake is van een compenserende werking tussen verschillende verzekerden. Bij een vennootschap die slecht één verzekerde heeft, is er geen sprake van dit effect. De vennootschap moet er volgens de staatssecretaris op een andere manier voor zorgen dat er voldoende vermogen is op het moment dat het verzekerde risico zich voordoet. Eventueel kan dit worden voorkomen door het risico te herverzekeren bij een verzekeraar. Zoals eerder is opgemerkt, is het de vraag of dit in alle gevallen mogelijk is.

4.2.3 Budgettair haalbaar

Bij een wijziging in de wetgeving ten aanzien van pensioen in eigen beheer moet er gekeken worden naar de meerjarige budgettaire effecten. Doordat het gaat om een levenslange uitkering kan dit nog tientallen jaren effecten met zich meebrengen. Negatieve of positieve budgettaire belangen zullen meegenomen moeten worden in de overwegingen voor een oplossingsrichting van pensioen in eigen beheer. In de brief van 1 juli 2015 heeft de staatssecretaris aangegeven dat een nieuwe regeling budgettair neutraal moet worden vormgegeven.²⁶⁶

²⁶² F.R. Herreveld, R.L. ter Hoeven RA en C.A.H. Luijken, Wezenlijke bijdrage aan vereenvoudiging van het fiscale Regime, WFR 2014/1132, par 2.

²⁶³ Art. 10c, onderdeel d Uitvoeringsbesluit LB 1965.

²⁶⁴ Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.

²⁶⁵ Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.

²⁶⁶ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

4.3 De fiscale pensioenverplichting wordt op commerciële basis berekend

De Raad van Jaarverslaggeving heeft in 2014 ten aanzien van pensioen in eigen beheer aangegeven dat bij grote en middelgrote rechtspersonen de waardering niet meer mag plaatsvinden op fiscale grondslagen.²⁶⁷ De reden voor deze wijziging is dat de fiscale waardering ten aanzien van de rentestand en (het verbod op) leeftijdsterugstelling in veel gevallen zorgt voor een te lage waardering van de pensioenverplichting in eigen beheer.²⁶⁸ De waardering zal na de wijziging moeten plaatsvinden op basis van de beste schatting. Voor micro en kleine rechtspersonen bestaat wel de mogelijkheid om de gehele jaarrekening op te stellen op basis van fiscale grondslagen.^{269 270}

De staatssecretaris heeft in zijn brief van 6 december 2013²⁷¹ als oplossingsrichting voorgesteld om voor de fiscale waardering van de pensioenverplichting de commerciële waarderingsregels te volgen. Zoals hiervoor is aangegeven wordt voor de commerciële waardering van pensioenverplichtingen uitgegaan van de beste schatting, terwijl voor de fiscale waardering van pensioenvoorziening wordt uitgegaan van goed koopmansgebruik en de wettelijke inbreuken hierop. Bij de commerciële waardering van pensioenverplichtingen wordt rekening gehouden met de disconteringsvoet van professionele beheerders, toekomstige loon- en prijsstijgingen, leeftijdsterugstellingen en indexactie (als dit is overeengekomen). Het volgen van de commerciële waarderingsregels heeft onder andere tot gevolg dat bij de huidige rentestand de pensioenverplichting hoger gewaardeerd moet worden dan op basis van de huidige fiscale waarderingsregeling. Deze verhoging ontstaat doordat wordt afgeweken van de 4% marktrente die is opgenomen in art. 3.29 Wet IB 2001. Verder heeft het volgen van de commerciële waardering tot gevolg dat de inbreuken die wordt gemaakt op goed koopmansgebruik bij het huidige stelsel van waarderingsregels worden teruggenomen. De staatssecretaris geeft verder aan dat bij deze oplossingsrichting voor de fiscale waardering geen rekening kan worden gehouden met de kosten- en winstslag die professionele beheerders hanteren, terwijl dit voor de commerciële waardering wel mogelijk is.²⁷² Dit is naar mijn mening onterecht, omdat dit ervoor zorgt dat er een verschil tussen de fiscale en commerciële waardering blijft bestaan.

4.3.1 Waardering pensioenlasten

Zoals hiervoor is beschreven wordt er op basis van de wetgeving bij de fiscale waardering van pensioenverplichtingen een aantal inbreuken gemaakt op goed koopmansgebruik. Om de commerciële waardering te volgen moet de regelgeving omtrent de beste schatting worden ingevoerd en zullen deze inbreuken op goed koopmansgebruik uit de wet moeten worden gehaald. Dit betekent dat art. 3.26, lid 1, 3.27 en 3.28 Wet IB 2001 moeten worden aangepast.

De werking van art. 3.26, lid 1 Wet IB 2001 zorgt ervoor dat de kosten die worden gemaakt door het stijgen van lonen na afloop van het jaar buiten beschouwing blijven. Dit betekent dat lasten voor de reeds opgebouwde pensioenvoorziening die zien op toekomstige loon- of prijsstijgingen, ook wel comingbackservice genoemd, niet in aftrek van de winst kunnen worden gebracht. Deze kosten mogen op basis van art. 3.26, lid 2 Wet IB 2001 pas in aftrek worden gebracht als de wijziging daadwerkelijk plaatsvindt. Bij de commerciële waardering mogen op basis van RJ 271.306, de kosten die zien op toekomstige loon- en prijsstijgingen wel in aftrek worden gebracht. Hierbij maakt het niet uit dat de kosten zien op een toekomstige loon- en prijsstijging.

²⁶⁷ RJ-Uiting 2014-4.

²⁶⁸ Raad van jaarverslaggeving, RJ-Uiting 2014-4, www.rjnet.nl.

²⁶⁹ Art. 2:395a, lid 7 BW juncto. art. 2:396 lid 6 BW.

²⁷⁰ Dit is verder toegelicht in paragraaf 3.2.2.

²⁷¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

²⁷² Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

Om voor de fiscale waardering de commerciële waardering te volgen, zullen de toekomstige loon- en prijsstijging in aftrek moeten kunnen worden gebracht. Dit betekent dat loon- en prijsstijgingen met betrekking tot pensioen in eigen beheer buiten de werking van art. 3.26, lid 1 Wet IB 2001 moeten worden gebracht. Hierdoor is het voor pensioen in eigen beheer mogelijk om art. 3.26 Wet IB 2001 te schrappen. Doordat er tevens andere situaties dan pensioen in eigen beheer onder artikel 3.26 Wet IB 2001 vallen is het de vraag of het schrappen van dit hele artikel mogelijk is. In de parlementaire geschiedenis ten aanzien van de voorganger van art. 3.26 Wet IB 2001, art. 9a Wet IB 1964, is opgemerkt dat de bepaling tevens gevolgen heeft voor reserves en verplichtingen buiten de pensioensfeer, zoals bij de garantieverplichting en de onderhoudsreserve.²⁷³ Daarnaast had art. 9a Wet IB 1964 tevens gevolgen voor het bepalen van de jaarlast met betrekking tot geïndexeerde leningen, leasecontracten en onderhoudsegalisatiereserves.²⁷⁴ Het in aftrek kunnen brengen van pensioenlasten ten aanzien van toekomstige loon- en prijsstijgingen heeft verder tot gevolg dat voor pensioen in eigen beheer de toepassing van art. 3.27 en 3.28 Wet IB 2001 overbodig zullen worden. Dieleman²⁷⁵ merkt op dat als in de pensioenovereenkomst niet is vastgelegd dat rekening wordt gehouden met toekomstige loon- en prijsstijgingen dat niet wordt voldaan aan de oorsprongeis uit het baksteenarrest.²⁷⁶ Hierdoor kan voor dat gedeelte fiscaal geen voorziening worden gevormd, waardoor de pensioenlasten voor dat gedeelte niet in aftrek kunnen worden gebracht. Dit zou ervoor kunnen zorgen dat er een verschil blijft bestaan tussen de fiscale en commerciële waardering van pensioen in eigen beheer. Dit zou eventueel kunnen worden opgelost door fiscaal alsnog toe te staan dat rekening kan worden gehouden met toekomstige loon- en prijsstijgingen.

Door de Werkgroep Ondernemerspensioen²⁷⁷ is voorgesteld om de uitzondering van art. 3.27 Wet IB 2001 te verruimen tot pensioen in eigen beheer en de rekenrente van art. 3.28 Wet IB 2001 te wijziging naar een percentage dat gelijk is aan de door DNB voorgeschreven disconteringsvoet, in plaats van het afschaffen van art. 3.26 tot en met 3.28 Wet IB 2001. Door pensioen in eigen beheer onder art. 3.27 Wet IB 2001 te brengen is het mogelijk om toekomstige loon- en prijsstijgingen in aftrek te kunnen brengen van de winst. De Werkgroep Ondernemingspensioen²⁷⁸ geeft verder aan dat de wetgever op het gebied van de aftrek van toekomstige loon- en prijsstijgingen misbruik en daarmee budgettaire derving zal willen tegengaan. Zij geven aan dat dit eventueel kan worden bereikt door in art. 3.27 Wet IB 2001 op te nemen dat de pensioenpremie van pensioen in eigen beheer die betrekking heeft op de toekomstige loon- en prijsstijgingen alleen in aftrek kan worden gebracht voor zover dit niet hoger is dan in collectieve pensioenregelingen gangbaar is.²⁷⁹

Doordat art. 3.26 Wet IB 2001 van toepassing is op andere situaties dan pensioen in eigen beheer moet dit artikel naar mijn mening blijven bestaan. Hierdoor zal bij deze oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer onder de uitzondering van art. 3.27 Wet IB 2001 moeten vallen en moet de rekenrente van art. 3.28 aansluiten bij de commerciële disconteringsvoet.

²⁷³ Kamerstukken II 1973-1974, 13 004, nr. 3, p. 6 (MvT).

²⁷⁴ Kamerstukken II 1974-1975, 13 004, nr. 5-6, p. 43 (MvA).

²⁷⁵ B. Dieleman, *Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen*, Rotterdam: proefschrift Erasmus Universiteit Rotterdam, 2012, p. 230.

²⁷⁶ HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409.

²⁷⁷ Werkgroep Ondernemerspensioen, *Het Ondernemerspensioen, Een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën 6 december 2013 (DB/2013/576)*, Tilburg University, Tilburg: 2014, p. 16-17.

²⁷⁸ Werkgroep Ondernemerspensioen, *Het Ondernemerspensioen, Een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën 6 december 2013 (DB/2013/576)*, Tilburg University, Tilburg: 2014, p. 15-16.

²⁷⁹ Werkgroep Ondernemerspensioen, *Het Ondernemerspensioen, Een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën 6 december 2013 (DB/2013/576)*, Tilburg University, Tilburg: 2014, p. 15-16.

4.3.2 Waardering pensioenvoorziening

Ten aanzien van pensioen in eigen beheer is er zoals eerder aangegeven sprake van een verschil tussen de commerciële en fiscale waardering. Om de omvang van de pensioenvoorziening te bepalen is onder andere art. 8, lid 6 Wet VPB 1969 opgenomen, hierin is opgenomen dat er geen rekening mag worden gehouden met de leeftijdsterugstelling. Echter, voor de commerciële waardering is leeftijdsterugstelling wel toegestaan. Om aan te sluiten bij de commerciële waardering zal voor de fiscale waardering het verbod op leeftijdsterugstelling moeten worden geschrapt.

Daarnaast wordt bij de fiscale waardering van de pensioenverplichting gebruik gemaakt van de rekenrente van ten minste 4%.²⁸⁰ Op basis van art. 3.29 Wet IB 2001 vindt de waardering van pensioenverplichtingen plaats met in acht name van actuariële grondslagen, waarbij de rekenrente wordt gesteld op ten minste 4%. Bij de commerciële waardering wordt voor de disconteringsvoet uitgegaan van de door DNB opgelegde marktrente. Om aan te sluiten bij de commerciële waardering zal voor de fiscale waardering rekening moeten worden gehouden met de door DNB opgelegde marktrente. Hierdoor zal de rekenrente van ten minste 4% uit art. 3.29 Wet IB 2001 kunnen worden geschrapt.

4.3.3 Knelpunten

Door het kiezen voor deze oplossingsrichting wordt een aantal knelpunten weggenomen. Het eerste punt mag duidelijk zijn, het verschil tussen de commerciële en fiscale waardering van de pensioenverplichting wordt voor het grootste gedeelte weggenomen. Doordat een duidelijker beeld ontstaat van de pensioenverplichting zal de DGA een beter beeld hebben van de vermogenspositie van de onderneming voor de uitkeringstoets. Hierdoor is het voor de DGA duidelijker of er de mogelijkheid is om dividend uit te keren zonder tegen heffing van loonbelasting en revisierente aan te lopen. Verder zal het voor andere belanghebbenden van de onderneming tevens duidelijker zijn wat de vermogenspositie is, omdat op de balans een beter beeld wordt gegeven van de pensioenverplichting en het eigen vermogen. Daarnaast zal het volgen van de commerciële waardering zorgen voor een duidelijker beeld van de loonbelastingclaim op de pensioenverplichting.

Er zitten ook nadelen aan het volgen van de commerciële waardering voor de fiscale waardering van de pensioenverplichting. Ten eerste wordt de berekening voor de waardering van de pensioenverplichting niet eenvoudiger. Dit zorgt voor administratieve lasten voor zowel de belastingplichtige als de belastingdienst. Daarnaast zal deze oplossingsrichting grote budgettaire gevolgen hebben bij het volgen van de commerciële waardering op de fiscale balans van de pensioenverplichting. De verhoging van de pensioenverplichting zorgt namelijk voor een verlies voor de onderneming, omdat de verplichting groter wordt. De staatssecretaris spreekt hierbij van een budgettaire derving van € 10 miljard, waarvan € 950 miljoen in het eerste jaar.²⁸¹ Daarnaast zal de fiscale waardering van de pensioenverplichting erg kunnen fluctueren door het volgen van de marktrente. Door het volgen van de marktrente zal bij een hoge marktrente de verplichting lager worden dan de huidige waardering met inachtneming van een rekenrente van 4% en bij een lage marktrente hoger dan de huidige waardering met inachtneming van een rekenrente van 4%. Dit zorgt ervoor dat de overheidsbudgettering op dit punt zal fluctueren en daardoor niet stabiel is.

Daarnaast dienen de commerciële waarderingsregels op basis van art. 2:362 BW te worden gebaseerd op de in het maatschappelijk verkeer aanvaardbare normen. Waarbij deze normen door de RJ in belangrijke mate worden vastgelegd in de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving. Op basis van het besluit van 3 juli 2008²⁸² gaat de belastingdienst voor de waarde in het economisch verkeer van de

²⁸⁰ Art. 3.29 Wet IB 2001.

²⁸¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

²⁸² Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M.

pensioenverplichting uit van de marktrente op basis van het U-rendement.²⁸³ In de loonsfeer wordt de waarde in het economisch verkeer bepaald op basis van het U-rendement plus 0,5%.²⁸⁴ Om te zorgen dat deze oplossingsrichting niet meer zorgt voor verschillen tussen de fiscale en de commerciële waardering zal naar mijn mening moeten worden aangesloten bij de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving. Dit zal ten goede komen aan de eenvoud, de duidelijkheid en de administratieve lasten van de belastingplichtige.

Het volgen van de commerciële waarderingsregels voor de fiscale waardering zorgt volgens de staatssecretaris voor een grote budgettaire derving van € 10 miljard.²⁸⁵ Gezien het feit dat de staatssecretaris heeft aangegeven dat de oplossingsrichting budgettair neutraal moet verlopen, is deze oplossing naar mijn mening niet toepasbaar.²⁸⁶ Door de grote kostenpost en het niet voldoen aan de voorwaarden van de staatssecretaris wordt in deze scriptie geen verdere aandacht besteed aan deze oplossingsrichting.

4.4 De fiscale pensioenverplichting als uitgangspunt voor de herrekening van de pensioenaanspraken

De tweede oplossingsrichting die de staatssecretaris in zijn brief van 6 december 2013²⁸⁷ heeft voorgesteld, geeft de DGA de mogelijkheid om zijn pensioenverplichting te herrekenen op basis van de fiscale waarde. Hierbij moet na de herrekening de commerciële waarde van de pensioenverplichting gelijk zijn aan de fiscale waarde. Dit heeft tot gevolg dat het pensioen (eenmalig) kan worden afgestempeld naar de hoogte van de fiscale waarde van de pensioenverplichting zonder dat dit leidt tot de heffing van loonbelasting en revisierente. In een normale situatie zou deze afstempeling worden gezien als het prijsgeven van de pensioenverplichting, waardoor de pensioenaanspraak tegen de waarde economisch verkeer wordt belast als loon uit vroegere dienstbetrekking op basis van art. 19b, lid 1, onderdeel c Wet LB 1964. Daarnaast wordt tevens een revisierente van 20% geheven op basis van art. 30i AWR.

Door het afstempelen bij de huidige rentestand wordt er een lager pensioen toegekend en zal de vennootschap van een gedeelte van de verplichting worden bevrijd. Deze bevrijding van de verplichting wordt bij de vennootschap tot de winst gerekend. Door het afstempelen in de opbouwfase tot de fiscale waarde van de pensioenverplichting zal duidelijk zijn welke loonbelastingclaim op de pensioenverplichting rust. Daarnaast zal de fiscale waarde van de pensioenverplichting na de herberekening kunnen worden gebruikt voor de uitkeringstoets.

Veel lichamen waarin pensioen in eigen beheer wordt of is opgebouwd kunnen niet voldoen aan een commercieel gewaardeerde pensioenvoorziening. Door het afstempelen van de pensioenverplichting wordt de uiteindelijke pensioenuitkering op de pensioendatum lager, maar wordt de verplichting die drukt op de vennootschap ook lager. Een nadeel van deze oplossingsrichting is dat het verschil tussen de commerciële en fiscale waarde van de pensioenverplichting slechts tijdelijk wordt opgelost, omdat bij de opbouw van de pensioenverplichtingen in latere jaren de huidige wetgeving van toepassing blijft. Hierdoor biedt deze oplossingsrichting een tijdelijke oplossing, omdat de huidige wetgeving bij

²⁸³ Besluit van 10 december 2015, nr. BLKB2015/1650M.

²⁸⁴ Vraag & Antwoord 13-006 d.d. 271113, te vinden op http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_13-006_v131127.htm.

²⁸⁵ Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

²⁸⁶ Zie 4.2.3.

²⁸⁷ Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

toekomstig pensioenopbouw in eigen beheer zorgt voor een nieuw verschil tussen de fiscale en de commerciële waardering. Dit heeft tot gevolg dat dit knelpunt blijft bestaan.

Daarnaast zal door het herrekenen van de pensioenvoorziening in eigen beheer de pensioenaanspraak van de DGA dalen, terwijl in de pensioenovereenkomst in het verleden een hoger pensioen is toegezegd. Doordat de DGA bij herrekening gedeeltelijk afziet van zijn pensioenrechten moet hij hiervoor toestemming aan de vennootschap geven. Daarnaast dient rekening te worden gehouden met de positie van een eventueel partner van de DGA, omdat die tevens rechten heeft op het pensioen en het maar de vraag is of de partner deze rechten wil herrekenen. Daarnaast zal een eventuele ex-partner die nog rechten heeft op de pensioenvoorziening waarschijnlijk helemaal niet willen instemmen en meetekenen, omdat de ex-partner een gedeelte van de pensioenvoorziening verloren ziet gaan en de vrijval van een gedeelte van de pensioenverplichting niet aan de ex-partner ten goede komt. In veel gevallen zal de (ex-)partner niet willen herrekenen omdat een gedeelte van haar recht op het pensioen verloren gaat en de eventuele vrijval niet in alle gevallen aan de partner ten goede komt. Dit kan eventueel bij de partner worden gecompenseerd door het aanpassen van de huwelijkse voorwaarden. Bij een vennootschap met meerdere aandeelhouders kan het afstempelen tevens voor problemen zorgen, omdat de pensioenaanspraak van één DGA afneemt en de vrijval van de verplichting niet alleen aan die DGA ten goede komt, maar ook aan eventuele andere aandeelhouders. De DGA zal dan ook bij een eventuele afstempeling van zijn pensioen gecompenseerd willen worden. Door deze problemen zal het afstempelen in de praktijk voor uitvoeringsproblemen zorgen.

Door het afstempelen van de pensioenverplichting kan een pensioenuitkering die wordt belast in box 1²⁸⁸ worden omgezet in een dividenduitkering die wordt belast in box 2 en een vrijval die als winst wordt belast in de vennootschapsbelasting.²⁸⁹ Door het tariefverschil kan het voor de DGA aantrekkelijk zijn om zijn pensioen af te stempelen.

Doordat de fiscale en commerciële waardering bij de verdere opbouw van pensioen in eigen beheer weer afwijkt, worden bij deze oplossingsrichting de knelpunten in veel situaties alleen tijdelijk opgelost. Doordat deze oplossing niet structureel is, wordt in deze scriptie niet verder ingegaan op deze oplossingsrichting.

4.5 De oudedagsbestemmingsreserve (OBR)

Een oplossingsrichting die de staatssecretaris in zijn brieven voorstelt, is om pensioen in eigen beheer te vervangen door te reserveren voor de oude dag.²⁹⁰ De staatssecretaris duidt deze oplossing aan als de oudedagsbestemmingsreserve (OBR). Net als bij pensioen in eigen beheer is het bij de OBR mogelijk om het pensioen niet extern af te storten, maar de liquiditeiten binnen de onderneming te behouden. Dit wordt gedaan door het vermogen binnen de vennootschap te reserveren voor de oudedagsvoorziening van de DGA. De opgebouwde OBR is voor de DGA in de opbouwfase niet juridisch afdwingbaar. Dit heeft voor de partner van de DGA tot gevolg dat de OBR geen aanspraak is bij een eventuele echtscheiding. De opgebouwde OBR moet op de ingangsdatum van het pensioen worden omgezet in een lijfrente die extern wordt afgedwongen voor de DGA of in gelijkmatige delen over 20 jaar worden uitgekeerd, vermeerderd met de jaren tussen het uitkeren en de pensioengerechtigde leeftijd, aan de DGA vanuit zijn vennootschap.

²⁸⁸ Progressieve heffingen maximaal 52%.

²⁸⁹ Maximaal 25% vennootschapsbelasting en 25% box-2 heffing (aanmerkelijk belang).

²⁹⁰ Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576, Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M en Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

Door de staatssecretaris is een tweede mogelijkheid voorgesteld, omdat het in de praktijk lastig kan zijn om in één keer extern af te storten voor het bedingen van een lijfrente voor de DGA. Deze situatie kan ontstaan doordat er niet genoeg liquiditeiten aanwezig zijn of doordat er financieringsproblemen zijn binnen de vennootschap. De tweede uitkeermogelijkheid moet zorgen voor een eenvoudiger en meer inzichtelijk systeem, waarbij de reserve op de ingangsdatum van het pensioen ook daadwerkelijk kan worden aangewend.

Herreveld²⁹¹ geeft aan dat de staatssecretaris de OBR een faciliteit in de vennootschapsbelasting noemt en daarbij lijkt uit te gaan van een kostenegaliseringsreserve, waardoor sprake is van eigen vermogen. Herreveld²⁹² geeft verder aan dat het vormen van de OBR wettelijk eenvoudig kan worden vormgegeven, de vennootschap geeft aan een reserve te willen vormen, maar er ontstaan geen juridische afdwingbare rechten voor de DGA. Hierdoor is er geen juridische verplichting voor de vennootschap om de OBR om te zetten in oudedagsvoorziening voor de DGA of zijn erfgenamen, maar moet er sprake zijn van een stellig voornemen om de OBR om te zetten in een oudedagsvoorziening voor het vormen van een OBR. Herreveld²⁹³ stelt zich hierbij de vraag of het verstandig is om het stellig voornemen in de wet op te nemen als een vereiste, omdat dit lastig te toetsen is. Dieleman²⁹⁴ en Werkgroep Ondernemerspensioen²⁹⁵ zijn van mening dat de kans dat de OBR daadwerkelijk wordt aangewend klein is, net als bij de FOR. Naar mijn mening hoeft het niet voor problemen te zorgen als er geen sprake is van een juridisch afdwingbaar recht, omdat als er niet verplicht wordt aangewend de sanctiebepaling inclusief revisierente van toepassing is. Dit zorgt er naar mijn mening voor dat de onderneming wordt gemotiveerd tot het aanwenden van de OBR en daarmee over het algemeen een stellig voornemen heeft dit te doen.

Verder zal de OBR ten opzichte van het huidige systeem eenvoudiger zijn, omdat de actuariële berekening buiten beschouwing kan blijven. Om hiervoor te zorgen moet het huidige systeem vervangen worden. Er wordt elk jaar een tweetal opties geboden aan de DGA: het pensioen wordt ondergebracht bij een professionele beheerder of er worden geen pensioenrechten opgebouwd, maar er kan ten behoeve van de oude dag een reserve worden gevormd.

4.5.1.1 Opbouwfase

In de opbouwfase van de OBR is de grondslag voor de dotatie aan de OBR het loon van de DGA tot een maximum van € 101.519 (2016), waarbij rekening wordt gehouden met de AOW-franchise.²⁹⁶ Deze AOW-franchise is net als bij het OSEB ongeveer gelijk aan de AOW-franchise voor degene die onder de Pensioenwet vallen, in tegenstelling tot de huidige regelgeving voor pensioen in eigen beheer waar op basis van het gangbaarheidstoets van art. 18h LB wordt uitgegaan van een hogere AOW-franchise. Dieleman²⁹⁷ geeft aan dat hij dit toejuicht, omdat hij deze hogere franchise ziet als een bezwaar van de regelgeving omtrent pensioen in eigen beheer. Voor het bepalen van het loon van de DGA wordt aangesloten bij de inkomstenbelasting, zoals dat in art. 3.127 Wet IB 2001 wordt meegenomen bij het bepalen van de premiegrondslag van de jaar- en reserveringsruimte. Verder geeft de staatssecretaris aan dat het voor de DGA tevens mogelijk is om als een gewone werknemer of als een DGA bij een andere vennootschap pensioen op te bouwen, waardoor er sprake moet zijn van een samenloopbepaling die het

²⁹¹ F.R. Herreveld, Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep, WFR 2015/1030, par. 4.2.

²⁹² F.R. Herreveld, Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep, WFR 2015/1030, par. 4.2.

²⁹³ F.R. Herreveld, Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep, WFR 2015/1030, par. 4.2.

²⁹⁴ B. Dieleman, Analyse oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, TPV 2015/37, par. 3.

²⁹⁵ Werkgroep Ondernemerspensioen, Het Ondernemerspensioen, Een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën 6 december 2013 (DB/2013/576), Tilburg University, Tilburg: 2014, p. 26-27.

²⁹⁶ In de brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U wordt gesproken van € 100.000 (2015), echter is art. 18ga Wet LB 1964 aangepast waardoor maximale pensioengevend loon € 101.519 is.

²⁹⁷ B. Dieleman, Analyse oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, TPV 2015/37, par. 3.

pensioengevend loon maximeert op € 101.519 (2016), verminderd met de AOW-franchise van € 11.966 (2016), bijvoorbeeld door de toepassing van de deeltijdfactor van art. 18ga Wet LB 1964. Het aansluiten bij het maximale pensioengevend loon uit art. 18ga Wet LB 1964 is naar mijn mening logisch, omdat daardoor geen grotere pensioengrondslag ontstaat voor de DGA ten opzichte van gewone werknemers.

De dotatie van de OBR wordt vastgesteld door een vast dotatiepercentage te nemen over de grondslag, zoals in de vorige alinea is beschreven. De dotatie vindt alleen plaats in de winstsfeer. Dit heeft tot gevolg dat de dotatie, in tegenstelling tot pensioen in eigen beheer, geen belastbaar loon is en daardoor niet via de omkeerregel hoeft te worden vrijgesteld.²⁹⁸ Het maximale percentage is afhankelijk van de budgettaire gevolgen van de keuze voor de OBR, omdat de overgang van het huidige systeem naar de eventuele OBR budgetneutraal dient plaats te vinden. De dotatie aan de OBR kan bij de onderneming in aftrek worden gebracht. De vennootschap heeft elk jaar zelf de mogelijkheid om te bepalen of er wordt gedoteerd aan de OBR en eventueel hoeveel. Echter, de inhaal van dotatie in een later jaar is niet mogelijk. De NOB²⁹⁹ geeft aan dat binnen de lijfrente- en de pensioensfeer de inhaal van dotatie in een later jaar wel mogelijk is, waardoor een eventuele inhaal extern moet worden ondergebracht. Zij snappen niet waarom de OBR strenger wordt behandeld op dit punt. Dieleman³⁰⁰ kan zich wel vinden in het feit dat de inhaal van dotatie niet mogelijk is, omdat de (bancaire) lijfrente volgens hem als afschrikwekkend voorbeeld dient op dit gebied. Ik ben van mening dat de inhaaldotatie niet mogelijk hoeft te zijn, omdat de DGA niet wordt beperkt door het resultaat van de onderneming in het doen van een pensioendotatie. Door het toestaan van inhaaldotatie wordt de vennootschap een mogelijkheid geboden om in eerdere jaren verliezen te creëren en daardoor belastingheffing te voorkomen door de belastbare winst te drukken of te verrekenen.

Als een vennootschap meerdere DGA's heeft, wordt er per DGA een aparte OBR gevormd. Dit is overeenkomstig de huidige vorm van pensioen in eigen beheer, waarbij tevens per DGA een pensioenvoorziening in eigen beheer wordt gevormd. De dotatie of de al opgebouwde OBR kunnen gedeeltelijk worden aangewend voor het extern afdekken van het vooroverlijdensrisico of het extern bedingen van een lijfrente voor de kinderen of de partner. De premie voor deze beide toepassingen wordt in mindering gebracht op de maximale dotatie of van opgebouwde OBR. Doordat de OBR een bestemmingreserve is, kunnen de activa die tegenover deze reserve staan worden gebruikt binnen de onderneming.

In de brief van 6 december 2013 stelde de staatssecretaris een ander model voor ten aanzien van de fiscale reserve voor de oude dag.³⁰¹ Hierin stelde hij voor dat de reserve alleen gevormd kan worden voor zover er een materiële onderneming wordt gedreven door de vennootschap. Daarnaast kon er jaarlijks gedoteerd worden aan de reserve, voor zover er winst is behaald in het desbetreffende jaar. Hierbij zit er een maximum aan de jaarlijkse toevoeging aan de reserve, die ten hoogste een bepaald bedrag of een percentage van de winst bedraagt. Dit brengt met zich mee dat als er geen winst wordt gemaakt door de onderneming er niets kan worden toegevoegd aan zijn oudedagsreserve van de DGA. Om het systeem eenvoudig en overzichtelijk te houden, kan er volgens de staatssecretaris overwogen worden om een inhaaldotatie onmogelijk te maken. Als de inhaaldotatie onmogelijk is zorgt dit ervoor dat het niet mogelijk is om in een later jaar waarin voldoende winst is, eerdere jaren waarin niet het maximale bedrag is toegevoegd, de OBR alsnog aan te vullen door middel van een inhaaldotatie. Hierbij kan de vraag worden gesteld of de toevoeging aan de reserve voor de oude dag afhankelijk moet zijn

²⁹⁸ B. Dieleman, Analyse oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, TPV 2015/37, par. 3.

²⁹⁹ NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.6.

³⁰⁰ B. Dieleman, Analyse oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, TPV 2015/37, par 3.

³⁰¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

van de winstgevendheid, zeker in het geval dat een inhaaldotatie onmogelijk is. Door dit systeem zal de reserve voor de oude dag bij geen of weinig winstgevendheid, bijvoorbeeld bij een R&D onderneming of een start-up, op de ingangsdatum van het pensioen van de DGA niet groot genoeg zijn, terwijl de onderneming misschien wel voldoende winstpotentieel heeft. Dit lijkt mij gezien het doel van het pensioen, een levenslange uitkering voor de DGA, geen goede ontwikkeling. Dit zorgt ervoor dat een DGA van een onderneming die vele jaren verlies lijdt geen pensioen kan opbouwen, terwijl deze onderneming eventueel wel winstpotentieel heeft. Naar mijn mening zou voor de toevoeging aan de OBR beter kunnen worden aangesloten bij het loon, zoals bij het latere voorstel van de staatsecretaris.³⁰² Dit sluit beter aan bij het doel van de opbouw van pensioen.

4.5.1.2 Waardering tijdens de opbouwfase

De OBR is een bestemmingsreserve, waardoor de reserve behoort tot het fiscale vermogen. De staatsecretaris geeft aan dat voor commerciële waardering de OBR waarschijnlijk niet als een verplichting op de balans hoeft te worden opgenomen, omdat er geen sprake is van een juridisch afdwingbare verplichting. Echter, zorgt de reserve wel voor een kasstroom in de toekomst, ofwel ter grootte van de reserve, ofwel voor de vennootschapsbelasting en de revisierente als er geen lijfrente wordt aangekocht of geen uitkering wordt gedaan. Herreveld³⁰³ geeft aan dat het zijns inziens onduidelijk is hoe bij de commerciële waardering wordt omgegaan met een stellig voornemen. Volgens Herreveld³⁰⁴ ligt het meest voor de hand dat voor de commerciële waardering de regels voor de commerciële voorziening worden gevolgd, waardoor de OBR wordt aangemerkt als een onderdeel van het eigen vermogen. De redactie van Vakstudie Nieuws³⁰⁵ is van mening dat de OBR moet worden gewaardeerd als gedeeltelijk vreemd vermogen en eigen vermogen, omdat de reserve in de toekomst zorgt voor een kasstroom. Daarnaast geven zij aan dat de inkomstenbelasting- en de vennootschapsbelastingclaim die rust op de OBR zorgt voor complexiteit door een afwijkende fiscale en commerciële waardering. A. Dieleman³⁰⁶ geeft aan dat uitgaande van het feit dat de DGA en de pensioenvennootschap daadwerkelijk de bedoeling hebben om het pensioen uit te keren, er in de jaarrekening voor de OBR sprake is van een feitelijke verplichting die tot een voorziening leidt. Door het oogmerk van pensioen, het doen van een uitkering, is er sprake van een feitelijke verplichting waarvan de omvang betrouwbaar kan worden bepaald. Omdat de uitkering betrouwbaar kan worden bepaald moet volgens A. Dieleman³⁰⁷ de waarderingssystematiek van RJ 271.318 worden toegepast, waarbij de pensioenvoorziening wordt gewaardeerd op basis van het rendement op hoogwaardige ondernemingsobligaties.³⁰⁸ Omdat in de opbouwfase fiscaal niet wordt opgerent zorgt dit voor een fiscaal commercieel verschil op het gebied van de waardering. B. Dieleman³⁰⁹ geeft aan dat de balanswaardering van de OBR in beginsel gelijk is aan het bedrag dat aan de OBR is gedoteerd, omdat voor beide waarderingen geen rekening hoeft te worden gehouden met de mogelijkheid dat de OBR wellicht niet wordt nagekomen. Kastelein³¹⁰ geeft aan dat het probleem van het verschil tussen de fiscale en commerciële waardering niet wordt opgelost, omdat tijdens de opbouwfase vrijwel zeker sprake is

³⁰² Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

³⁰³ F.R. Herreveld, Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep, WFR 2015/1030, par. 4.3.3.

³⁰⁴ F.R. Herreveld, Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep, WFR 2015/1030, par. 4.3.3.

³⁰⁵ Vakstudie Nieuws, Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer gepresenteerd, V-N 2015/33.17, par. 2.2.2.

³⁰⁶ A. Dieleman, Voorstellen pensioen eigen beheer: verbetering voor uitkeringstoets?, Accountantsweek, 26 augustus 2015.

³⁰⁷ A. Dieleman, Voorstellen pensioen eigen beheer: verbetering voor uitkeringstoets?, Accountantsweek, 26 augustus 2015.

³⁰⁸ RJ 271.316.

³⁰⁹ B. Dieleman, Analyse oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, TPV 2015/37, par. 3.

³¹⁰ M. Kastelein, Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer: de stand van zaken, PensioenMagazine 2016/53.

van afwijkingen. Ik ben het hiermee eens en ben dan ook van mening dat de OBR niet zorgt voor een verbetering op het gebied van het verschil tussen fiscale en commerciële waardering,

In het geval dat de kans klein is dat de verplichting wordt aangewend, zoals bij faillissement, zal de verplichting op nihil gesteld kunnen worden. Daarnaast zal er waarschijnlijk een belastinglatentie moeten worden gevormd door de inkomstenbelastingclaim en de vennootschapsbelastingclaim die rust op de OBR op basis van subjectieve verwachting van de afwikkeling van de OBR van degene die de jaarrekening opstelt.³¹¹ Door de voorgaande complexiteit zal de commerciële waardering waarschijnlijk afwijken van de fiscale waardering. Dit geldt echter niet ten aanzien van kleine en micro rechtspersonen die ervoor kunnen kiezen om de jaarrekening op te stellen op basis van fiscale grondslagen.³¹² Voor de fiscale waardering in de opbouwfase geldt dat dit eenvoudig zal zijn, omdat er geen rekening wordt gehouden met actuariële grondslagen en oprenting.

4.5.1.3 Dividenduitkering

Door de toepassing van de uitkeringstoets wordt bij het uitkeren van dividend fiscaal geen rekening gehouden met de OBR, omdat de OBR als fiscaal vermogen wordt gezien. Er zal pas niet aan de uitkeringstoets worden voldaan, indien blijkt dat op het aanwendingsmoment niet genoeg middelen aanwezig zijn om de OBR extern af storten voor het bedingen van een lijfrente of om te zetten in een periodieke uitkering van 20 jaar. Er zal in die situatie getoetst worden of bij de dividenduitkering is voldaan aan de uitkeringstoets. Als er niet aan de uitkeringstoets is voldaan wordt de gehele pensioenvoorziening progressief belast, inclusief revisierente. De redactie van Vakstudie Nieuws³¹³ geeft hierbij aan dat de toetsing op aanwendingsdatum een te makkelijke voorstelling is, omdat de belastingplichtige bij elke uitkering zal moeten beoordelen of de dividenduitkering op aanwendingsdatum van de OBR zorgt voor een tekort. Hierdoor dient tevens in de opbouwfase te worden voldaan aan de uitkeringstoets. Milius³¹⁴ merkt hierbij op dat door het risico van de sanctie achteraf, de OBR niet vrij uitkeerbaar is. Door het verschil tussen de fiscale en commerciële waardering kan dit naar mijn mening zorgen voor een complexe beoordeling, waardoor op dit punt geen sprake is van een vereenvoudiging. Uitgaande van het feit dat omzetting van de reserve in een oudedagsvoorziening voor de DGA niet verplicht is, zou het volgens de NOB³¹⁵ voor de belastingdienst voldoende moeten zijn om te toetsen of de verschuldigde vennootschapsbelasting en revisierente kan worden voldaan. Dit komt doordat de wetgever de mogelijkheid geeft om op de omzettingsdatum nog af te zien van het pensioen. Naar mijn mening moet dit worden voorkomen gezien de verzorgingsfunctie van pensioen. Daarom kan de OBR beter worden vormgegeven als een verplichting die moet worden omgezet in een pensioen voor de DGA.

Civielrechtelijk zal de mogelijkheid tot uitkering van dividend kleiner zijn, omdat civielrechtelijk waarschijnlijk wel rekening moet worden gehouden met de OBR. Op de commerciële balans moet de kasstroom ten aanzien van de vennootschapsbelastinglatentie en de revisierente namelijk in aanmerking moet worden genomen als vreemd vermogen.

³¹¹ Vakstudie Nieuws, Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer gepresenteerd, V-N 2015/33.17, par. 2.2.3.

³¹² Art. 2:395a, lid 7 BW juncto. art. 2:396 lid 6 BW.

³¹³ Vakstudie Nieuws, Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer gepresenteerd, V-N 2015/33.17.

³¹⁴ A. Milius, Gaat het eindelijk de goede kant op met pensioen in eigen beheer? Ochi!, PensioenMagazine 2015/97.

³¹⁵ NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.3.

5.4.1.4 Internationale aspecten

Als een vennootschap met daarin een OBR zijn feitelijke leiding naar het buitenland verplaatst, zal de OBR onder de exitheffing vallen. De OBR wordt in de vennootschapsbelasting betrokken en tevens wordt onder voorwaarden uitstel van betaling verleend voor het verschuldigde bedrag.³¹⁶ Gaat de vennootschap over tot aanwending door middel van een lijfrente of een omzetting in een periodieke uitkering gedurende 20 jaar, dan vervalt de aanslag voor het desbetreffende gedeelte. In de opbouwfase kan bij emigratie geen conserverende aanslag aan de DGA worden opgelegd, omdat er geen sprake is van een civielrechtelijke aanspraak. Echter, na de aanwending kan er wel een conserverende aanslag inkomstenbelasting bij de pensioengenieter worden opgelegd. Daarnaast is het de vraag hoe de uitkering van de OBR onder bilaterale belastingverdragen en onder de buitenlandse wetgeving wordt geïnterpreteerd. Door deze behandeling kan Nederland eventueel na de emigratie van de vennootschap en of de DGA geen heffingsrecht hebben over de uitkering van de OBR, omdat het heffingsrecht is toegewezen aan het buitenland. Dit kan tot gevolg hebben dat Nederland zijn claim verliest.

4.5.1.5 Aanwendingsmoment

Uiterlijk op het verplichte aanwendingsmoment van de OBR dient er een lijfrente, lijfrentespaarrekening of lijfrentebeleggingsrecht voor de DGA bij een professionele verzekeraar, bank of beleggingsinstelling te worden afgesloten. Een andere mogelijkheid is om te kiezen voor een uitkering vanuit het eigenbeheerlichaam van de DGA van (in beginsel) 20 jaar aan de DGA. Het is bij de 20 jarige periodieke uitkering niet mogelijk om de uitkeringsverplichting bij een ander lichaam onder te brengen dan waar de OBR is opgebouwd.

Herreveld³¹⁷ begrijpt niet waarom de uitkering 20 jaar zou moeten zijn. Hij vindt dat de uitkering de DGA in een keurslijf duwt. Hij stelt zelf voor om te kiezen voor een minimale uitkeringsperiode van 10 jaar.³¹⁸ Naar mijn mening kan in dat geval tevens gesproken worden van een keurslijf, maar geeft dit de DGA wel meer vrijheid. Dirks³¹⁹ geeft aan dat meer flexibiliteit in de uitkeringsfase gewenst is en vraagt zich af waarom niet kan worden geopteerd voor bijvoorbeeld een uitkeringsperiode van 25 jaar, zeker gezien het feit dat de uitkering van de OBR overgaat op de nabestaanden bij overlijden van de DGA. De NOB³²⁰ geeft in zijn commentaar op de brief van de staatsecretaris aan dat de 20 jarige uitkering, in plaats van een levenslange uitkering, met name bezwarend is voor de partner en dat daardoor de verzorgingsgedachte die ten grondslag ligt aan pensioen behoorlijk wordt ingeperkt. Naar mijn mening moet de uitkeringsduur minimaal gelijk worden gesteld aan de gemiddelde levensverwachting. Dit moet ervoor zorgen dat de DGA in veel gevallen zijn gehele leven na de pensioengerechtigde leeftijd een uitkering krijgt vanuit zijn OBR. Daarnaast zou de DGA naar mijn mening de mogelijkheid moeten hebben om over een langere periode uit te keren, waardoor de kans kan worden beperkt dat de OBR opraakt voorafgaande aan het overlijden van de DGA. Als gekozen wordt voor een levenslange uitkering vanuit het pensioenlichaam zal dit zorgen voor problemen bij de dekking van de voorziening. Als de DGA ouder wordt dan de levensverwachting kan namelijk geen uitkering meer worden gedaan. Dit zorgt

³¹⁶ Art. 15d Wet VPB 1969 juncto art. 25a IW.

³¹⁷ F.R. Herreveld, Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep, WFR 2015/1030, par. 4.4.

³¹⁸ F.R. Herreveld, Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep, WFR 2015/1030, par. 4.4 en F.R. Herreveld, R.L. ter Hoeven RA en C.A.H. Luijken, Wezenlijke bijdrage aan vereenvoudiging van het fiscale Regime, WFR 2014/1132, par. 3.

³¹⁹ F. Dirks, Aanpassing pensioen in eigen beheer: kwestie van timing, MBB 2015/10, par. 3.

³²⁰ NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.2.

voor dezelfde problemen als pensioen in eigen beheer. De NOB³²¹ stelt voor om dit probleem op te lossen door de waarderingsregels te laten aansluiten bij de economische waarderingsregels. Ze geven echter aan dat dit budgettair wel voor bezwaren zal zorgen.

De fiscale pensioenreserve valt uiterlijk twee maanden nadat de DGA de AOW-leeftijd³²² heeft bereikt vrij of maximaal vijf jaar later zolang de DGA reëel loon blijft genieten. Daarnaast vindt de verplichte aanwending van de OBR uiterlijk zes maanden na verkoop, schenking of een andere vorm van overgang van de aandelen van de vennootschap plaats, als daardoor de DGA ophoudt DGA te zijn. Bij een bedrijfsoverdracht voor de AOW-leeftijd van de DGA is het mogelijk om de periodieke uitkering niet direct te laten ingaan, maar om deze uitkering om te zetten in een periodieke uitkering die pas ingaat op de AOW-leeftijd van de DGA. De NOB³²³ geeft aan dat dit niet mogelijk is als de DGA zijn aandelenbelang vermindert van bijvoorbeeld 11% naar 9%, waardoor hij niet meer kwalificeert als DGA. De NOB³²⁴ is van mening dat in alle gevallen de mogelijkheid tot uitstel tot de AOW-leeftijd moet worden geboden. Ik kan mijn hierin vinden, omdat het laten ingaan van de uitkering op AOW-leeftijd aansluit bij de verzorgingsfunctie van pensioen.

Bij het vroegtijdig overlijden van de DGA, vindt er een verplichte aanwending van de OBR plaats ten behoeve van de kinderen of partner van de DGA, met toepassing van een verdeelsleutel. Als de DGA geen kinderen of partner heeft, moet de OBR binnen twaalf maanden verplicht worden aangewend ten behoeve van de erfgenamen(n). De vraag is of er bij het overlijden van de DGA wel de mogelijkheid moet zijn om de uitkering direct te laten ingaan. De NOB³²⁵ stelt voor om de mogelijkheid te geven aan de partner om de uitkeringen in te laten gaan op de AOW-leeftijd van de partner of de uitkeringen te laten doorlopen tot 20 jaar na de AOW-leeftijd van de partner. Gezien de verzorgingsdoelstelling van een pensioenvoorziening zorgt het geven van de beide mogelijkheden naar mijn mening voor een verbetering van de positie van de partner.

De aanwending van de OBR ter verkrijging van een lijfrente is per saldo onbelast voor de vennootschapsbelasting. De afname van de OBR is namelijk belast, terwijl de betaling voor het bedingen van een lijfrente aftrekbaar is, waardoor per saldo geen winst wordt gerealiseerd. Voor de loonbelasting wordt het toekennen van een lijfrente aan de DGA ten aanzien van de OBR vrijgesteld, daarentegen worden de latere lijfrente-uitkeringen wel betrokken in de inkomsten- en loonbelasting. Als de OBR niet op het verplichte aanwendingstijdstip wordt aangewend, valt deze vrij ten bate van de winst. Bovenop de heffing van de vennootschapsbelasting wordt er in beginsel een rentevergoeding in rekening gebracht door de fiscus, omdat de belastingplichtige onterecht gebruik heeft gemaakt van belastinguitstel door middel van de OBR. Echter, als er sprake is van een 'dwingende maatschappelijke reden', zoals faillissement, surseance van betaling dan wel schuldsanering, of als de onderdekking van de OBR wordt veroorzaakt door reële beleggings- of ondernemingsverliezen en er geen sprake is van verwijtbaar handelen van de DGA of het lichaam, mag de rente achterwege blijven. Van verwijtbaar handelen is sprake als in de zeven jaren voorafgaande aan het aanwendingstijdstip uitdelingen van winst zijn gedaan of aandelenkapitaal is terugbetaald. Bij het niet voldoen van de rentevergoeding en de vennootschapsbelasting kan de DGA eventueel persoonlijk aansprakelijk worden gesteld op basis van

³²¹ NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.2.

³²² Als bedoeld in art. 7A, lid 1 Algemene ouderdomswet.

³²³ NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.7.

³²⁴ NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.7.

³²⁵ NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.7.

de invorderingswet. De revisierente wordt gesteld op 40% van de OBR. De belastingplichtige heeft de mogelijkheid om aan te tonen dat de rentevergoeding lager zou zijn als de belastingdienst zou navorderen over het ten onrechte genoten belastinguitstel.

4.5.1.6 Uitkeringsfase

Zoals hierboven al is opgenomen zal de periodieke uitkering of lijfrente-uitkering worden belast in de inkomstenbelasting (box 1) en in de loonbelasting door middel van een voorheffing. Als de OBR via een periodieke uitkering wordt uitgekeerd vanuit het eigenbeheerlichaam wordt de opgebouwde OBR afgebouwd binnen 20 jaar, vermeerderd met het aantal jaren tussen de eerste uitkering en de AOW-leeftijd van de DGA door middel van gelijkmatige uitkeringen. Eventueel kan tijdens deze periode alsnog gekozen worden om het overgebleven bedrag extern af te storten ten behoeve van een lijfrente voor de DGA. Doordat de uitkering niet afhankelijk is van de sterftkans, is de commerciële en fiscale waardering niet afhankelijk van actuariële berekeningen. Als de DGA vroegtijdig overlijdt, zal de uitkering namelijk toekomen aan zijn partner of kinderen. Indien de DGA deze niet heeft, wordt de uitkering gedaan aan zijn erfgenamen(n). De uitkering wijzigt na het overlijden niet voor de vennootschap, alleen de begunstigde. Het gedeelte van het bedrag wat nog niet is uitgekeerd wordt jaarlijks opgerent op basis van het U-rendement. Het uit te keren bedrag wordt bepaald door in het eerste jaar 1/20^e van het beginbedrag uit te keren, waarna in het tweede jaar 1/19^e wordt uitgekeerd, waarbij het beginbedrag is verminderd met de eerste uitkering waarna oprenting van het resterende bedrag heeft plaatsgevonden. Dirks³²⁶ geeft aan dat door oprenting in de uitkeringsfase de OBR feitelijk wordt geïndexeerd. Het U-rendement is gebaseerd op de marktrente. Doordat de DGA tijdens het uitkeringsfase kan kiezen om de verplichting extern te verzekeren zullen de commerciële en fiscale waardering elk jaar waarschijnlijk gelijk zijn volgens de staatsecretaris.

De NOB³²⁷, Herreveld³²⁸, A. Dieleman³²⁹ en de redactie van Vakstudie Nieuws³³⁰ zijn van mening dat de oprenting zorgt voor een verschil tussen de commerciële en fiscale waardering. Herreveld³³¹ geeft daarnaast aan dat commercieel de oprenting op basis van RJ 217.316 moet plaatsvinden, waardoor dit wordt gedaan naar het rendement van hoogwaardige ondernemingsobligaties. Daarnaast is hij van mening dat de oprenting met het U-rendement in de uitkeringsfase beter niet kan worden toegepast, omdat dit overbodig is en de OBR onnodig gecompliceerd maakt. Ik kan mij in beide punten vinden, omdat het verschil tussen de fiscale en commerciële waardering en de eenvoud twee knelpunten waren bij de huidige vorm van pensioen in eigen beheer. Tevens wordt door de redactie van Vakstudie Nieuws³³² de vraag gesteld of de berekende uitkering moeten worden gewaardeerd op basis van onder ander art. 3.29 Wet IB 2001. Dit lijkt mij niet verstandig, omdat dit zorgt voor problemen op het gebied de waardering en voor commercieel fiscale verschillen in de waardering.

4.5.1.7 Partner van de DGA

Net als de DGA heeft zijn partner tijdens de opbouwfase geen afdwingbare aanspraak op de vennootschap. Hierdoor is de Wet VPS niet van toepassing. Dit heeft tot gevolg dat de echtgenoot, in tegenstelling tot pensioen in eigen beheer, bij een echtscheiding tijdens de opbouwfase geen aanspraak kan maken op het pensioen van de DGA. Tijdens de uitkeringsfase hebben de DGA en zijn partner wel

³²⁶ F. Dirks, Aanpassing pensioen in eigen beheer: kwestie van timing, MBB 2015/10, par 3.

³²⁷ NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.3.

³²⁸ F.R. Herreveld, Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep, WFR 2015/1030, par. 4.5.

³²⁹ A. Dieleman, Voorstellen pensioen eigen beheer: verbetering voor uitkeringstoets?, Accountantsweek, 26 augustus 2015.

³³⁰ Vakstudie Nieuws, Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer gepresenteerd, V-N 2015/33.17, par. 2.4.1.

³³¹ F.R. Herreveld, Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep, WFR 2015/1030, par. 4.5.

³³² Vakstudie Nieuws, Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer gepresenteerd, V-N 2015/33.17, par. 2.4.1.

een afdwingbaar recht op de vennootschap. Echter is de Wet VPS niet van toepassing als in de uitkeringsfase periodiek wordt uitgekeerd vanuit de eigen vennootschap. Om de financiële situatie van de partner tijdens de opbouwfase te regelen kan ervoor worden gekozen om extern een voorziening voor de partner te verzekeren, waarbij de DGA gebruik kan maken van zijn dotatie aan de OBR of zijn opgebouwde OBR. Eventueel kan er in de huwelijkse voorwaarden een bepaling of een regeling worden opgenomen ter compensatie van de partner voor het gebrek van een afdwingbare aanspraak tijdens de opbouwfase bij een eventuele echtscheiding. Echter is het voordeel dat bij een echtscheiding de continuïteit van de onderneming niet in gevaar komt, omdat het over te dragen pensioen niet hoeft te worden afgestort bij een professionele beheerder. Dieleman³³³ ziet het niet van toepassing zijn van de Wet VPS als een belangrijk nadeel van de OBR ten opzichte van de huidige vorm van pensioen in eigen beheer.

4.5.1.8 Overgangsrecht

De DGA heeft de mogelijkheid om zijn al opgebouwde pensioen in eigen beheer te laten bestaan of om te zetten in een OBR. Als de bestaande oudedagvoorziening in eigen beheer op basis van de fiscale waarde wordt omgezet in een OBR kan dit gebeuren zonder heffing van loonheffing of vennootschapsbelasting. Doordat wordt uitgegaan van de fiscale waarde van de pensioenvoorziening bij de omzetting kan er gesproken worden van het afzien van pensioenrechten. In het BW wordt een DGA gezien als een werknemer. Dit betekent onder andere dat tussen de ondernemer en de werknemer, in dit geval de DGA, een pensioenovereenkomst is afgesloten, waarin is opgenomen dat geen oneigenlijke handelingen mogen worden verricht op basis van art. 18, lid 1, onderdeel b Wet LB 1964. De werkgever kan hierdoor niet zonder toestemming van de werknemer de afspraken in de pensioenovereenkomst wijzigen. Dit zorgt ervoor dat de overgangsregeling de mogelijkheid aan de werknemer moet geven om de reeds opgebouwde pensioenaanspraak te behouden.³³⁴ Voor een DGA die een pensioenaanspraak heeft op zijn eigen BV kan het afstempelen en het omzetten van de fiscale pensioenaanspraak in de OBR aantrekkelijk zijn door zijn andere belang als aandeelhouder, omdat de verplichtingen van het lichaam afnemen. Dit kan eventueel (meer) mogelijkheden geven tot het uitkeren van dividend.

Het afstempelen en omzetten vereist tevens toestemming van de partner van de DGA, omdat de partner voor een gedeelte gerechtigd is tot de pensioenvoorziening en een gedeelte van die rechten worden afgestempeld. Daarnaast is de pensioenverplichting na het omzetten in de OBR niet meer juridisch afdwingbaar tijdens de opbouwfase. Het is dan ook afhankelijk van de huwelijkse situatie of de partner mee wil gaan in deze omzetting. Als er sprake is van een pensioen van een oud-DGA of van een ex-partner, waarbij het pensioen in de uitkeringsfase is, zal het afstempelen en omzetten in veel gevallen niet mogelijk zijn. Doordat de commerciële waarde hoger is dan de fiscale waarde zullen zij niet gedeeltelijk willen afzien van de pensioenrechten. Dit kan eventueel worden opgelost door de partner te compenseren door het aanpassen van de huwelijkse voorwaarden.

Als er niet wordt afgestempeld en omgezet heeft de DGA de mogelijkheid om de bestaande pensioenvoorziening te behouden. De verdere opbouw is in dat geval niet meer mogelijk, echter kan vanaf de bevriezing een OBR worden opgebouwd. Op de opgebouwde rechten blijft de huidige wetgeving van toepassing, waardoor er nog tientallen jaren sprake is van overgangsrecht. Omdat de huidige wetgeving op de reeds opgebouwde en niet omgezette pensioenen door middel van overgangsrecht van toepassing blijft kan de vraag worden gesteld of er sprake is van een vereenvoudiging. Naar mijn mening is dit in eerste tientallen jaren niet het geval, omdat er twee

³³³ B. Dieleman, Analyse oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, TPV 2015/37, par. 3.

³³⁴ F.R. Herreveld, R.L. ter Hoeven RA en C.A.H. Luijken, Wezenlijke bijdrage aan vereenvoudiging van het fiscale Regime, WFR 2014/1132, par. 1.

pensioensystemen naast elkaar bestaan. Daarbij wordt wel de mogelijkheid gegeven om de opgebouwde pensioenvoorziening elk moment onder te brengen bij een professionele beheerder, net als bij de huidige vorm van pensioen in eigen beheer.

4.5.2 Nadelen/Kritiek FOR in de inkomstenbelasting

Bij de eventuele keuze voor de OBR wordt het huidige pensioen in eigen beheer afgeschaft en wordt er gekozen voor de invoering van een fiscale pensioenreserve. Deze pensioenreserve heeft veel overeenkomsten met de FOR in de inkomstenbelasting. Gezien de overeenkomsten wordt hieronder verder ingegaan op nadelen van de FOR. De staatssecretaris heeft in zijn brief van 2 juni 2014³³⁵ aangegeven dat de FOR voornamelijk wordt gebruikt als een mogelijkheid tot belastinguitstel en niet, ofwel minder voor het bedingen van een lijfrente. Door van Burik, van Langerak en Maarhuis³³⁶ wordt de FOR een verkapte financieringsfaciliteit genoemd. Dit is mede bevestigd door het onderzoek Studiecommissie-Van Weeghel³³⁷, waaruit blijkt dat de fiscale oudedagsreserve niet voldoet aan de verzorgingsdoelstelling, maar vooral wordt gebruikt voor belastinguitstel. Dietvorst³³⁸ geeft aan dat de FOR complex is en dat er geen echte reserve wordt opgebouwd. De staatssecretaris geeft verder aan dat als er geen lijfrente bij de OBR wordt bedongen dat dit zorgt voor een sanctie door middel van een revisierente.³³⁹ Door deze sanctie moet het misbruik van de OBR door het behalen van belastinguitstel worden voorkomen. Dit is een voorstel dat ook door de commissie-Van Dijkhuizen³⁴⁰ is gedaan voor de FOR, echter is dit niet ingevoerd. Mijns inziens is het nog maar de vraag of deze sanctie werkt, omdat het voor belastingplichtigen die in de financiële problemen zitten onmogelijk kan zijn om een lijfrente te bedingen. In die situatie zal er wel gebruik worden gemaakt van uitstel, terwijl er geen lijfrente wordt aangekocht waarover belasting is verschuldigd. Het is naar mijn mening dan ook goed dat de staatssecretaris in zijn brief van 1 juli 2015³⁴¹ een uitzondering heeft gemaakt voor de toepassing van de revisierente in het geval dat aanwending redelijkerwijs niet mogelijk is, door dwingende maatschappelijke redenen. Hij geeft hierbij de voorbeelden van faillissement, surseance van betaling, schuldsanering, en de situatie waarin de onderdekking is veroorzaakt door reële ondernemings- of beleggingsverliezen. Verder kunnen zich situaties voordoen, waarbij ondernemers zich niet bewust zijn van de eventuele sanctie door middel van revisierente. In die situatie is de alertheid van een adviseur van belang om een eventuele sanctie voor de DGA te voorkomen.

Daarnaast is evenals bij pensioen in eigen beheer de vraag of de OBR geëffectueerd kan worden, omdat de liquide middelen zich binnen de risicosfeer van de onderneming bevinden. De oudedagsvoorziening is namelijk afhankelijk van het financiële succes van de onderneming. In het geval dat de onderneming minder succesvol is, kan dit zorgen voor een situatie dat er onvoldoende liquide middelen zijn om een lijfrente aan te kopen. Dit kan ervoor zorgen dat het toekomstige inkomen van de DGA verloren gaat. Dit zorgt voor problemen ten aanzien van de verzorgingsdoelstelling van het pensioen. Hierdoor kan er bij deze oplossingsrichting gesproken worden van eventuele inkomensonzekerheid.

Door de vele negatieve geluiden ten aanzien van de fiscale oudedagsreserve is het de vraag of de staatssecretaris met het oplossen van het ene probleem niet een ander probleem veroorzaakt. Het is mijns

³³⁵ Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.

³³⁶ H. van Burik, L.M.A. van Langerak en G.M.C.P. Maarhuis, Moet de fiscale oudedagsreserve zelf met pensioen? Eerst een goede opvolger vinden!, *Forfaitair* 2012/225, par. 1.

³³⁷ Kamerstukken II 2009-2010, 32 140, nr. 4 (Bijlage), par. 3.4.3, Studiecommissie Belastingstelsel (commissie-Van Weeghel), 'Continuïteiten vernieuwing. Een visie op het Belastingstelsel.

³³⁸ G.J.B. Dietvorst, Een beschouwing over toekomstvoorzieningen, *TFO* 1996/1, par. 3.1.1.

³³⁹ Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.

³⁴⁰ Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, Naar een activerender belastingstelsel. Interimrapport, Den Haag: 6 oktober 2012, blz. 98.

³⁴¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

inziens niet verstandig om een systeem met knelpunten, pensioen in eigen beheer, te vervangen door een ander systeem met eveneens knelpunten. De staatssecretaris zal zich goed moeten verdiepen in de huidige vorm van de fiscale oudedagsreserve en zich hierbij moeten bedenken of revisierente de huidige problematiek wel kan oplossen. Ik ben van mening dat dit niet het geval is, omdat rechtspersonen die geen lijfrente kunnen aankopen ook niet kunnen voldoen aan een heffing van maximaal 72%.³⁴² Ik ben dan ook van mening dat een slecht werkend systeem voor ondernemers niet moet worden overgenomen voor de pensioenopbouw van DGA's. Gazan³⁴³ deelt deze mening en merkt daarbij op dat als we pensioen in eigen beheer willen behouden er gekozen moet worden voor een andere oplossing.

4.5.3 Toetsingskader

Doeltreffendheid

- **Waarborging verzorgingsfunctie:** Door het ontbreken van een afdwingbaar recht in de opbouwfase is de verzorgingsfunctie bij de OBR niet gewaarborgd. In de uitkeringsfase is de OBR echter wel afdwingbaar. Doordat de reserve niet wordt afgestort bestaat het risico dat op de uitkeringsdatum onvoldoende liquiditeiten aanwezig zijn om te voldoen aan de pensioenverplichting van de DGA. De sanctie bij het niet aanwenden van de OBR verplichting zorgt echter voor een motivatie om de verplichting daadwerkelijk aan te wenden als oudedagsvoorziening en niet te laten vrijvallen. Verder dient er naar mijn mening bij een vermindering van het aandelenbelang naar minder dan 10%, een mogelijkheid te worden geboden om de ingangsdatum uit te stellen tot de AOW-leeftijd van de DGA. De OBR wordt op dit punt beoordeeld met een (-).
- **Adequate oudedagsvoorziening:** De OBR mag in de opbouwfase niet worden opgerent, maar pas vanaf de uitkeringsfase. Dit zorgt ervoor dat de reserve niet kan worden geïndexeerd, waardoor de voorziening in de toekomst niet adequaat is om te voorzien in de inkomensbehoefte van de DGA. Daarnaast kan in de uitkeringsfase (gedwongen) gekozen worden voor een periodieke uitkering vanuit de onderneming van ten minste 20 jaar. Door de beperkte duur van de uitkering en een eventuele langere levensduur is de OBR na 20 jaar geen adequate oudedagsvoorziening. Dit probleem kan voorkomen worden als de liquiditeit van de onderneming het toelaat om een lijfrente te bedingen. De OBR wordt op dit punt beoordeeld met een (-).
- **Liquiditeitsvoordeel:** De OBR zorgt ervoor dat er niet extern hoeft te worden afgestort, waardoor er sprake is van een liquiditeitsvoordeel. De OBR wordt op dit punt beoordeeld met een (++)).
- **Budgettaire gevolgen:** Doordat de omzetting in de OBR budgetneutraal moet zijn, wordt het maximale dotatiepercentage aan de hand daarvan bepaald. Het is afwachten in hoeverre dit zorgt voor een goedwerkende OBR als de omzetting in de OBR veel kosten met zich meebrengt en daardoor dit percentage relatief laag uitvalt. De OBR wordt op dit punt beoordeeld met een (+).
- **Regeling nabestaanden:** In zowel de opbouwfase als de uitkeringsfase is er sprake van een verplichte aanwending ten behoeve van de erfgename(n), ofwel een vererving naar de erfgename(n), bij het overlijden van de DGA. Doordat sprake is van verplichte aanwending kan bij het jong overlijden van de DGA of voor een jongere partner de uitkering direct ingaan, ook al is de AOW-leeftijd nog niet bereikt. Dit kan voor de partner in latere jaren ten koste gaan van de verzorgingsfunctie van het pensioen. Dit kan eventueel voorkomen worden door het risico op vooroverlijden extern te verzekeren. De OBR wordt op dit punt beoordeeld met (-).

³⁴² Maximale box 1 tarief (52%) + revisierente (20%).

³⁴³ A. Gazan, Het zeer van eigen beheer, PensioenMagazine 2014/6 en 7.

Praktische uitvoerbaarheid

- **Helderheid balanspositie onderneming/waardering:** Uitgaande van het feit dat het werkelijk de bedoeling is om de OBR uit te keren, moet de OBR in de opbouwfase worden opgenomen op de balans. In de uitkeringsfase is er sprake van een verplichting die wordt opgerent als er vanuit de onderneming wordt uitgekeerd. Doordat de uitkering niet afhankelijk is van de sterftekans van de DGA hoeven er geen actuariële berekeningen te worden gemaakt, waardoor de waardering van de OBR minder complex is dan die van het huidige pensioen in eigen beheer. De OBR wordt op dit punt beoordeeld met een (+).
- **Uitvoerbaarheid/eenvoud:** Door het achterwege blijven van de actuariële berekeningen is de OBR relatief eenvoudig. De toe te voegen fiscale wetgeving voor de OBR is naar mijn mening beperkt, omdat er alleen wetgeving moet worden opgenomen in de vennootschapsbelasting waardoor de OBR vrij eenvoudig kan worden vormgegeven. Deze eenvoud komt de uitvoerbaarheid ten goede. Wel dient te worden opgemerkt dat zolang het overgangsrecht van toepassing is, er geen sprake is van een vereenvoudiging, omdat wetgeving ten aanzien van de huidige vorm van pensioen in eigen beheer nog tientallen jaren van toepassing is. De OBR wordt op dit punt beoordeeld met een (+).
- **Overgangsregeling:** De partner zal bij het afstempelen naar fiscale waarde en de omzetting van de pensioenverplichting moeten instemmen en meetekenen met DGA. Door een verslechtering van de positie van de partner zal de partner dit in veel gevallen niet willen, omdat een eventuele waardevermindering van de aandelen niet in alle gevallen aan de partner ten goede komt, terwijl er wel rechten op de pensioenvoorziening verloren gaan. Eventueel kan dit gecompenseerd worden in de huwelijkse voorwaarden of door een financiële overeenkomst. Daarnaast is de uitvoerbaarheid van de overgangsregeling afhankelijk van de afkoopfaciliteit die wordt gegeven door de staatssecretaris. De OBR wordt op dit punt beoordeeld met een (-).

Systematiek

- **Internationale aspecten:** Doordat er in de opbouwfase geen sprake is van een juridisch afdwingbaar recht voor de DGA kan er in de opbouwfase bij de DGA geen conserverende aanslag worden opgelegd. In de uitkeringsfase kan bij de DGA wel een conserverende aanslag worden opgelegd. Als de vennootschap de feitelijke leiding naar het buitenland verplaatst, wordt de OBR in beginsel in de heffing betrokken, waarbij onder voorwaarden uitstel wordt verleend. Als de OBR later wordt aangewend voor een periodieke uitkering of het bedingen van een lijfrente vervalt de aanslag. Naar mijn mening is het terecht dat Nederland aanspraak maakt op heffing over de uitkering of de aftrek voor de OBR terugneemt gezien het feit dat er in het verleden aftrek is verleend voor de opbouw van de OBR. Daarnaast is het de vraag hoe de uitkering van de OBR onder bilaterale belastingverdragen en onder de buitenlandse wetgeving wordt geïnterpreteerd. Dit kan er eventueel voor zorgen dat Nederland geen heffingsrecht heeft over de uitkering. De OBR wordt op dit punt beoordeeld met een (+/-).
- **Positie partner:** Doordat er in de opbouwfase geen sprake is van een juridisch afdwingbaar recht voor de DGA en zijn partner is de Wet VPS niet van toepassing. De Wet VPS is tevens niet van toepassing als de OBR is omgezet in een periodieke uitkering vanuit de onderneming. Dit kan ten koste gaan van de verzorgingsfunctie van het pensioen voor de partner. Ten aanzien van de verzorgingsfunctie van de partner van de DGA kan eventueel in de huwelijkse voorwaarden een beding worden opgenomen of kan een externe voorziening in de vorm van een verzekering worden getroffen. In de uitkeringsfase heeft de partner bij een echtscheiding wel recht op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde pensioenrechten als de OBR is aangewend voor de verwerving van een lijfrente, lijfrentespaarrekening of lijfrentebeleggingsrecht. De OBR wordt op dit punt beoordeeld met (- -).

- **Dividend:** Op het aanwendingsmoment van de OBR dient te worden getoetst of er nog voldoende vermogen beschikbaar is om de OBR aan te wenden. Ik ben van mening dat bij elke dividenduitkering rekening moet worden gehouden met de OBR. Doordat de omvang van de OBR verplichting duidelijk wordt weergegeven op de balans is de OBR op dit punt een vereenvoudiging ten opzichte van het huidige systeem. De OBR wordt op dit punt beoordeeld met (+).
- **Vershil in fiscale en commerciële waardering:** In de opbouwfase is bij de OBR waarschijnlijk sprake van een verschil tussen de fiscale en commerciële waardering. Fiscaal wordt de OBR gezien als een bestemmingsreserve en daardoor als fiscaal vermogen. Commercieel wordt de OBR gezien als een feitelijke verplichting die zorgt voor een voorziening. Hierdoor is in de uitkeringsfase en eventueel in de opbouwfase de waarderingssystematiek van RJ 271.318 van toepassing. Commercieel moet de OBR door de toepassing van RJ 271.316 worden gewaardeerd op basis van het rendement van hoogwaardige staatsobligaties. In de uitkeringsfase wordt voor de fiscale waardering echter uitgegaan van het U-rendement. Naar mijn mening is het verschil tussen de fiscale en commerciële waardering door een eventuele keuze voor de OBR niet opgelost, waardoor er geen sprake is van een verbetering op dit gebied ten opzichte van de huidige vorm van pensioen in eigen beheer. De OBR wordt op dit punt beoordeeld met een (- -).

4.6 Oudedagssparen in eigen beheer (OSEB)

Het OSEB geeft de DGA de mogelijkheid om pensioen in eigen beheer op te bouwen door middel van een beschikbare premieregeling variant. Het OSEB komt naast de bestaande regelingen voor het extern opbouwen van pensioen, zoals die gelden voor werknemers. Bij een beschikbare premieregeling, zoals in 2.5.4 is besproken, wordt een premie toegezegd door de werkgever, maar is het rendement onzeker. Dit kan worden aangemerkt als een defined contributionregeling. Bij het OSEB wordt er daarentegen niet uitgegaan van een onzeker rendement, maar wordt er jaarlijks opgerend met het U-rendement. De staatssecretaris geeft aan dat het rendement van een beschikbare premieregeling lastig is toe te rekenen, waardoor er in de praktijk sprake is van gesepareerde beleggingen.³⁴⁴ Dit zorgt ervoor dat bij een beschikbare premieregeling het vermogen niet beschikbaar is voor de onderneming, terwijl dit bij het OSEB wel het geval is.³⁴⁵ Daarom lijkt het OSEB op een beschikbare premieregeling, maar wijkt het af op het punt van de oprenting en de beschikbaarheid van vermogen.

Doordat bij het OSEB niet op basis van de uitkering hoeft te worden gewaardeerd, maar op basis van de beschikbaar gestelde premie en de oprenting is het systeem op dit punt eenvoudiger dan de huidige vorm van pensioen in eigen beheer. De beschikbaar gestelde premies worden voor het OSEB bepaald op basis van het loon van de DGA. Dit loon kan opzij worden gezet binnen de vennootschap. Elk jaar kan ervoor worden gekozen om een bedrag opzij te zetten, waarbij er tevens voor kan worden gekozen om een gedeelte van het maximum opzij te zetten. Echter, kan er in een later jaar geen inhaaldotatie plaatsvinden tot de maximale dotatie. Hierbij zullen de toegezegde premies moeten worden gewaardeerd met inachtneming van het U-rendement op de premies. In tegenstelling tot de OBR is er bij het OSEB wel een juridisch afdwingbare vordering in de opbouwfase. Dirks³⁴⁶ is van mening dat de juridische afdwingbaarheid in de opbouwfase van de pensioenverplichting de rechtszekerheid van de DGA en zijn partner ten goede komt. Milius³⁴⁷ merkt hierbij op dat pensioenverplichting een juridisch recht geeft op

³⁴⁴ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

³⁴⁵ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

³⁴⁶ F. Dirks, Aanpassing pensioen in eigen beheer: kwestie van timing, MBB 2015/10, par. 4.

³⁴⁷ A. Milius, Gaat het eindelijk de goede kant op met pensioen in eigen beheer? Ochi!, PensioenMagazine 2015/97.

de pensioenpot, maar dat de DGA nog wel afhankelijk is van het feit of het geld in de vennootschap beschikbaar is. Als er geen geld beschikbaar is, bijvoorbeeld door het nemen van teveel ondernemingsrisico, slecht beleggen of investeren, beschikt de DGA over een niet opeisbare pensioenaanspraak. Dit zorgt er volgens Milius³⁴⁸ voor, dat op dit punt het OSEB geen verbetering is ten opzichte van het huidige systeem van pensioen in eigen beheer. Ik ben het op dit punt eens met Milius³⁴⁹ gezien de verzorgingsfunctie van pensioen, omdat het maar de vraag is of het OSEB daadwerkelijk voor een verbetering zorgt op dit punt.

4.6.1.1 Opbouwfase

In de opbouwfase van het OSEB is de grondslag voor de dotatie het loon van de DGA in het dotatiejaar tot een maximum van € 101.519 (2016) op basis van art. 18ga Wet LB 1964, waarbij rekening wordt gehouden met de AOW-franchise.³⁵⁰ Deze AOW-franchise is net als bij de OBR ongeveer gelijk aan de AOW-franchise voor degene die onder de PW vallen, in tegenstelling tot de huidige regelgeving voor pensioen in eigen beheer waar op basis van de gangbaarheidstoets van art. 18h LB wordt uitgegaan van een hogere AOW-franchise. Voor het bepalen van het loon wordt aangesloten bij de inkomstenbelasting, zoals dat in art. 3.127 Wet IB 2001 wordt meegenomen bij het bepalen van de premiegrondslag van de jaar- en reserveringsruimte. Verder geeft de staatssecretaris aan, dat het mogelijk is dat de DGA ook als een gewone werknemer of als DGA bij een andere vennootschap pensioen opbouwt, waardoor sprake moet zijn van een samenloopbepaling die het pensioengevend loon maximeert op € 101.519 (2016), verminderd met de AOW-franchise van € 11.966 (2016). De staatssecretaris merkt op dat de maximumstaffel van de jaarlijkse dotatie aan het OSEB wordt gebaseerd op een percentage dat budgetneutraal is ten opzichte van het huidige stelsel.

De dotatie voor het OSEB wordt gebaseerd op een maximumstaffel of een vast opbouwpercentage. Jaarlijks kan worden gekozen of en hoeveel er wordt gedoteerd aan het OSEB. Er wordt geen inhaaldotatie toegestaan om een niet maximale dotatie in te halen in een later jaar. De staatssecretaris heeft aangegeven dat een inhaaldotatie niet mogelijk is met het oog op vereenvoudig en dat de toepassing van de inhaaldotatie bij de belastingdienst zal zorgen voor een enorme uitvoeringslast.³⁵¹ De NOB³⁵² geeft aan dat binnen de lijfrente- en de pensioensfeer inhaal in een later jaar wel mogelijk is, waarbij een eventuele inhaal extern moet worden ondergebracht. De NOB³⁵³ snapt niet waarom het OSEB strenger wordt behandeld op dit punt. Ik ben van mening dat de inhaaldotatie niet mogelijk hoeft te zijn, omdat de DGA door zijn resultaat niet wordt beperkt in het doen van een pensioendotatie. Door een inhaaldotatie toe te staan wordt de vennootschap een mogelijkheid geboden om in eerdere jaren verliezen te creëren en daardoor belastingheffing te voorkomen door de belastbare winst te drukken of te verrekenen.

Jaarlijks worden de ingelegde gelden opgerent door middel van het U-rendement. Er wordt hierbij geen rekening gehouden met het daadwerkelijke rendement. Het U-rendement wordt ten laste van de winst gebracht en wordt niet gezien als extra beschikbaar gestelde dotatie van de werkgever, waardoor het U-

³⁴⁸ A. Milius, Gaat het eindelijk de goede kant op met pensioen in eigen beheer? Ochi!, PensioenMagazine 2015/97.

³⁴⁹ A. Milius, Gaat het eindelijk de goede kant op met pensioen in eigen beheer? Ochi!, PensioenMagazine 2015/97.

³⁵⁰ In de brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U wordt gesproken van € 100.000 (2015), echter is art. 18ga Wet LB 1964 aangepast waardoor maximale pensioengevend loon € 101.519 is.

³⁵¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, DB/2015/454 U, bijlage 1.

³⁵² NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.6.

³⁵³ NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.6.

rendement geen invloed heeft op de grondslag waarover kan worden gedoteerd. Er kan voor gekozen worden om voor een deel van het saldo van de aanspraak, extern het vooroverlijden van de DGA af te dekken of extern een lijfrente ten behoeve van de partner of kinderen van de DGA te bedingen. Door de oprenting wordt voorkomen dat er separate beleggingen moeten worden aangehouden, zoals bij een beschikbare premieregeling in eigen beheer.

4.6.1.2 Waardering tijdens de opbouwfase

Tijdens de opbouwfase is de oudedagsspaarverplichting een aanspraak van de DGA, waardoor de verplichting voor de fiscale waardering wordt gezien als vreemd vermogen. Dit geldt eveneens voor de commerciële waardering. Doordat de DGA tijdens het opbouwfase kan kiezen om de verplichting extern te verzekeren zullen de commerciële en fiscale waardering elk jaar waarschijnlijk gelijk zijn volgens de staatsecretaris. A. Dieleman³⁵⁴ geeft aan dat dit onjuist is, omdat de oprenting commercieel op basis van RJ 271.316 en RJ 271.318 dient plaats te vinden, waardoor er voor de waardering moet worden uitgegaan van het rendement op hoogwaardige ondernemingsobligaties. Doordat het U-rendement is afgeleid van een pakket Nederlandse staatsobligaties met een resterende looptijd van tussen de twee en vijftien jaar kan er een verschil ontstaan tussen de commerciële en fiscale waardering van de oprenting.³⁵⁵ Daarnaast geeft Herreveld³⁵⁶ aan dat hij niet snapt dat de staatsecretaris zoveel waarde hecht aan het voorkomen van commercieel fiscale verschillen. Hij begrijpt dat grote commercieel fiscale verschillen bij de huidige vorm van pensioen in eigen beheer een probleem zijn, maar vindt de kleine verschillen, zoals bij de bovenstaande oprenting in beginsel geen probleem. Dit komt doordat veel vennootschappen met pensioen in eigen beheer kleine vennootschappen zijn, waarbij de commerciële waardering is gebaseerd op de fiscale waardering waardoor er geen verschillen ontstaan. Als deze cijfers wel afwijken, vindt hij dat zowel het OSEB als de OBR voor veel kleinere verschillen zorgen die zeer overzichtelijk zijn. De NOB³⁵⁷ neemt aan dat als het OSEB een aanspraak/toezegging vormt, er bij de waardering eventueel een minimumrekenrente van 4% in aanmerking moet worden genomen op basis van art. 3.29 Wet IB 2001.³⁵⁸ Zij snappen niet dat de staatssecretaris er daarom vanuit gaat dat de commerciële en fiscale waardering elk jaar waarschijnlijk gelijk is, terwijl dit voorschrift zorgt voor het verschil tussen beide waarderingen. De vraag wordt dan ook gesteld of eventueel een uitzondering van toepassing is op de minimumrekenrente van 4% voor het OSEB. B. Dieleman³⁵⁹ is van mening dat de waardering van het OSEB gelijk is aan de dotaties opgerent met het U-rendement, waardoor er geen verschil ontstaat tussen de fiscale en commerciële waardering.

De huidige eisen die worden gesteld door de belastingdienst aan de opbouw van pensioen in eigen beheer op basis van de beschikbare premieregeling is dat de DGA moet werken met gesepareerde beleggingen. Door het aanhouden van de gesepareerde beleggingen kunnen deze beleggingen niet worden aangewend door de onderneming. Hierdoor wordt door de onderneming geen liquiditeitsvoordeel behaald. De staatssecretaris geeft hierbij aan dat een beschikbare premieregeling niet voldoet aan de door hem gestelde voorwaarden voor een oplossing, omdat de liquiditeiten niet beschikbaar blijven binnen de onderneming.³⁶⁰ In de brief van 2 juni 2014 heeft de staatssecretaris tevens aangegeven dat het

³⁵⁴ A. Dieleman, Voorstellen pensioen eigen beheer: verbetering voor uitkeringstoets?, Accountantsweek, 26 augustus 2015.

³⁵⁵ <https://www.verzekeraars.nl/verzekeringsbranche/statistieken/Documents/AndereStatistieken/Rendementsmaatstaven/Toelichting%20rendementen.pdf>, per 05-08-2016.

³⁵⁶ F.R. Herreveld, Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep, WFR 2015/1030, par. 5.3.2.

³⁵⁷ NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.3.

³⁵⁸ In het commentaar wordt gesproken van art. 3.29a Wet IB 2001 er is aangenomen dat art. 3.29 Wet IB 2001 wordt bedoeld.

³⁵⁹ B. Dieleman, Analyse oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, TPV 2015/37, par. 4.

³⁶⁰ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

gesepareerd bijhouden van de beleggingen binnen de onderneming niet mogelijk is, omdat dit tot onoverkomelijke uitvoeringsproblemen zal leiden.³⁶¹ De staatssecretaris heeft daarom bij het OSEB gekozen voor een vast percentage op basis van de marktrente (U-rendement). Als dit vaste rendement niet daadwerkelijk wordt behaald zorgt dit voor een verlies voor de vennootschap, omdat dit moet worden gecompenseerd met andere middelen dan uit beleggingen om te kunnen voldoen aan de pensioenverplichting. Hierdoor kan een nadeel ontstaan voor andere schuldeisers.

4.6.1.3 Dividenduitkering

De verplichting bij het OSEB wordt gezien als vreemd vermogen, waardoor tot deze waarde geen dividend kan worden uitgekeerd. Doordat de jaarlijkse dotatie met inachtneming van het U-rendement wordt gewaardeerd, zal de waardering volgens de staatssecretaris eenvoudig zijn. Dit helpt tevens bij het eenvoudiger uitvoeren van de dividendtoets. Als de vennootschap teveel dividend uitkeert wordt dit aangemerkt als afkoop. Hierdoor wordt, overeenkomstig de huidige wetgeving omtrent pensioen in eigen beheer, de gehele verplichting aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrekking, waarover 20% revisierente verschuldigd. Hierbij wordt aan de DGA de mogelijkheid gegeven om aan te tonen dat de rentevergoeding lager moet zijn. De NOB³⁶² is van mening dat de staatssecretaris suggereert dat niet aan de uitkeringstoets wordt voldaan als er een dividenduitkering wordt gedaan, waardoor het niet meer mogelijk is om de voorziening voor het OSEB extern af te storten. Zij vragen zich af of de staatssecretaris dit wil vormgeven door een nieuwe regeling of dat hij dit baseert op de huidige regelgeving rond pensioenaanspraken. Zij geven aan dat de rechter tot op heden slechts in specifieke gevallen heeft geoordeeld dat er sprake is van afkoop van de pensioenverplichting bij een dividenduitkering kort voor de pensioendatum. Daarom is het nog zeer de vraag of de rechter concludeert dat er sprake is van afkoop van pensioen als er naar verwachting in de aankomende jaren nog voldoende resultaat wordt behaald om te voldoen aan pensioen. Naar mijn mening dient de onderneming op het moment van uitkering rekening te houden met het OSEB, omdat er sprake is van vreemd vermogen. De onderneming moet op het moment van uitkering nog kunnen voldoen aan de OSEB.

4.6.1.4 Internationale aspecten

Bij het OSEB is de aanspraak juridisch afdwingbaar, waardoor er bij emigratie een conserverende aanslag kan worden opgelegd. Dit kan eraan bijdragen dat het Nederlandse heffingsrecht (gedeeltelijk) behouden kan blijven. Daarnaast is het de vraag hoe de uitkering van het OSEB onder bilaterale belastingverdragen en onder de buitenlandse wetgeving wordt geïnterpreteerd. Door deze behandeling kan Nederland eventueel na de emigratie van de vennootschap en of de DGA geen heffingsrecht hebben over de uitkering van het OSEB, omdat het heffingsrecht is toegewezen aan het buitenland. Dit kan tot gevolg hebben dat Nederland zijn claim verliest.

4.6.1.5 Aanwendingsmoment

De verplichting voor het OSEB dient op het verplichte aanwendingsmoment te worden gebruikt ter verwerving van een lijfrente, lijfrentespaarrekening of lijfrentebeleggingsrecht voor de DGA bij een bank, professionele verzekeraar of een beheerder van een beleggingsinstelling. Daarnaast kan er op het verplichte aanwendingsmoment gekozen worden voor de mogelijkheid tot omzetting in een verplichting tot het doen van een periodieke uitkering vanuit het eigenbeheerlichaam van de DGA (in beginsel) 20 jaar aan de DGA. Het is bij de 20 jarige periodieke uitkering niet mogelijk om de uitkeringsverplichting bij een ander lichaam onder te brengen dan waar het OSEB is opgebouwd.

³⁶¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.

³⁶² NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.3.

Herreveld³⁶³ begrijpt niet waarom de uitkering vanuit het eigen beheer lichaam 20 jaar zou moeten zijn. Hij vindt dat een uitkering van 20 jaar een DGA in een keurslijf duwt. Hij stelt zelf voor om te kiezen voor een minimum uitkeringsperiode van 10 jaar.³⁶⁴ Naar mijn mening kan in dat geval tevens gesproken worden van een keurslijf, maar geeft dit de DGA wel meer vrijheid. De NOB³⁶⁵ geeft in zijn commentaar op de brief van de staatssecretaris aan dat de 20 jarige uitkering, in plaats van een levenslange uitkering, met name bezwarend is voor een jongere partner en daardoor de verzorgingsgedachte die ten grondslag ligt aan de behoorlijk wordt ingeperkt. Naar mijn mening moet de uitkering minimaal gelijk worden gesteld aan de levensverwachting. Dit moet ervoor zorgen dat de DGA in veel gevallen zijn hele pensioen een uitkering krijgt vanuit zijn OSEB voorziening. Daarnaast is de DGA in dat geval vrij om over een langere periode uit te keren, waardoor de kans beperkt kan worden dat de OSEB voorziening opraaft. Als er gekozen wordt voor een levenslange uitkering vanuit het pensioenlichaam kan dit voor problemen zorgen bij de dekking van de pensioenvoorziening. Als de DGA ouder wordt dan de levensverwachting kan er namelijk geen uitkering meer worden gedaan. Dit zorgt voor overeenkomstige problemen als bij het huidige pensioen in eigen beheer. De NOB³⁶⁶ stelt voor om dit probleem op te lossen door de waarderingregels te laten aansluiten bij de economische waarderingregels. De NOB³⁶⁷ geeft echter zelf aan dat dit budgettaire wel voor bezwaren zal zorgen.

De verplichte aanwending van de OSEB verplichting ten behoeve van de DGA vindt uiterlijk plaats binnen twee maanden nadat de DGA de pensioengerechtigde leeftijd³⁶⁸ heeft bereikt of maximaal vijf jaar later als de DGA loon geniet voor ten minste één dag per week. In het geval dat de DGA voorafgaand aan de aanwending overlijdt, moet de aanwending binnen twaalf maanden na het overlijden verplicht worden aangewend ten behoeve van de partner en de kinderen. Deze aanwending dient te gebeuren volgens een verdeelsleutel. Als de DGA geen kinderen of partner heeft, zal de aanwending verplicht moeten worden gedaan ten behoeve van zijn erfgenamen. De uitkeringen vinden plaats gedurende 20 jaar te vermeerderen met de periode voor de ingangsdatum van de AOW-ingangsdatum van de betreffende DGA.³⁶⁹ De NOB³⁷⁰ stelt voor om de mogelijkheid te geven aan de partner om de uitkeringen in te laten gaan op de AOW-leeftijd van de partner of de uitkeringen te laten doorlopen tot 20 jaar na de AOW-leeftijd van de partner. Gezien de verzorgingsdoelstelling van een pensioenvoorziening lijkt mij het geven van de beide mogelijkheden, te weten het direct laten ingaan, of het op de AOW-leeftijd van de partner laten ingaan, te zorgen voor een adequatere ouderdagsvoorziening van de partner van de DGA.

De staatssecretaris heeft in de bijlage van zijn brief van 17 december 2015³⁷¹ aangegeven dat het mogelijk is om het OSEB voorafgaand aan het aanwendingsmoment vrijwillig aan te wenden. Hierbij wordt het OSEB omgezet in een juridisch afdwingbaar recht, bij de eigen BV of een professionele beheerder, waarbij de hoogte van de uitkering, het aanvangstijdstip en de looptijd worden vastgelegd.

³⁶³ F.R. Herreveld, Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep, WFR 2015/1030, par. 4.4 en 5.4.

³⁶⁴ F.R. Herreveld, Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep, WFR 2015/1030, par. 4.4 en F.R. Herreveld, R.L. ter Hoeven RA en C.A.H. Luijken, Wezenlijke bijdrage aan vereenvoudiging van het fiscale Regime, WFR 2014/1132, par. 3.

³⁶⁵ NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.2.

³⁶⁶ NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.2.

³⁶⁷ NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.2.

³⁶⁸ Als bedoeld in art. 7A, lid 1 Algemene ouderdomswet.

³⁶⁹ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, DB/2015/454 U.

³⁷⁰ NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104), par. B.7.

³⁷¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, DB/2015/454 U, bijlage 1.

De periodieke uitkeringen hoeven hierbij niet direct in te gaan. Hierdoor kan het OSEB al voor de AOW-leeftijd vrijwillig worden omgezet in een uitkering die op de AOW-leeftijd ingaat.

Als de OSEB verplichting niet-regulier wordt aangewend zal de verplichting worden aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrekking, waarover tevens 20% revisierente is verschuldigd. Het is voor de DGA in dat geval mogelijk om aan te tonen dat de revisierente lager zou moeten zijn. Dit kan door aan te tonen dat als het belastingvoordeel zou worden nagevorderd dit bedrag lager is dan de in rekening gebrachte belastingrente. Een uitzondering op de sanctie van revisierente zijn maatschappelijke redenen, waarbij de volgende voorbeelden worden gegeven: faillissement, surseance van betaling, schuldsanering of onderdekking door reële ondernemings- of beleggingsverliezen zonder verwijtbaar handelen van het lichaam of de DGA. Door middel van een fictie kan verwijtbaar handelen worden aangenomen als de DGA in de zeven kalenderjaren voorafgaande aan het verplichte aanwendingsmoment een uitdeling van winst of een terugbetaling van het aandelenkapitaal heeft gedaan waardoor er een tekort is ontstaan. Dieleman³⁷² geeft aan dat door de zware sanctie van de revisierente aangenomen mag worden dat het alle partijen eraan gelegen is om vrijval te voorkomen en de OSEB verplichting daadwerkelijk aan te wenden, waardoor dit ten goede komt aan de effectiviteit van het OSEB. Ik deel deze mening en merk hierbij op dat dit ten goede komt aan een adequate oudedagsvoorziening en de verzorgingsfunctie.

4.6.1.6 Uitkeringsfase

Om de problemen van het huidige pensioen in eigen beheer systeem in de uitkeringsfase te voorkomen is niet gekozen voor een levenslang recht op een uitkering vanuit het lichaam waar de OSEB verplichting is opgebouwd.³⁷³ Daarentegen is er gekozen voor een systeem waarin afgezien van oprenting een gelijkmatige uitkering wordt gedaan over een periode van 20 jaar. Dit zou er volgens de staatsecretaris voor moeten zorgen dat de commerciële en fiscale waardering kan worden gedaan zonder ingewikkelde actuariële berekeningen, omdat de uitkering niet afhankelijk is van de sterftkans.³⁷⁴ Herreveld³⁷⁵ en A. Dieleman³⁷⁶ geven aan dat de oprenting, net als in de opbouwfase, commercieel niet gelijk is aan fiscaal, omdat fiscaal wordt opgerent met het U-rendement terwijl er commercieel op basis van RJ 271.316 en RJ 271.318 dient te worden opgerent met het rendement van hoogwaardige ondernemingsobligaties. B. Dieleman³⁷⁷ is van mening dat in de uitkeringsfase geen sprake is van verschillen tussen de fiscale en de commerciële waardering, omdat de verplichting gelijk is aan de niet uitgekeerde gelden plus de jaarlijkse oprenting op basis van het U-rendement. Tijdens de uitkeringsfase wordt voor het niet uitgekeerde deel jaarlijks opgerent door middel van het U-rendement. Dit zorgt ervoor dat in het eerste jaar 1/20^e deel van het beginbedrag wordt uitgekeerd en in het tweede jaar 1/19^e van het saldo resteert na de oprenting en de uitkering in het eerste jaar. Het is tijdens de uitkeringsfase mogelijk om het resterende saldo af te storten bij een professionele verzekeraar om een kwalificerende lijfrente te bedingen.

Herreveld³⁷⁸ stelt voor om de eis van het doen van gelijke uitkeringen te laten vervallen gezien de hogere liquiditeitsbehoefte in privé in de eerste jaren na het ingaan van het pensioen ten opzichte van de latere jaren, waarbij hij opmerkt dat dient te worden voorkomen dat de uitkering feitelijk bijna ineens wordt gedaan. Hij stelt hierbij voor om de hoog-laag eis op te nemen, zoals die van toepassing is op

³⁷² B. Dieleman, Analyse oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, TPV 2015/37, par 4.

³⁷³ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

³⁷⁴ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

³⁷⁵ F.R. Herreveld, Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep, WFR 2015/1030, par. 4.5 en 5.4.

³⁷⁶ A. Dieleman, Voorstellen pensioen eigen beheer: verbetering voor uitkeringstoets?, Accountantsweek, 26 augustus 2015.

³⁷⁷ B. Dieleman, Analyse oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, TPV 2015/37, par. 4.

³⁷⁸ F.R. Herreveld, Pensioen in eigen beheer naar de eindstreep, WFR 2015/1030, par. 4.4 en 5.3.

kapitaalverzekeringen, waarbij de hoogste uitkering bijvoorbeeld maximaal tienmaal de laagste uitkering is. Naar mijn mening is deze hoog-laag eis eenvoudig vorm te geven en geeft dit meer flexibiliteit aan de DGA ten aanzien van zijn liquiditeitsbehoefte in privé. Echter, gaat dit wel ten koste van de verzorgingsfunctie van het pensioen als er grote uitkeringen worden gedaan in de eerste paar jaar van het pensioen. Ik ben zelf van mening dat beter kan worden aangesloten bij uitkering van 20 jaar of meer, omdat in dat geval een DGA de mogelijkheid heeft om voor een adequate oudedagsvoorziening te zorgen als hij langer leeft dan 20 jaar. Dit kan voorkomen dat de DGA tijdens zijn leven zijn OSEB voorziening opmaakt. Daarnaast zal een hoog-laag eis het OSEB niet eenvoudiger maken.

In de uitkeringsfase geldt overeenkomstig het aanwendingsmoment dat bij het overlijden van de DGA de reeds ingegane uitkering voor de resterende termijnen ten goede moet komen aan de partner en kinderen, volgens een verdeelsleutel. Bij de afwezigheid van partner en kinderen zullen de resterende uitkeringen ten goede moeten komen aan de erfgenamen van de DGA. Het is eventueel mogelijk om de uitkeringen in eigen beheer af te storten bij een professionele beheerder en een kwalificerende lijfrente te bedingen.³⁷⁹

4.6.1.7 Partner van de DGA

Een deel van de ruimte voor het opbouwen van de OSEB verplichting kan worden gebruikt om extern het vooroverlijdensrisico van de DGA af te dekken of een kwalificerende lijfrente te bedingen ter waarborging van de belangen van de partner en kinderen. De staatssecretaris geeft aan dat de OSEB verplichting niet kan worden aangemerkt als pensioen voor de Wet VPS.³⁸⁰ Dit in tegenstelling tot de huidige vorm van pensioen in eigen beheer, waar de partner van de DGA een sterkere positie heeft.³⁸¹ Dieleman³⁸² betwijfelt of dit correct is, omdat de Wet VPS van toepassing is op alle pensioenovereenkomsten als bedoeld in de Pensioenwet, waardoor er volgens Dieleman geen valide argumenten zijn om te betogen dat er bij het OSEB geen sprake is van een dergelijke pensioenovereenkomst. Vervolgens spreekt hij zichzelf enigszins tegen door te melden dat de staatssecretaris het niet van toepassing zijn van de Wet VPS eventueel baseert op art. 15 PW, op basis waarvan een pensioenovereenkomst moet voorzien in een levenslange uitkering. Doordat het OSEB eventueel kan worden omgezet in een uitkering van 20 jaar is hiervan geen sprake ook al is dit volgens Dieleman³⁸³ gemiddeld gezien een (nagenoeg) levenslange uitkering. Mijns inziens is het tevens de vraag of het OSEB niet onder Wet VPS valt, omdat in art. 1, lid 4, sub a Wet VPS, de Wet VPS mede van toepassing wordt verklaard op een pensioenovereenkomst van een DGA.

Daarnaast heeft de DGA bij OSEB volgens Milius³⁸⁴ meer mogelijkheden om de dotatie te sturen dan bij het huidige pensioen in eigen beheer, omdat de DGA elk jaar zelf kan bepalen of er wordt gedoteerd. Dit kan de DGA ertoe bewegen om tijdens of voorafgaand aan een echtscheiding niet te doteren aan het OSEB gezien het risico op een echtscheiding. De staatssecretaris heeft aangegeven dat het OSEB eventueel nog onder de Wet VPS kan worden gebracht.³⁸⁵ Zolang de OSEB verplichting niet wordt aangemerkt als pensioen voor de Wet VPS, zal het voorgaande punt van Milius niet van belang zijn voor de echtscheiding. Naar mijn mening is het van belang dat de OSEB verplichting onder de Wet VPS wordt gebracht om de pensioenrechten van een partner bij een echtscheiding veilig te kunnen stellen.

³⁷⁹ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, DB/2015/454 U, bijlage 1.

³⁸⁰ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

³⁸¹ A. Milius, Gaat het eindelijk de goede kant op met pensioen in eigen beheer? Ochi!, *PensioenMagazine* 2015/97.

³⁸² B. Dieleman, Analyse oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, *TPV* 2015/37, par. 4.

³⁸³ B. Dieleman, Analyse oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, *TPV* 2015/37, par. 4.

³⁸⁴ A. Milius, Gaat het eindelijk de goede kant op met pensioen in eigen beheer? Ochi!, *PensioenMagazine* 2015/97.

³⁸⁵ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, DB/2015/454 U, bijlage 1.

Ook het extern verzekeren van het risico van overlijden van de DGA lijkt mij een verstandige keuze. Dit extern verzekeren kan vooral aan het begin van de opbouw van het OSEB van belang zijn, omdat de rechten op de tot dan toe opgebouwde OSEB voorziening nog klein zijn. Dit komt doordat er een korte periode is geweest om te doteren en over de voorziening een rendement te behalen, waardoor de uitkering laag is. Door het overlijdensrisico buiten de onderneming te brengen wordt de financiële situatie van de partner en de kinderen veiliggesteld. Dit kan naar mijn mening eventueel voor een (gedeelte) verplicht worden gesteld aan het begin van de opbouw van de OSEB.

4.6.1.8 Overgangsrecht

Er wordt voor de huidige regeling van pensioen in eigen beheer een tweetal mogelijkheden geboden om de pensioenverplichting in eigen beheer om te zetten. Ten eerste kan de bestaande pensioenverplichting worden omgezet in een OSEB verplichting ter grootte van de huidige fiscale pensioenverplichting zonder loonheffing of heffing van vennootschapsbelasting. De staatssecretaris heeft in zijn brief van 17 december 2015³⁸⁶ aangegeven dat hij de overgangsregeling geruisloos wil laten plaatsvinden, zodat ook vennootschappen die in een slechte of minder goede financiële positie verkeren of weinig liquiditeiten hebben van de overgang gebruik kunnen maken. Door deze omzetting wordt voor een deel afgezien van de bestaande pensioenverplichting en wordt het resterende deel omgezet in een OSEB verplichting. Bij de omzetting van de pensioenvoorziening in eigen beheer moet zowel de DGA als de partner instemmen, dan wel meeteunen. Als de partner niet instemt met de omzetting en de afstempeling zal de pensioenvoorziening in eigen beheer blijven bestaan. Voor de partner is het van belang om voorafgaand aan het instemmen goed advies in te winnen over de pensioenrechten die worden prijsgegeven en over de eventuele gevolgen van een echtscheiding.

Naar mijn mening is er sprake van een schenking als de partner van de DGA door het instemmen gedeeltelijk afziet van zijn pensioenrechten en de meerwaarde door het vrijvallen van de verplichting niet in dezelfde mate ten goede komt aan de partner van de DGA door een waardestijging van de aandelen. Deze schenking kan eventueel voorkomen worden door de partner te compenseren. De staatssecretaris is van mening dat als de partner van de DGA passend gecompenseerd wordt voor de verlaagde aanspraak op de pensioenrechten er geen sprake is van een vermogensverschuiving, maar dat een vermogensverschuiving wordt voorkomen.³⁸⁷ De staatssecretaris geeft verder aan dat een passende compensatie kan worden vormgegeven door een aanpassing van de huwelijkse voorwaarden.³⁸⁸ Daarnaast kan het afstempelen van pensioen in eigen beheer bij een vennootschap met meerdere aandeelhouders zorgen voor een schenking, omdat het vrijvallen van de verplichting tevens ten goede komt aan de andere aandeelhouders. Hier geldt eveneens dat de schenking kan worden voorkomen door aan de DGA die zijn pensioenverplichting in eigen beheer afstempelt een compensatie toe te kennen.

De tweede mogelijke toepassing van het overgangsrecht is om de bestaande pensioenverplichting niet om te zetten, maar te behouden. Hierbij zal geen pensioen in eigen beheer in de huidige vorm meer worden opgebouwd, maar kan naast de bestaande verplichting wel een OSEB verplichting worden opgebouwd. Hierbij blijft op de bestaande verplichting de huidige regelgeving van de vennootschapsbelasting en de loonbelasting van toepassing. Het is tevens mogelijk om de bestaande pensioenaanspraak onder te brengen bij een professioneel beheerder. Dit zorgt in het jaar van onderbrengen voor een aftrekpost voor het verschil tussen de commerciële koopsom en de fiscale pensioenverplichting op de balans. Als er niet wordt omgezet kan dit overgangsrecht nog tientallen jaren van toepassing blijven.

³⁸⁶ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, DB/2015/454 U.

³⁸⁷ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

³⁸⁸ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

4.6.2 Toetsingskader

Doeltreffendheid

- **Waarborging verzorgingsfunctie:** De DGA heeft zowel in de opbouwfase als in de uitkeringsfase een afdwingbaar recht op de onderneming ten aanzien van het OSEB. Doordat de OSEB verplichting niet wordt afgestort is het risico aanwezig dat op de uitkeringsdatum onvoldoende liquiditeiten aanwezig zijn om te kunnen voldoen aan de pensioenverplichting van de DGA. De sanctie bij het niet aanwenden van de OSEB verplichting zorgt echter voor een motivatie om de verplichting daadwerkelijk aan te wenden als oudedagsvoorziening en niet te laten vrijvallen. Het OSEB wordt op dit punt beoordeeld met een (+/-).
- **Adequate oudedagsvoorziening:** Het OSEB wordt in de opbouwfase en in de uitkeringsfase opgerent door middel van het U-rendement. Dit zorgt ervoor dat de OSEB verplichting in de loop van de jaren groeit. In de uitkeringsfase kan (gedwongen) gekozen worden voor een periodieke uitkering vanuit de onderneming van in beginsel 20 jaar. Door de beperkte duur van de uitkering en een eventuele langere levensduur van de DGA is de OSEB na 20 jaar geen adequate oudedagsvoorziening. Dit probleem kan voorkomen worden als de liquiditeit van de onderneming het toelaat om een lijfrente te bedingen. Het OSEB wordt op dit punt beoordeeld met een (+/-).
- **Liquiditeitsvoordeel:** Het OSEB zorgt ervoor dat er niet extern hoeft te worden afgestort, waardoor er sprake is van een liquiditeitsvoordeel. Het OSEB wordt op dit punt beoordeeld met een (++).
- **Budgettaire gevolgen:** Doordat de omzetting in het OSEB budgetneutraal moet zijn, wordt het maximale dotatiepercentage aan de hand daarvan bepaald. Het is afwachten in hoeverre dit zorgt voor een goedwerkende OSEB als de omzetting in de OSEB veel kosten met zich meebrengt en daardoor dit percentage relatief laag uitvalt. Het OSEB wordt op dit punt beoordeeld met (+).
- **Regeling nabestaanden:** In zowel de opbouwfase als de uitkeringsfase is er bij het overlijden van de DGA sprake van een verplichte aanwending ten behoeve van de erfgenamen, ofwel een vererving naar de erfgenamen. Doordat sprake is van verplichte aanwending kan bij het jong overlijden van de DGA of voor een jongere partner de uitkering direct ingaan, ook al is de AOW-leeftijd nog niet bereikt. Dit kan voor de partner in latere jaren ten koste gaan van de verzorgingsfunctie van het pensioen. Dit kan eventueel voorkomen worden door het risico op vooroverlijden extern te verzekeren. Het OSEB wordt op dit punt beoordeeld met (-).

Praktische uitvoerbaarheid

- **Helderheid balanspositie onderneming/waardering:** In zowel de opbouwfase als in de uitkeringsfase wordt de OSEB verplichting gezien als vreemd vermogen. Doordat de uitkering niet afhankelijk is van de sterftekans van de DGA hoeven er geen actuariële berekeningen te worden gemaakt, waardoor de waardering minder complex is ten opzichte van pensioen in eigen beheer. Het OSEB wordt op dit punt beoordeeld met een (+).
- **Uitvoerbaarheid/eenvoud:** Door het achterwege blijven van actuariële berekeningen is het OSEB relatief eenvoudig vorm te geven. Daarnaast is oprenten in de opbouwfase is naar mijn mening vrij eenvoudig. De toe te voegen fiscale bepalingen moeten worden vormgegeven door middel van nieuwe wetgeving in de loonbelasting en de vennootschapsbelasting. Wel dient te worden opgemerkt dat zolang het overgangsrecht van toepassing is er geen wetgeving ten aanzien van de huidige vorm van pensioen in eigen beheer verdwijnt. Doordat de huidige regelgeving nog lang blijft bestaan en er veel regelgeving bijkomt, is het invoeren van het OSEB niet veel eenvoudiger dan de huidige wetgeving. Het OSEB wordt op dit punt beoordeeld met (+/-).

- **Overgangsregeling:** De partner zal bij het afstempelen naar fiscale waarde en de omzetting van de pensioenverplichting moeten instemmen en meetekenen met DGA. Door een verslechtering van de positie van de partner zal de partner dit in veel gevallen niet willen, omdat een eventuele waardevermindering van de aandelen niet in alle gevallen aan de partner ten goede komt, terwijl er wel rechten op de pensioenvoorziening verloren gaan. Eventueel kan dit gecompenseerd worden in de huwelijkse voorwaarden of door een financiële overeenkomst. Daarnaast is de uitvoerbaarheid van de overgangsregeling afhankelijk van de afkoopfaciliteit die wordt gegeven door de staatssecretaris. Het OSEB wordt op dit punt beoordeeld met (-).

Systematiek

- **Internationale aspecten:** Als de DGA emigreert, zal een conserverende aanslag worden opgelegd ten aanzien van de opgebouwde OSEB rechten. Door de conserverende aanslag probeert Nederland zijn heffingsrecht over het OSEB te behouden. Daarnaast is het de vraag hoe de uitkering van het OSEB onder bilaterale belastingverdragen en onder de buitenlandse wetgeving wordt geïnterpreteerd. Het OSEB wordt op dit punt beoordeeld met (+/-).
- **Positie partner:** Voor de Wet VPS is de OSEB geen pensioen, waardoor de partner bij echtscheiding geen recht heeft op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde pensioenrechten van de OSEB. Dit kan ten koste gaan van de verzorgingsfunctie van het pensioen voor de partner. Ten aanzien van de verzorgingsfunctie kan eventueel in de huwelijkse voorwaarden een beding worden opgenomen of kan een externe voorziening in de vorm van een verzekering worden getroffen. In de uitkeringsfase is de Wet VPS niet van toepassing als er periodiek wordt uitgekeerd vanuit de vennootschap. Als de OSEB verplichting is aangewend voor de verwerving van een lijfrente, lijfrentespaarrekening of lijfrentebeleggingsrecht is de Wet VPS echter wel van toepassing. In dat geval heeft de partner bij een echtscheiding recht op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde pensioenrechten.³⁸⁹ Het OSEB wordt op dit punt beoordeeld met (- -).
- **Dividend:** De OSEB verplichting wordt aangemerkt als vreemd vermogen, waardoor voor het saldo van de verplichting, waaronder de OSEB verplichting geen dividend kan worden uitgekeerd. Ik ben van mening dat bij elke dividenduitkering rekening moet worden gehouden met de OSEB verplichting. Doordat de omvang van de OSEB verplichting duidelijk is, is het OSEB een vereenvoudiging ten opzichte van het huidige systeem. Het OSEB wordt op dit punt beoordeeld met (+).
- **Verskil in fiscale en commerciële waardering:** In de opbouwfase en uitkeringsfase is waarschijnlijk sprake van verschil tussen de fiscale en commerciële waardering. Dit komt doordat commercieel op grond van RJ 271.318 wordt opgericht op basis van het rendement van hoogwaardige staatsobligaties, terwijl fiscaal wordt uitgegaan van het U-rendement. Naar mijn mening is het fiscaal commerciële verschil in waardering door het OSEB niet opgelost waardoor er op dit punt geen sprake is van een vereenvoudiging. Het OSEB wordt op dit punt beoordeeld met (- -).

4.6.3 Beschikbare premiereregeling in eigen beheer

De Werkgroep Ondernemingspensioen^{390 391} heeft in zijn rapporten de beschikbare premiereregeling voorgesteld als oplossingsrichting voor pensioen in eigen beheer. Bij de beschikbare premiereregeling

³⁸⁹ Tenzij dit in het echtscheidingsconvenant of in de huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk is uitgesloten.

³⁹⁰ Werkgroep Ondernemerspensioen, Het Ondernemerspensioen, Een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën 6 december 2013 (DB/2013/576), Tilburg University, Tilburg: 2014, p. 45.

³⁹¹ Werkgroep Ondernemerspensioen, De toekomst van het pensioen van de ondernemer, Tilburg University, Tilburg: 2015, p. 56-58.

wordt net als bij het OSEB pensioenkapitaal opgebouwd en geen pensioenuitkering. In de opbouwfase premies het kapitaal opgebouwd door middel van de inleg van premies en door het bijschrijven van rendement. Het Register Belastingadviseurs³⁹² (hierna: RB) stelt voor om de maximaal in te leggen premie te bepalen aan de hand van netto premiestaffels die door de staatssecretaris zijn gepubliceerd.³⁹³ Het bij te schrijven rendement wordt bij een beschikbare premiereregeling bepaald door het beleggingsrendement van het pensioenkapitaal. Hierdoor is de omvang van het pensioen in de opbouwfase onzeker. Overeenkomstig een professioneel beheerder moet het daadwerkelijke behaalde rendement op het pensioenkapitaal worden bijgeschreven. Als dit in eigen beheer gebeurt, leidt dit tot een winstplitsing binnen de onderneming. De beschikbare premiereregeling in eigen beheer wordt alleen toegestaan als dit gebeurt op basis van gesepareerde beleggingen.³⁹⁴ Schuurman³⁹⁵ geeft aan dat het lastig is om het rendement op het pensioenkapitaal te bepalen. Dit is volgens Schuurman³⁹⁶ alleen mogelijk als de beschikbare premie afgezonderd op een spaar- of beleggingsrekening wordt gezet waarop rendement wordt bijgeschreven. Dit heeft tot gevolg dat de beleggingen niet meer beschikbaar zijn binnen de onderneming.³⁹⁷ In eerste instantie was door de Werkgroep Ondernemingspensioen³⁹⁸ voorgesteld om aan te sluiten bij een vast rendement. De staatssecretaris geeft in zijn brief van 2 juni 2014 aan dat hij hierbij vreest voor een fiscaal commercieel verschil.³⁹⁹ Het RB⁴⁰⁰ heeft daarom voorgesteld om aan te sluiten bij een variabel rentepercentage (bijvoorbeeld het U-rendement) plus een opslag. Dit moet ervoor zorgen dat het verschil tussen de commerciële en fiscale waardering verdwijnt. Hierdoor kan eenvoudig de uitkeringstoets worden gedaan. Zoals in 4.6.1.2 en 4.6.1.6 is opgemerkt is het echter waarschijnlijk dat er verschil tussen de commerciële en fiscale waardering ontstaat als niet wordt aangesloten bij het rendement van hoogwaardige staatsobligaties.

Doordat is gekozen voor een variabel rendement hoeft volgens het RB⁴⁰¹ niet meer te worden gewerkt met een gesepareerde beleggingen, omdat het daadwerkelijke rendement niet hoeft te worden geadmistreerd. De ingelegde middelen blijven daardoor beschikbaar binnen de onderneming. Daarnaast kan er een nabestaandenpensioen worden opgebouwd bij de beschikbare premiereregeling, waarbij een hogere premie kan worden ingelegd. De Werkgroep Ondernemingspensioen stelt voor om het nabestaandenpensioen extern af te storten.⁴⁰² Bij een echtscheiding heeft een partner recht op een gedeelte van het bedrag van de pensioenvoorziening, omdat de Wet VPS van toepassing is op de beschikbare premiereregeling volgens de Werkgroep Ondernemingspensioen.⁴⁰³ Het extern afstorten van het nabestaandenpensioen voorkomt dat de pensioenvennootschap bij de echtscheiding te maken krijgt met een claim die groter is dan de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde pensioenvoorziening,

³⁹² RB, Commentaar RB op de reactie 'Maatregelen op het gebied van het pensioen in eigen beheer', 3 juli 2014, par. 2.

³⁹³ Besluit 17 december 2014, nr. BLKB2014/2132M.

³⁹⁴ RB, Commentaar RB op de reactie 'Maatregelen op het gebied van het pensioen in eigen beheer', 3 juli 2014, par. 2.

³⁹⁵ B.J.G. Schuurman, 20 jaar na het Asscher-arrest: OBR, BPR of OBV?, *PensioenMagazine* 2015/80.

³⁹⁶ B.J.G. Schuurman, 20 jaar na het Asscher-arrest: OBR, BPR of OBV?, *PensioenMagazine* 2015/80.

³⁹⁷ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

³⁹⁸ Werkgroep ondernemerspensioen, *Het Ondernemerspensioen, Een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën 6 december 2013 (DB/2013/576)*, Tilburg University, Tilburg: 2014, p. 20.

³⁹⁹ Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.

⁴⁰⁰ RB, Commentaar RB op de reactie 'Maatregelen op het gebied van het pensioen in eigen beheer', 3 juli 2014, par. 2.

⁴⁰¹ RB, Commentaar RB op de reactie 'Maatregelen op het gebied van het pensioen in eigen beheer', 3 juli 2014, par. 2.

⁴⁰² Werkgroep Ondernemerspensioen, *De toekomst van het pensioen van de ondernemer*, Tilburg University, Tilburg: 2015, p. 58.

⁴⁰³ Werkgroep Ondernemerspensioen, *De toekomst van het pensioen van de ondernemer*, Tilburg University, Tilburg: 2015, p. 58.

omdat de commerciële waarde groter is dan de fiscale pensioenvoorziening. Schuurman⁴⁰⁴ geeft hierbij aan dat de positie van de partner hierdoor wordt versterkt. Dit kan volgens Schuurman⁴⁰⁵ tevens worden bereikt door naast het creëren van een verplichting voor de DGA ook voor zijn partner een verplichting te creëren, omdat dit de positie van de partner zal verstevigen. Daarnaast zorgen deze verplichtingen voor duidelijkheid ten aanzien van de uitkeringstoets en de verdeling bij een eventuele echtscheiding. Naar mijn mening is het niet nodig om een aparte verplichting voor de partner van de DGA te creëren, omdat bij het beschikbare premieregeling vrij eenvoudig is om de pensioenverplichting te verdelen. Daarentegen ben ik wel voorstander om een regeling te treffen voor het nabestaandenpensioen om het risico op vooroverlijden van de DGA te verzekeren.

Overeenkomstig het OSEB kan bij de beschikbare premieregeling door middel van overgangsrecht het huidige pensioen in eigen beheer worden omgezet in de beschikbare premieregeling. Dit kan worden gedaan door zonder heffing van vennootschapsbelasting en loonbelasting af te stempelen en de pensioenvoorziening op basis van de fiscale waardering om te zetten in de beschikbare premieregeling. Voor toepassing van dit overgangsrecht zal het instemmen en meetekenen van de partner vereist zijn. Omdat de partner daarmee afziet van een gedeelte van recht op het pensioen kan dit overeenkomstig het OSEB problemen opleveren.

De Werkgroep Ondernemingspensioen⁴⁰⁶ is van mening dat ingelegde premies niet beschikbaar moeten zijn binnen de onderneming. Dit moet de DGA meer zekerheid geven voor een adequate oudedagsvoorziening, omdat de voorziening wordt gedekt door een geormerkte rekening. De Werkgroep Ondernemingspensioen⁴⁰⁷ geeft hierbij aan dat het faillissementsrisico blijft bestaan, maar dat dit een tijdelijke oplossing kan zijn voor het ondernemingspensioen. Naar mijn mening moet als gekozen wordt voor een pensioenregeling in eigen beheer het geld beschikbaar blijven binnen de onderneming. Door te kiezen voor een geormerkte rekening zou geen liquiditeitsvoordeel worden behaald. Als er voor meer zekerheid gekozen wordt, kan er beter gekozen worden om het pensioen extern af te storten, omdat dit daadwerkelijk zorgt voor zekerheid over de oudedagsvoorziening. Door een wetwijziging kan de beschikbare premieregeling in eigen beheer van toepassing worden. Door een variabele oprenting, eventueel overgangsrecht en de verdeling bij echtscheiding kan bij de beschikbare premieregeling worden gesproken van een vereenvoudiging ten opzichte van de huidige vorm van pensioen in eigen beheer. Echter moet naar mijn mening bij een pensioenregeling in eigen beheer wel worden gekozen voor het beschikbaar blijven van liquiditeiten binnen de onderneming. Dit is namelijk een belangrijk argument van een pensioenregeling in eigen beheer.

Het OSEB wijkt op het punt van oprenting en de beschikbaarheid van het pensioen binnen de onderneming af van een beschikbare premieregeling. Daarnaast is voorlopig op het OSEB de Wet VPS niet van toepassing, terwijl dit bij de beschikbare premieregeling door de Werkgroep Ondernemerspensioen wel is voorgesteld.⁴⁰⁸ Daarnaast moeten de beleggingen bij een beschikbare premieregeling separaat worden aangehouden, waardoor geen sprake is van een liquiditeitsvoordeel voor de onderneming. Indien de liquiditeiten wel binnen de onderneming worden gebruikt zorgt het voor onoverkomelijke uitvoeringsproblemen. Doordat het OSEB erg lijkt op de beschikbare premieregeling

⁴⁰⁴ B.J.G. Schuurman, 20 jaar na het Asscher-arrest: OBR, BPR of OBV?, *PensioenMagazine* 2015/80.

⁴⁰⁵ B.J.G. Schuurman, 20 jaar na het Asscher-arrest: OBR, BPR of OBV?, *PensioenMagazine* 2015/80.

⁴⁰⁶ Werkgroep Ondernemingspensioen, *De toekomst van het pensioen van de ondernemer*, Tilburg University, Tilburg: 2015, p. 58.

⁴⁰⁷ Werkgroep Ondernemingspensioen, *De toekomst van het pensioen van de ondernemer*, Tilburg University, Tilburg: 2015, p. 58.

⁴⁰⁸ Werkgroep Ondernemingspensioen, *De toekomst van het pensioen van de ondernemer*, Tilburg University, Tilburg: 2015, p. 58.

en de liquiditeiten niet beschikbaar blijven binnen de onderneming zal de beschikbare premieregeling in deze scriptie niet worden getoetst.

4.7 Afschaffen pensioen in eigen beheer

In de brieven van 17 december 2015⁴⁰⁹, 15 maart 2016⁴¹⁰, en 1 juli 2016⁴¹¹ heeft de staatssecretaris het afschaffen van elke mogelijke opbouw van een oudedagsvoorziening in eigen beheer voorgesteld. Bij dit voorstel kan daarnaast fiscaal gefaciliteerd de opgebouwde oudedagsvoorziening van de DGA worden afgekocht. Doordat de aantrekkelijkheid van pensioen in eigen beheer is afgenomen door lagere fiscale voordelen, de lage rentestand, de economische positie van BV's en de administratieve lasten, wil de staatssecretaris⁴¹² kiezen voor het uitfaseren van het pensioen in eigen beheer. Doordat de staatssecretaris zelf invloed heeft op de fiscaal te hanteren rekenrente en het fiscale voordeel voor de DGA's, is de vraag of dit terechte punten zijn. Daarnaast vallen de hoge uitvoeringslasten mee, zoals in 2.9.1 is beargumenteerd.

4.7.1 Afkoopfaciliteit

Het uitfaseren van pensioen in eigen beheer moet worden vormgegeven door de opbouw van een oudedagsvoorziening in eigen beheer af te schaffen en daarbij tijdelijk de mogelijkheid te geven om fiscaal gefaciliteerd de opgebouwde pensioenvoorziening af te kopen of om te zetten in een SBU. Hierbij worden niet alle fiscale gevolgen van een reguliere afkoop toegepast, waarbij het pensioen wordt aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrekking en er tevens revisierente wordt geheven op basis van art. 30i AWR. Er is dan ook door de staatssecretaris voorgesteld om het opgebouwd pensioen in eigen beheer geruisloos af te stempelen naar de fiscale waarde, waarbij er over deze afstempeling geen loonbelasting, vennootschapsbelasting en revisierente wordt geheven. Hierbij gaat het om de fiscale waarde op de balans voor de vennootschapsbelasting. Bij de afkoop wordt vervolgens loonheffing geheven over een fiscale grondslag van 65,5% in 2017, in 2018 75% en in 2019 nog 80,5%, waarbij geen revisierente wordt geheven.^{413 414} Om te voorkomen dat er sprake is van anticipatie-effecten worden van de balanswaarden van ultimo 2015 als uitgangspunt genomen voor de tegemoetkomingen bij de afkoop. Hierdoor geldt de vrijstelling en faciliteit niet over de aangroei over het jaar 2016. Ik ben met de redactie van Vakstudie Nieuws⁴¹⁵ van mening dat dit voor de aangroei door het toekennen van nieuwe pensioenaanspraken nog wel is voor te stellen, maar voor aangroei door de herrekening ten gevolge van bijvoorbeeld indexering en/of actuariële oprenting is dit niet of in mindere mate het geval. Daarnaast komt dit de eenvoud niet ten goede, omdat een uitsplitsing tussen de boekwaarde ultimo 2015 en ultimo 2016 moet worden gemaakt.

⁴⁰⁹ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U.

⁴¹⁰ Brief staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016-100 U.

⁴¹¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

⁴¹² Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U.

⁴¹³ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

⁴¹⁴ In de brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U wordt uitgegaan van een heffing van 80% van de afkoopsom en in brief staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016-100 U wordt uitgegaan van een heffing van 70% van de afkoopsom.

⁴¹⁵ Vakstudie Nieuws, Staatssecretaris verruimt voorstel uitfasering dga-pensioen in eigen beheer en verlengt MKB-tariefschijf in VPB, V-N 2016/36.3.

Voorbeeld: ⁴¹⁶

Waarde economisch verkeer van de pensioenaanspraak:	€ 1.500.000
Fiscale waarde van pensioenaanspraak:	€ 500.000

Afkoop onder huidige regelgeving:

Loonheffing over pensioenaanspraak (maximaal 52% * € 1.500.000):	€ 780.000
Revisierente (20% * € 1.500.000):	€ 300.000
Aftrekpost in de vennootschapsbelasting van ((€ 1.500.000 - € 500.000) * 25%):	-€ 250.000
Totaal:	€ 830.000

Door de afkoop wordt het pensioen voor de commerciële waarde als loon aangemerkt waarover revisierente is verschuldigd. In de vennootschapsbelasting zal er tevens sprake zijn van een aftrekpost van $(€ 1.500.000 - € 500.000) * 25\% = € 250.000$. Dit verlies kan eventueel achterwaarts of voorwaarts verrekend worden. Ten aanzien van de inkomstenbelasting geldt dat over de pensioenuitkeringen geen box 1-heffing verschuldigd is, omdat het pensioen is afgekocht. Zoals is opgemerkt door de redactie van Vakstudie Nieuws⁴¹⁷ kan de middelingsregeling eventueel worden toegepast waardoor de loonheffing voor de DGA tot een lager tarief kan leiden. Het vrijgevalpen pensioenkapitaal zal na de afkoop bij de DGA eventueel jaarlijks worden belast in box 3.

Fiscaal gefaciliteerd afkoop in 2017, zoals voorgesteld door de staatssecretaris:⁴¹⁸

Loonheffing over pensioenaanspraak (maximaal 52% * 65,5% * € 500.000):	€ 170.300
Revisierente:	€ 0
Gecombineerde inkomsten- en vennootschapsbelasting over de waardevermindering ((€ 1.500.000 - € 500.000) * 43,75% ⁴¹⁹):	€ 437.500
Totaal:	€ 607.800

Over de pensioenuitkering in de toekomst zal geen box 1-heffing zijn verschuldigd. Echter, zal door het afstempelen de waarde van de aandelen van de B.V. stijgen, omdat een deel van de pensioenverplichting wordt opgegeven door de DGA. Deze waardevermindering wordt in de toekomst belast als winst in de vennootschapsbelasting en in box 2 bij een dividenduitkering of bij een vervreemding van de aandelen tegen 25%. De heffing in box 2 zou als die contant gemaakt wordt eventueel lager kunnen zijn dan 25%. Als er wordt uitgegaan van fiscaal gefaciliteerd afstempelen wordt de vrijval van de pensioenaanspraak niet belast in de vennootschapsbelasting. Het vrijgevalpen pensioenkapitaal zal na de afkoop bij de DGA eventueel jaarlijks worden belast in box 3.

In het geval belastingplichtige niet kiest voor de afkoopmogelijkheid zal de bestaande pensioenaanspraak blijven bestaan, maar kan er niet verder worden opgebouwd. Op de bestaande

⁴¹⁶ De verhouding tussen de waarde economisch verkeer en de fiscale waarde van de pensioenaanspraak is ontleend aan de brief staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016-100 U en RB, reactie RB op Kamerbrief over oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, 20 januari 2016, bijlage 1.

⁴¹⁷ Vakstudie Nieuws, Reactie Staatssecretaris van Financiën, V-N 2016/19.2, par. 1.

⁴¹⁸ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U en brief staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016-100 U.

⁴¹⁹ 25% (heffing vennootschapsbelasting) en 25% heffing in box 2.

pensioenaanspraak blijft dan de huidige wetgeving van de vennootschapsbelasting en loonbelasting van toepassing. Er kan door de DGA dan wel pensioen worden opgebouwd bij een professionele beheerder, net als een gewone werknemer.

Als de pensioenaanspraak in eigen beheer regulier wordt afgewikkeld, wordt de uitkering pas in het jaar van uitkering in de heffing betrokken. Dit betekent dat er pas sprake is van heffing vanaf de ingangsdatum van het pensioen, waardoor de pensioenvoorziening van de DGA pas in de toekomst in de heffing wordt betrokken. Voor de DGA en de vennootschap moet bij de afweging tot eventuele afkoop rekening worden gehouden met de heffing in de toekomst als er niet wordt gekozen voor afkoop. Het is voor de DGA afhankelijk van de grootte, de omstandigheden en de invulling van zijn pensioenvoorziening of afkoop fiscaal aantrekkelijk is. In veel gevallen is de AOW-leeftijd door de DGA al bereikt bij uitkering van het pensioen waardoor wordt geheven tegen het tarief in box 1 na het bereiken van de AOW-leeftijd.⁴²⁰ Doordat op dit tarief geen premies voor de AOW worden ingehouden zijn de eerste twee schrijven lager voor belastingplichtigen die de AOW-leeftijd hebben bereikt dan voor werknemers die de AOW-leeftijd nog niet hebben bereikt.⁴²¹ Om de heffingsdruk bij reguliere afwikkeling van pensioen in eigen beheer te bepalen zal de latere heffing over de uitkering contant moeten worden gemaakt. Deze contant gemaakte heffing moet worden vergeleken met de heffing bij eventuele afkoop. De staatssecretaris gaat uit van een heffing van 34% bij reguliere afwikkeling van pensioen in eigen beheer.

Reguliere afwikkeling:

Loonheffing: (34% * €1.500.000):	€ 510.000
Aftrekpost in de vennootschapsbelasting van ((€ 1.500.000 - € 500.000) * 20%):	€ 200.000
Totaal:	€ 310.000

Bij dit voorbeeld dient te worden opgemerkt dat een uitkering pas wordt gedaan in een later jaar en dat deze uitkering contant gemaakt lager is, waardoor de heffing eventueel lager kan uitvallen. In de vennootschapsbelasting zal er tevens sprake zijn van een aftrekpost ter grootte van het verschil tussen de fiscale en commerciële waardering. Deze aftrekpost zal overeenkomstig de belasting over de uitkering pas in de toekomst liggen, waardoor het contant maken van deze aftrekpost lastig is te bepalen. Doordat de belasting op de uitkering niet contant is gemaakt, is de aftrekpost in de vennootschapsbelasting tevens niet contant gemaakt. Er is gekozen voor het 20% tarief, omdat de aftrek pas kan worden genomen in elk jaar dat daadwerkelijk wordt uitgekeerd. Hierdoor zal de aftrekpost in het voorbeeld veelal vallen in het 20% tarief. Opgemerkt dient te worden dat compensatie of verliesverrekening van de aftrekpost afhankelijk is van het resultaat van de vennootschap in het jaar van aftrek en in de jaren binnen de verliescompensatietermijn. Het is dan ook mogelijk dat het winst van de pensioen-BV's niet voldoende is om de dotaties effectief te laten leiden tot teruggaaf van de vennootschapsbelasting.

4.7.1.1 Partner van de DGA

De partner van de DGA heeft bij een echtscheiding door de toepassing van de Wet VPS bij de huidige vorm van pensioen in eigen beheer recht op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen van de DGA dat is opgebouwd tijdens het huwelijk en de rechten op het direct

⁴²⁰ Art. 2.10a Wet IB 2001.

⁴²¹ Art. 2.10 Wet IB 2001.

ingående nabestaandenpensioen.⁴²² Hierdoor moet de partner van de DGA instemmen en meetekenen bij het afstempelen naar de fiscale boekwaarde en de afkoop van pensioen in eigen beheer, omdat de partner rechten prijsgeeft. Door de afkoop zal de vennootschap worden bevrijd van de pensioenverplichting, waarbij het de vraag is of dit voordeel wel in gelijke mate ten goede komt aan de partner. Dit kan eventueel worden gecompenseerd. De NOB⁴²³ geeft wel aan dat dit alleen mogelijk is als de vennootschap beschikt over voldoende middelen.

Naar mijn mening is er sprake van een schenking als de partner van de DGA door het instemmen (gedeeltelijk) afziet van zijn pensioenrechten en de meerwaarde door het vrijvallen van de verplichting niet in dezelfde mate ten goede komt aan de partner van de DGA door een waardestijging van de aandelen. Deze schenking kan eventueel voorkomen worden door de partner te compenseren. De staatssecretaris is van mening dat als de partner van de DGA passend gecompenseerd wordt voor de verlaagde of afgekochte aanspraak op de pensioenrechten er geen sprake is van een vermogensverschuiving, maar dat een vermogensverschuiving wordt voorkomen.⁴²⁴ De staatssecretaris geeft verder aan dat een passende compensatie kan worden vormgegeven door een aanpassing van de huwelijkse voorwaarden.⁴²⁵ Daarnaast kan het afstempelen of afkopen van pensioen in eigen beheer bij een vennootschap met meerdere aandeelhouders zorgen voor een schenking, omdat het vrijvallen van de verplichting tevens ten goede komt aan de andere aandeelhouders. Hier geldt eveneens dat de schenking kan worden voorkomen door aan de DGA die zijn pensioenverplichting in eigen beheer afstempelt een compensatie toe te kennen.

De staatssecretaris is van mening dat het afstempelen en eventueel afkopen van pensioen in eigen beheer, ervoor zorgt dat er meer mogelijkheden zijn tot het doen van een dividenduitkering waardoor het gezinsinkomen wordt verhoogd, omdat de dividendklem komt te vervallen.⁴²⁶ Ik ben van mening dat de partner niet zo eenvoudig toestemt zonder compensatie, omdat dit eventueel ten koste gaat van haar verzorgingsfunctie in de toekomst als het huwelijk geen stand houdt. De staatssecretaris moet naar mijn mening zorgen voor goede wetgeving ter bescherming van de partner. Daarnaast zal een adviseur de partner van goede voorlichting moet voorzien, zodat de partner in de toekomst niet voor een verrassing komt te staan.

4.7.1.2 Internationale aspecten

Na de afkoop zal er geen sprake meer zijn van een pensioenverplichting in eigen beheer, waardoor er bij een emigratie geen conserverende aanslag meer wordt opgelegd. Echter, wordt na afkoop bij de DGA wel een conserverende aanslag opgelegd voor de eventuele waardeaan groei van het aanmerkelijk belang. Voor situaties waarin de pensioenverplichting in eigen beheer niet wordt of kan worden afgekocht, blijft de conserverende aanslag bestaan. De redactie van Vakstudie Nieuws⁴²⁷ merkt terecht op dat de voorgestelde afkoop slechts een Nederlandse nationale regeling is, waarbij materiële betekenis ontbreekt als de woonstaat van de geëmigreerde DGA heffingsbevoegd is. Een voorbeeld hiervan is het bilaterale belastingverdrag met Singapore, op basis waarvan de woonstaat heffingsbevoegd is over pensioenen en andere soortgelijke beloningen ter zake van een vroegere dienstbetrekking.⁴²⁸ Hierdoor wordt een eventuele afkoop na emigratie naar Singapore belast tegen het buitenlandse tarief, waardoor

⁴²² Tenzij dit in het echtscheidingsconvenant of in de huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk is uitgesloten.

⁴²³ NOB, Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer van 17 december 2015 (33 752-AB), par. B.4.

⁴²⁴ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-000092244.

⁴²⁵ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-000092244.

⁴²⁶ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-000092244.

⁴²⁷ Vakstudie Nieuws, Reactie Staatssecretaris van Financiën, V-N 2016/19.2, par. 5.A.

⁴²⁸ Art. 18 Verdrag Nederland-Singapore.

een gunstigere dan wel slechtere behandeling van de afkoop kan ontstaan dan bij de eventuele toepassing van de gedeeltelijke vrijstelling. In het verdrag met bijvoorbeeld België is daarentegen een voorbehoud gemaakt in het geval een pensioen of een soortgelijke regeling geen periodiek karakter draagt en de uitbetaling plaatsvindt voor de datum dat het pensioen of de soortgelijke regeling in zou moeten gaan.⁴²⁹ Hierdoor is ook de staat waaruit het pensioen of de soortgelijke regeling afkomstig is heffingsbevoegd (bronstaat). Daarnaast wordt een pensioen of een soortgelijke regeling geacht afkomstig te zijn uit een verdragsluitende staat indien het inkomstenbestanddeel of de daarmee samenhangende bijdrage aan dit inkomstenbestanddeel in aanmerking is gekomen voor fiscale facilitering.⁴³⁰ Daarbij is een eventuele overdracht van het inkomstenbestanddeel aan een in de verdragsluitende staat gevestigd pensioenfonds niet relevant. Deze fictie zorgt ervoor dat Nederland als bronstaat wordt aangemerkt als de pensioenvoorziening in eigen beheer in het verleden fiscaal is gefaciliteerd. Als er in dat geval sprake is van een afkoop van de pensioenvoorziening in eigen beheer kan Nederland mede heffen over het inkomstenbestanddeel van de afkoop. Hierdoor blijft het heffingsrecht van Nederland bij afkoop door het verdrag met België (gedeeltelijk) behouden. Uit de voorgaande voorbeelden blijkt dat dat het heffingsrecht over een eventuele afkoop onder andere afhankelijk is van bilaterale belastingverdragen.

4.7.1.3 Overgangsrecht

Doordat niet in alle gevallen gebruikt wordt of kan worden gemaakt van de afkoop van pensioen in eigen beheer zal het overgangsrecht op de opgebouwde rechten nog tientallen jaren van toepassing blijven. De verdere opbouw van pensioen in eigen beheer is niet meer mogelijk. Het afschaffen van pensioen in eigen beheer is daarom niet direct een vereenvoudiging op het gebied van wetgeving.

4.7.1.4 Wegnemen knelpunten

Als gebruik wordt gemaakt van de afkoop van pensioen in eigen beheer zal er logischerwijs geen sprake meer zijn van een verschil tussen de fiscale en commerciële waardering. Daarnaast is de pensioenverplichting niet meer van belang voor de uitkeringstoets, waardoor de dividendproblematiek is opgelost. Doordat er geen sprake is van een pensioenverplichting kan na afkoop de actuariële berekening achterwege blijven, waardoor de administratieve lasten voor de vennootschap afnemen.

Er dient wel rekening te worden gehouden met het feit er een alternatief moet komen voor pensioen in eigen beheer om de verzorgingsfunctie van de DGA, zijn eventuele partner en kinderen over te nemen. Eventueel kan de lijfrenteregeling een alternatieve manier zijn om een oudedagsvoorziening op te bouwen. De opbouw van de lijfrente kan namelijk onder voorwaarden ter compensatie dienen van een pensioentekort.⁴³¹ Eventueel kan de (gedeeltelijk) niet gebruikte jaarruimte worden doorgeschoven als reserveringsruimte naar een volgende jaar.⁴³² Hierbij wordt een maximum termijn in aanmerking genomen van zeven jaar.⁴³³

Na de afkoop van pensioen in eigen beheer kan het pensioen niet meer worden ingezet als financieringsmiddel binnen de onderneming. Echter, komt na de afkoop wel beklemd vermogen vrij. Hierbij is de onderneming afhankelijk van het feit of er liquide middelen beschikbaar zijn na de afkoop. Als dit niet het geval is kan de afkoop van pensioen in eigen beheer gezien de huidige leencapaciteit van de onderneming ten koste gaan van de liquiditeitspositie en de continuïteit van de onderneming. Mijns inziens moet het korte termijn verlies van liquiditeiten niet als doorslaggevend argument worden gezien tegen de afkoop van pensioen in eigen beheer, mits de afkoopfaciliteit ruim genoeg is. Daarbij komt dat

⁴²⁹ Art. 18, lid 3 Verdrag Nederland-België.

⁴³⁰ Art. 18, lid 4 Verdrag Nederland-België.

⁴³¹ Art. 3.124, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001.

⁴³² Art. 3.127, lid 2 Wet IB 2001.

⁴³³ Art. 3.127, lid 2 Wet IB 2001.

door afkoop van de pensioenverplichting in eigen beheer de economische positie van de onderneming verbetert, waardoor weer meer andere mogelijkheden ontstaan voor externe financiering.

4.7.1.5 Toetsingskader

Doeltreffendheid

- **Waarborging verzorgingsfunctie:** Als de pensioenvoorziening in eigen beheer wordt afgekocht is de toekomstvoorziening van de DGA afhankelijk van eventueel ander opgebouwd pensioen in de tweede pijler of derde pijler. Als de staatssecretaris geen inbrengfaciliteit mogelijk maakt en pensioenopbouw voor de DGA verplicht stelt kan dit ten koste gaan van de verzorgingsfunctie van de DGA. Eventueel kan de lijfrenteregeling als compensatie dienen om het pensioentekort van de DGA aan te vullen. Het afschaffen van pensioen in eigen beheer wordt op dit punt beoordeeld met een (-).
- **Adequate oudedagsvoorziening:** Doordat de opgebouwde pensioenvoorziening in eigen beheer wordt afgekocht zal de DGA zijn tweede pijler pensioen geheel of gedeeltelijk verloren te zien gaan. Als op dit gebied geen inbrengfaciliteit of geen nieuwe faciliteit wordt mogelijk gemaakt zal de adequate pensioenvoorziening van de DGA afhankelijk zijn van opgebouwde voorzieningen in de derde pijler, zijn persoonlijk vermogen inclusief de vrijgevallen pensioenvoorziening en zijn eigen onderneming. De vrijgevallen verplichting zorgt echter wel voor een (gedeeltelijke) waardestijging van de aandelen in de onderneming, waardoor het negatieve effect van het verloren gaan van de pensioenvoorziening voor de DGA (gedeeltelijk) wordt gecompenseerd. Het afschaffen van pensioen in eigen beheer wordt op dit punt beoordeeld met een (-).
- **Liquiditeitsvoordeel:** Door het afschaffen van pensioen in eigen beheer gaat het gehele liquiditeitsvoordeel verloren. Het afschaffen van pensioen in eigen beheer wordt op dit punt beoordeeld met een (- -).
- **Budgettaire gevolgen:** De staatssecretaris verwacht dat het afschaffen van pensioen in eigen beheer met een afkoopfaciliteit, waarbij een fiscale grondslag van 70%⁴³⁴ wordt gehanteerd, leidt tot een structurele budgettaire opbrengst van circa € 65 miljoen. Hierbij is rekening gehouden met effecten in de vennootschapsbelasting, de loonbelasting, de premie volksverzekeringen, de dividendbelasting en box 2-opbrengsten als gevolg van hogere dividenduitkeringen.⁴³⁵ Door de staatssecretaris is aangegeven dat de gemiddelde pensioenvoorziening in 2009 € 219.000 was.⁴³⁶ Dit zou zorgen voor loonheffing bij het toptarief van € 79.716 per vennootschap.⁴³⁷ Echter, gaat wel een deel van de loonbelastingclaim verloren. Daartegenover staat dat een aftrekpost in vennootschapsbelasting voor de dotatie aan pensioen in eigen beheer verloren gaat. Daarnaast ontstaat door het vrijvallen van de pensioenverplichting eventueel meer ruimte voor het doen van een dividenduitkering, waardoor de aanmerkelijk belangclaim groter zal worden. In de brief van 1 juli 2016 gaat de staatssecretaris uit van een positief effect op de begroting voor 2017 van circa € 2 miljard als pensioen in eigen beheer wordt afgeschaft en de mogelijkheid wordt gegeven om de pensioenverplichting tegen fiscale waarde om te zetten in de SBU.⁴³⁸ Het is echter onduidelijk hoe de staatssecretaris tot dit bedrag is gekomen. Het afschaffen van pensioen in eigen beheer wordt op dit punt beoordeeld met een (+).

⁴³⁴ In de latere brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244 wordt een percentage van 65,5% genoemd.

⁴³⁵ Brief staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016-100 U.

⁴³⁶ Brief staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016-100 U.

⁴³⁷ € 219.000 x 70% = € 159.300 (belastinggrondslag) € 159.300 x 52% = € 79.716 (loonbelastingheffing).

⁴³⁸ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

- **Regeling nabestaanden:** Door de afkoop gaat het nabestaandenpensioen en het partnerpensioen verloren. Dit kan eventueel voorkomen worden door het risico op vooroverlijden extern te verzekeren. Het afschaffen van pensioen in eigen beheer wordt op dit punt beoordeeld met een (-).

Praktische uitvoerbaarheid

- **Helderheid balanspositie onderneming/waardering:** Als pensioen in eigen beheer wordt afgeschaft is er geen waardering mogelijk na de uitfasering, waardoor de knelpunten op dit punt worden opgelost. Hierdoor zal de balans een beter beeld geven van de financiële situatie van de onderneming. Het afschaffen van pensioen in eigen beheer wordt op dit punt beoordeeld met een (+ +).
- **Uitvoerbaarheid/eenvoud:** Als pensioen in eigen beheer wordt afgeschaft kan na de uitfasering de regelgeving verdwijnen en kunnen actuariële berekeningen achterwege blijven. Omdat de afkoop direct in de heffing wordt betrokken kunnen niet alle vennootschappen voldoen aan de belastingclaim. Dit gaat ten koste van de uitvoerbaarheid. Het afschaffen van pensioen in eigen beheer wordt op dit punt beoordeeld met een (+).
- **Overgangsregeling:** De partner zal bij de afkoop van pensioen in eigen beheer moeten instemmen en meetekenen met DGA. Door het verloren gaan van het recht op het pensioen zal de partner dit in veel gevallen niet willen, omdat een eventuele waardestijging van de aandelen niet in alle gevallen aan de partner ten goede komt. Eventueel kan dit gecompenseerd worden in de huwelijkse voorwaarden of door een financiële overeenkomst. Het afschaffen van pensioen in eigen beheer wordt op dit punt beoordeeld met een (-).

Systematiek

- **Internationale aspecten:** Na de afkoop zal er geen sprake meer zijn van een pensioenverplichting in eigen beheer, waardoor er bij emigratie geen conserverende aanslag wordt opgelegd. De afkoop is daarnaast slechts een Nederlandse nationale regeling, waarbij materiële betekenis ontbreekt als de woonstaat van de geëmigreerde DGA heffingsbevoegd is. Hierdoor kan een eventuele afkoop worden belast tegen het buitenlandse tarief, waardoor een gunstigere dan wel slechtere behandeling van de afkoop kan ontstaan dan bij de eventuele toepassing van de gedeeltelijke vrijstelling. Het afschaffen van pensioen in eigen beheer wordt op dit punt beoordeeld met een (+).
- **Positie partner:** De partner van de DGA heeft bij een echtscheiding door de toepassing van de Wet VPS bij de huidige vorm van pensioen in eigen beheer recht op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdompensioen van de DGA dat is opgebouwd tijdens het huwelijk en de rechten op het direct ingaande nabestaandenpensioen.⁴³⁹ Hierdoor moet de partner van DGA instemmen en meetekenen bij de afkoop van pensioen in eigen beheer, omdat de partner rechten prijsgeeft bij de afkoop. Doordat de partner de helft van zijn tijdens het huwelijk opgebouwde rechten op het ouderdompensioen en de rechten op het direct ingaande nabestaandenpensioen prijsgeeft, zal de partner dit in veel gevallen niet willen.⁴⁴⁰ Het afschaffen van pensioen in eigen beheer wordt op dit punt beoordeeld met een (- -).
- **Dividend:** Als pensioen in eigen beheer wordt afgeschaft verdwijnt de verplichting na het overgangsrecht, waardoor de knelpunten op dit punt worden opgelost. Door de afkoop zal het bekleemde vermogen gedeeltelijk vrij kunnen komen om dividend uit te keren. Het afschaffen van pensioen in eigen beheer wordt op dit punt beoordeeld met een (+ +).

⁴³⁹ Tenzij dit in het echtscheidingsconvenant of in de huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk is uitgesloten.

⁴⁴⁰ Tenzij dit in het echtscheidingsconvenant of in de huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk is uitgesloten.

- **Vershil in fiscale en commerciële waardering:** Als pensioen in eigen beheer wordt afgeschaft is er geen waardering mogelijk na het overgangsrecht, waardoor de knelpunten worden opgelost. Het afschaffen van pensioen in eigen beheer wordt op dit punt beoordeeld met een (+ +).

4.7.2 DGA buiten de Pensioenwet houden

Als er door de DGA is gekozen voor het uitfaseren van pensioen in eigen beheer en de DGA buiten de toepassing van de Pensioenwet blijft, is de DGA zelf verantwoordelijk voor het opbouwen van zijn oudedagvoorziening. De vraag is echter of de DGA dit in voldoende mate uit eigen beweging zal doen. De DGA heeft, overeenkomstig normale werknemers, de mogelijkheid extern pensioen op te bouwen binnen de tweede pijler of door middel van een oudedagvoorziening in de derde pijler. De opbouw van de oudedagvoorziening in de derde pijler is mogelijk bij een professionele beheerder, bank, beheerder van beleggingsinstellingen of instelling voor collectieve belegging. Dit betekent dat voor zowel de tweede en derde pijler extern moet worden afgestort, waardoor het pensioen buiten het risico van de onderneming wordt opgebouwd. Voor het rendement zal de DGA daarbij afhankelijk zijn van het presteren van de desbetreffende instelling. De DGA heeft daarnaast de mogelijkheid om met het uitfaseerde pensioen te beleggen in privé, de onderneming of in zijn eigen woning. Hierbij moet worden opgemerkt dat de beleggen in privé eventueel kan zorgen voor box 3-heffing. Dit kan eventueel vermeden worden door het geld binnen de onderneming te houden, hetgeen er wel voor zorgt dat het vermogen niet uit de risicosfeer van de onderneming wordt gehaald. Naar mijn mening is het verstandig om DGA's een mogelijkheid te geven om pensioen op te bouwen in eigen beheer of de DGA onder de Pensioenwet te brengen. Doordat van het voorgaande geen sprake van is, wordt deze oplossing in deze scriptie niet getoetst.

4.7.3 Spaarvariant bij uitfaseren (SBU)

Een oplossingsrichting die de staatssecretaris in zijn brief van 17 december 2015⁴⁴¹ heeft voorgesteld en vervolgens in zijn brieven van 15 maart 2016⁴⁴² en 1 juli 2016⁴⁴³ heeft uitgewerkt, is de SBU. Door de SBU wordt aan een DGA die zijn pensioen laat uitfaseren en de acute belastingheffing wil voorkomen of daar niet aan kan voldoen de mogelijkheid geboden om zijn pensioenverplichting tegen de fiscale waarde om te zetten in een oudedagsspaarverplichting ter grootte van de fiscale pensioenverplichting. Hierdoor moet er eerst worden afgestempeld naar fiscale waarde van de pensioenverplichting in combinatie met een omzetting van de resterende rechten in de een oudedagsspaarverplichting, zonder heffing van vennootschapsbelasting en loonbelasting. Het afstempelen en omzetten vereist instemming en het meetekenen van de partner van de DGA. Op dit punt zijn dezelfde opmerkingen van toepassing als in 4.7.1.1.

De SBU lijkt qua vormgeving op het OSEB. In afwijking van het OSEB kan bij de SBU geen verdere dotatie plaatsvinden na het afstempelen en omzetten, met uitzondering van de jaarlijkse oprenting. De SBU is dan ook alleen van toepassing op overgangsgevallen. De aanwendings- en uitkeringsmogelijkheden zijn hetzelfde als bij het OSEB, waardoor ik voor de opmerkingen op dit systeem verwijs naar 4.5.1.

Door de invoering van de SBU komen er drie (uitfaserings)systemen naast elkaar: het huidige pensioen in eigen beheer, de uitfasering door afkoop met heffing van de loonbelasting en de SBU. Doordat het huidige pensioen in eigen beheer van toepassing blijft naast de SBU is er op het gebied van regelgeving geen sprake van een vereenvoudiging. Voor het huidige pensioen in eigen beheer en de SBU moet

⁴⁴¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U.

⁴⁴² Brief staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016-100 U.

⁴⁴³ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

wetgeving komen ofwel blijven in de vorm van overgangsrecht. Door het instemmen en meetekenen van de partner kan namelijk niet in alle gevallen worden afgestempeld en worden omgezet in de SBU of afgekocht, omdat de partner bij afstempelen en omzetten of afkopen (een deel van) haar rechten kwijtraakt. Ik ben met de redactie van Vakstudie Nieuws⁴⁴⁴ van mening dat de keuze voor de SBU geen vereenvoudiging is. Dit zorgt namelijk voor twee langdurige overgangsregelingen. De redactie van Vakstudie Nieuws⁴⁴⁵ geeft hierbij aan dat vanuit eenvoudighedsargumenten gekozen kan worden voor een uitfaseringsregeling, waarin ofwel wordt gekozen voor een uitfasering door middel van afkoop, ofwel voor een uitfasering door middel van de SBU.

De SBU geeft aan vennootschappen die niet kunnen voldoen aan de acute belastingclaim alsnog de mogelijkheid om voor uitfasering te kiezen. Door het omzetten in de SBU zal de loonbelasting niet direct verschuldigd zijn, maar zal er pas sprake zijn van heffing bij een eventuele uitkering. Dit maakt het uitfaseren naar mijn mening voor meer vennootschappen toegankelijk. Een andere mogelijkheid om vennootschappen met te weinig leencapaciteit en/of liquiditeiten mee te laten doen aan uitfasering van pensioen in eigen beheer is een invorderingsfaciliteit. De staatssecretaris heeft dit voorstel niet willen toepassen, omdat volgens hem terughoudend moet worden omgegaan met het verruimen van het invorderingsbeleid.⁴⁴⁶ Dit zou ervoor zorgen de belastingdienst volgens de staatssecretaris optreedt als oneigenlijke kredietverstrekker, waarbij het ondernemingsrisico wordt gedragen door de belastingdienst en het invorderingsbeleid concurrentieverstorend werkt ten opzichte van andere ondernemers die tijdig betalen. Daarnaast geeft de staatssecretaris aan dat (renteloos) belastinguitstel in een afkoopsituatie niet in lijn is met de algemene bepalingen in verband met betalingsproblemen, waar wel rente is verschuldigd door de belastingplichtige. De redactie van Vakstudie Nieuws⁴⁴⁷ geeft aan dat rentedragend uitstel met een beperkte looptijd met een hoge vrijstelling bij afkoop het uitfaseren aantrekkelijker maakt. Dit zal naar mijn mening wel een versimpeling opleveren en zorgen voor meer uitfaseringen, echter ben ik met de staatssecretaris van mening dat dit veel risico bij de belastingdienst legt. Het lijkt mij niet wenselijk dat het ondernemingsrisico voor een gedeelte bij de belastingdienst komt te liggen. Het zal een politieke afweging moeten zijn om te kiezen voor de gewenste uitfaseringsfaciliteit. Echter, dient wel rekening te worden gehouden met het feit dat een uitfaseringsfaciliteit voldoende aantrekkelijk is voor een ondernemer.

4.7.3.1 Toetsingskader

Doeltreffendheid

- **Waarborging verzorgingsfunctie:** Bij de SBU wordt de mogelijkheid geboden om de pensioenverplichting in eigen beheer af te stempelen tot de fiscale boekwaarde, waardoor een gedeelte van de oudedagsvoorziening verloren gaat. De pensioenvoorziening kan vervolgens tegen fiscale waarde worden omgezet in de SBU. Doordat de SBU verplichting niet wordt afgestort is het risico aanwezig dat op de uitkeringsdatum onvoldoende liquiditeiten aanwezig zijn om te voldoen aan de pensioenverplichting van de DGA. De toepassingsfase van de SBU komt overeen met het OSEB, waarbij sprake is van een sanctie als de SBU verplichting niet wordt aangewend. Deze sanctie zorgt voor een motivatie om de verplichting daadwerkelijk aan te wenden en niet te laten vrijvallen. De SBU wordt op dit punt beoordeeld met een (+/-).
- **Adequate oudedagsvoorziening:** Doordat de opgebouwde pensioenvoorziening in eigen beheer kan worden afgekocht of worden omgezet in de SBU zal de DGA zijn tweede pijler pensioen geheel of gedeeltelijk verloren te zien gaan. Hierdoor wordt een adequate

⁴⁴⁴ Vakstudie Nieuws, Reactie Staatssecretaris van Financiën, V-N 2016/19.2, par. 1.

⁴⁴⁵ Vakstudie Nieuws, Reactie Staatssecretaris van Financiën, V-N 2016/19.2, par. 1.

⁴⁴⁶ Brief staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016-100 U.

⁴⁴⁷ Vakstudie Nieuws, Reactie Staatssecretaris van Financiën, V-N 2016/19.2, par. 1.

pensioenvoorziening van de DGA mede afhankelijk van opgebouwde voorzieningen in de derde pijler, zijn persoonlijk vermogen en/of zijn onderneming. De (gedeeltelijk) vrijgevalle verplichting zorgt echter wel voor een (gedeeltelijke) waardeinstijging van de aandelen in de onderneming, waardoor het negatieve effect van het verloren gaan van de pensioenvoorziening (gedeeltelijk) wordt gecompenseerd. Als de pensioenverplichting na het afstempelen niet wordt afgekocht kan de verplichting worden omgezet in een SBU voor de fiscale boekwaarde. De SBU verplichting wordt na omzetting opgerent door middel van het U-rendement. Dit zorgt ervoor dat de SBU verplichting in de loop van de jaren groeit. Echter kan er niet meer worden gedoteerd aan de SBU, waardoor de DGA voor zijn oudedagsvoorziening over latere jaren afhankelijk is van de opbouw bij een professionele beheerder. In de uitkeringsfase van de SBU verplichting kan (gedwongen) gekozen worden voor een periodieke uitkering vanuit de onderneming in 20 jaar. Door de beperkte duur van de uitkering en de eventuele langere levensduur van de DGA is de SBU na de 20 jaar geen adequate oudedagsvoorziening. Dit probleem kan voorkomen worden als de liquiditeiten van de onderneming het toelaten om een lijfrente te bedingen. De SBU wordt op dit punt beoordeeld met een (+/-).

- **Liquiditeitsvoordeel:** Door het afschaffen van pensioen in eigen beheer gaat het gehele liquiditeitsvoordeel verloren. Bij de omzetting in de SBU blijft het liquiditeitsvoordeel gedeeltelijke behouden voor de huidige pensioenverplichting in eigen beheer. Bij latere pensioenopbouw is geen sprake meer van een liquiditeitsvoordeel. De SBU wordt op dit punt beoordeeld met een (+).
- **Budgettaire gevolgen:** De verwachting van de staatssecretaris is dat het afschaffen van pensioen in eigen beheer met een afkoopfaciliteit, waarbij een fiscale grondslag van 70%⁴⁴⁸ wordt gehanteerd, en een mogelijkheid tot de omzetting in de SBU leidt tot een structurele budgettaire opbrengst van circa € 65 miljoen. Hierbij is rekening gehouden met effecten in de vennootschapsbelasting, de loonbelasting en de premie volksverzekeringen, de dividendbelasting en met box 2-opbrengsten als gevolg van hogere dividenduitkeringen. Hierbij is gebruik gemaakt van de nettocontantewaardeberekening.⁴⁴⁹ In de brief van 1 juli 2016⁴⁵⁰ gaat de staatssecretaris uit van een positief effect op de begroting voor 2017 van circa € 2 miljard als pensioen in eigen beheer wordt afgeschaft en de mogelijkheid wordt gegeven om de pensioenverplichting tegen fiscale waarde om te zetten in de SBU. Het is echter niet duidelijk hoe de staatssecretaris komt tot een opbrengst van circa € 65 miljoen dan wel € 2 miljard. De SBU wordt op dit punt beoordeeld met een (+).
- **Regeling nabestaanden:** Door de afkoop gaat het nabestaandenpensioen en het partnerpensioen voor de partner van de DGA verloren. Na het eventueel omzetten in een SBU verplichting is bij overlijden van de DGA sprake van een verplichte aanwending ten behoeve van de erfgename(n), ofwel een vererving naar de erfgename(n) bij het overlijden van de DGA. Doordat sprake is van verplichte aanwending kan bij het jong overlijden van de DGA of voor een jongere partner de uitkering direct ingaan, ook al is de AOW-leeftijd nog niet bereikt. Dit kan voor de partner in latere jaren ten koste gaan van de verzorgingsfunctie van het pensioen. Dit kan eventueel voorkomen worden door het risico op vooroverlijden extern te verzekeren. De SBU wordt op dit punt beoordeeld met een (-).

⁴⁴⁸ In de latere brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244 wordt een percentage van 65,5% genoemd.

⁴⁴⁹ Brief staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016-100 U.

⁴⁵⁰ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

Praktische uitvoerbaarheid

- **Helderheid balanspositie onderneming/waardering:** Als pensioen in eigen beheer wordt afgeschaft is er geen waardering mogelijk na de uitfasering, waardoor de knelpunten op dit gebied worden opgelost. Hierdoor zal de balans een beter beeld geven van de financiële situatie van de onderneming. Na het omzetting in de SBU zal de verplichting worden gezien als vreemd vermogen. Doordat de uitkering niet afhankelijk is van de sterfttekans van de DGA hoeven er geen actuariële berekeningen te worden gemaakt, waardoor de waardering minder complex is ten opzichte van pensioen in eigen beheer. De SBU wordt op dit punt beoordeeld met een (+).
- **Uitvoerbaarheid/eenvoud:** Doordat er drie varianten bestaan kan er niet gesproken worden van een vereenvoudiging op het gebied van wetgeving. Echter, door de mogelijkheid tot omzetting in de SBU ontstaat een regeling die tevens uitvoerbaar is voor vennootschappen die niet willen of kunnen afkopen, maar wel af willen van de huidige vorm van pensioen in eigen beheer. Daarnaast komt het achterwege blijven van actuariële berekeningen ten goede aan de eenvoud van de SBU. De SBU wordt op dit punt beoordeeld met een (+).
- **Overgangsregeling:** De partner zal bij de afkoop of omzetting van pensioen in eigen beheer moeten instemmen en meetecken met de DGA. Doordat (een gedeelte) van de rechten op het pensioen verloren gaan, zal de partner dit in veel gevallen niet willen, omdat een eventuele waardevermindering van de aandelen niet in alle gevallen aan de partner ten goede komt. Eventueel kan dit gecompenseerd worden in de huwelijkse voorwaarden of door een financiële overeenkomst. Daarnaast is er voor een lange periode sprake van twee vormen van overgangsrecht, omdat de pensioenverplichting in eigen beheer kan blijven bestaan en kan worden omgezet in een SBU. De SBU wordt op dit punt beoordeeld met een (-).

Systematiek

- **Internationale aspecten:** Bij een eventuele afkoop zal er geen sprake meer zijn van een pensioenverplichting in eigen beheer, waardoor er bij emigratie geen conserverende aanslag wordt opgelegd. Als het pensioen in eigen beheer is afgestempeld en omgezet zal bij emigratie wel een conserverende aanslag worden opgelegd. Door de conserverende aanslag probeert Nederland zijn heffingsrecht over het SBU te behouden. De afkoop of omzetting is daarnaast slechts een Nederlandse nationale regeling, waarbij materiële betekenis ontbreekt als de woonstaat van de geëmigreerde DGA heffingsbevoegd is. Hierdoor kan een eventuele afkoop worden belast tegen het buitenlandse tarief, waardoor een gunstigere dan wel slechtere behandeling van de afkoop kan ontstaan dan bij de eventuele toepassing van de gedeeltelijke vrijstelling. Daarnaast is het de vraag hoe de uitkering van de SBU onder bilaterale belastingverdragen en onder de buitenlandse wetgeving wordt geïnterpreteerd. De SBU wordt op dit punt beoordeeld met een (+).
- **Positie partner:** De partner van de DGA heeft bij een echtscheiding door de toepassing van de Wet VPS bij de huidige vorm van pensioen in eigen beheer recht op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen van de DGA, dat is opgebouwd tijdens het huwelijk en de rechten op het direct ingaande nabestaandenpensioen.⁴⁵¹ Hierdoor moet de partner van de DGA instemmen en meetecken bij de afkoop of afstempeling van de pensioenverplichting in eigen beheer, omdat de partner een (gedeelte van zijn) rechten prijsgeeft bij de afkoop. Doordat de partner de helft van zijn tijdens het huwelijk opgebouwde rechten op het ouderdomspensioen en de rechten op het direct ingaande nabestaandenpensioen prijsgeeft, zal de partner dit in veel gevallen niet willen.⁴⁵² Daarnaast is op de SBU de Wet VPS niet van toepassing. Als de SBU

⁴⁵¹ Tenzij dit in het echtscheidingsconvenant of in de huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk is uitgesloten.

⁴⁵² Tenzij dit in het echtscheidingsconvenant of in de huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk is uitgesloten.

verplichting is aangewend voor de verwerving van een lijfrente, lijfrentespaarrekening of lijfrentebeleggingsrecht is de Wet VPS echter wel van toepassing. De SBU wordt op dit punt beoordeeld met een (- -).

- **Dividend:** Als pensioen in eigen beheer wordt afgeschaft verdwijnt de verplichting na het overgangsrecht, waardoor de knelpunten op dit punt worden opgelost. Door de afkoop zal het bekleemde vermogen gedeeltelijk vrij kunnen komen om dividend uit te keren. De SBU verplichting wordt aangemerkt als vreemd vermogen, waardoor onder andere voor het saldo van verplichting geen dividend kan worden uitgekeerd. Doordat de omvang van de SBU verplichting duidelijk is, is de SBU een vereenvoudiging op dit gebied ten opzichte van het huidige systeem. De SBU wordt op dit punt beoordeeld met een (+ +).
- **Verskil in fiscale en commerciële waardering:** Als pensioen in eigen beheer wordt afgeschaft is er geen waardering mogelijk na het overgangsrecht, waardoor de knelpunten op dit punt worden opgelost. Bij de SBU is waarschijnlijk sprake van verschil tussen de fiscale en de commerciële waardering. Voor de uitwerking dit verschil verwijst ik naar 4.6.2. De SBU wordt op dit punt beoordeeld met een (+/-).

4.7.4 DGA onder de Pensioenwet

Een DGA kan worden gezien als eigenaar, als aandeelhouder en als werknemer van de onderneming. In 2.4 is aangegeven dat de wetgever vond dat de DGA zijn eigen belangen kan vertegenwoordigen als eigenaar. Hierdoor is de DGA in 2007 niet onder de werking van de Pensioenwet gebracht. Gazan⁴⁵³ geeft hierbij aan dat te overwegen valt de DGA wel onder de Pensioenwet te brengen, omdat als de DGA met lege handen staat, dit zowel de samenleving als zijn eventuele partner en kinderen raakt. Staats⁴⁵⁴ stelt tevens de vraag of het maatschappelijk verantwoord is om de oudedagsvoorziening van de DGA over te laten aan de DGA zelf. Hij geeft hierbij aan dat er volgens Werkgroep Ondernemerspensioen⁴⁵⁵ geen valide redenen zijn om ondernemers met betrekking tot hun oudedagsvoorziening anders te behandelen dan werknemers, en dat de werknemers in vrijwel alle gevallen onder een verplichte pensioenregeling vallen. De staatssecretaris geeft in zijn brief van 1 juli 2016⁴⁵⁶ aan dat de DGA niet verplicht wordt om een oudedagsvoorziening bij een extern verzekeraar te op te bouwen. Hij geeft hierbij aan dat dit wel mogelijk is, maar dat hij het onder de Pensioenwet brengen van de DGA niet noodzakelijk acht.⁴⁵⁷ Gazan⁴⁵⁸ geeft aan dat er voor de DGA geen collectieve regeling is, waardoor de DGA aangewezen is op individuele pensioenproducten van verzekeraars en deze worden nauwelijks meer aangeboden. Gazan⁴⁵⁹ geeft verder aan dat als de DGA onder de Pensioenwet wordt gebracht dat hij naadloos kan instappen in de pensioenregeling van zijn werknemers, waardoor de collectieve regelingen beschikbaar zijn voor de DGA. In dat geval is namelijk dezelfde regelgeving op de DGA van toepassing als op reguliere werknemers. Hierbij kan het eventueel van belang zijn om in art. 1 PW een concernbegrip op te nemen voor het geval dat de DGA en de werknemer(s) niet de loonlijst staan bij dezelfde BV en de DGA wel wil deelnemen aan de collectieve regeling van de werknemer(s).⁴⁶⁰

Het is dan ook een mogelijke oplossing om de DGA na de uitfasering van pensioen in eigen beheer onder de Pensioenwet te brengen. De pensioenregeling van de DGA met inkomen uit arbeid wordt in

⁴⁵³ A. Gazan, Het zeer van eigen beheer, PensioenMagazine 2014/6 en 7.

⁴⁵⁴ G.M.C.M. Staats, Waarheen met het ondernemerspensioen?, PensioenMagazine 2015/123.

⁴⁵⁵ Werkgroep Ondernemerspensioen, De toekomst van het pensioen van de ondernemer, Tilburg University, Tilburg: 2015, p. 55.

⁴⁵⁶ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

⁴⁵⁷ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

⁴⁵⁸ A. Gazan, Het zeer van eigen beheer, PensioenMagazine 2014/6 en 7.

⁴⁵⁹ A. Gazan, Het zeer van eigen beheer, PensioenMagazine 2014/6 en 7.

⁴⁶⁰ A. Gazan, Het zeer van eigen beheer, PensioenMagazine 2014/6 en 7.

dat geval hetzelfde behandeld als een pensioenregeling van een werknemer en moet daarom worden ondergebracht bij een pensioenfonds, PPI, verzekeraar of bank. Naar mijn mening zal bij deze oplossingsrichting meer zekerheid ontstaan ten aanzien van de pensioenaanspraak van de DGA, waardoor er recht wordt gedaan aan de verzorgingsfunctie van de pensioenregeling. Van den Dool⁴⁶¹ geeft hierbij aan dat het onderbrengen van pensioen bij een professionele beheerder als voordeel heeft ten opzichte van pensioen in eigen beheer dat het langlevensrisico is afgedekt. Daarentegen zorgt dit ook voor een nadeel, omdat de externe beheerder het voordeel krijgt van het kortlevensrisico. Dit houdt in dat als de gerechtigde tot het pensioen vroegtijdig of voortijdig overlijdt, de winst door het (gedeeltelijk) niet hoeven doen van een uitkering niet vrijvalt ten behoeve de eigen onderneming van de overleden DGA, maar vrijvalt bij de desbetreffende professionele beheerder.⁴⁶² Daarnaast is het pensioen van de DGA bij een professionele beheerder niet afhankelijk van de onderneming, maar van de beleggingsresultaten van de beheerder, waardoor er over het algemeen gesproken kan worden van meer risicospreiding. Echter, brengt deze oplossing met zich mee dat er extern moet worden afgestort door de DGA, waardoor het liquiditeitsvoordeel van de vennootschap vervalt. Dit heeft wel als voordeel dat het pensioen buiten het risico van de onderneming wordt gebracht. Daarnaast wordt de regeling eenvoudiger voor de DGA, omdat geen nieuwe regelgeving hoeft te worden gecreëerd, maar kan worden aangesloten bij wetgeving in de Pensioenwet. De vrijstelling van de DGA in de Pensioenwet dient in dat geval te vervallen door de DGA niet meer uit te zonderen in de definitie van werknemer. Daarnaast zal de DGA door de gebruikelijk loon regeling van art. 12a Wet LB 1964 verplicht zijn om een ‘gebruikelijk loon’ voor zichzelf in aanmerking te nemen van het hoogste van de volgende bedragen: 75% van het loon uit de meest vergelijkbare dienstbetrekking, het hoogste loon van de andere werknemers van de BV dan wel met de BV verbonden vennootschappen of € 44.000.

Een variant op deze oplossingsrichting is volgens Gazan⁴⁶³ het opzetten van een DGA pensioenfonds, waar de DGA zijn individuele pensioenregeling kan onderbrengen. Schuurman⁴⁶⁴ doet het voorstel om de opbouw van pensioen vorm te geven door het oprichten van een pensioenfonds voor zzp'ers en DGA's. De Werkgroep Ondernemerspensioen⁴⁶⁵ geeft aan dat het valt te overwegen om een nieuw pensioenvehikel te introduceren, waarbij kan worden gedacht aan een door de Nederlandse staat opgerichte non-profitorganisatie. Ik ben van mening dat dit geen toegevoegde waarde heeft ten opzichte van normale pensioenregelingen voor werknemers. DGA's kunnen namelijk overeenkomstig reguliere werknemers worden toegelaten tot een professionele beheerder.

Als het pensioen van de DGA onder de Pensioenwet wordt gebracht zal er een afkoopfaciliteit moeten komen voor het huidige pensioen in eigen beheer. De bestaande pensioenvoorziening in eigen beheer kan moeilijk worden ondergebracht bij een reguliere pensioenbeheerder, omdat de aankoopkosten voor de externe pensioenvoorziening hoger zijn dan de fiscale boekwaarde. Dit probleem kan eventueel worden opgelost door de pensioenaanspraak van de DGA af te stempelen, zoals bij de voorgestelde uitfasering, waarna de pensioenvoorziening tegen de fiscale waarde kan worden ingebracht bij de professionele beheerder. Deze oplossing zal in de praktijk niet veel worden toegepast, omdat de (ex-)partner van de DGA vaak niet zal willen afzien van een gedeelte van het pensioen. Voor de partner betekent dit dat bij echtscheiding geen aanspraak meer kan worden gemaakt op de pensioenaanspraak in eigen beheer voor de waarde in het economische verkeer, maar alleen voor de fiscale waarde. Het is te verwachten dat de partner daar in veel situaties niet mee zal willen instemmen. Als

⁴⁶¹ R.P. van den Dool, Oudedagsvoorzieningen, WFR 2011/246, par. 2.

⁴⁶² R.P. van den Dool, Oudedagsvoorzieningen, WFR 2011/246, par. 2.

⁴⁶³ A. Gazan, Het zeer van eigen beheer, PensioenMagazine 2014/6 en 7.

⁴⁶⁴ B.G.J. Schuurman, Crisis toont zwakte van pensioenen in eigen beheer, PensioenMagazine 2009/10.

⁴⁶⁵ Werkgroep Ondernemerspensioen, De toekomst van het pensioen van de ondernemer, Tilburg University, Tilburg: 2015, p. 55.

pensioenverplichting in eigen beheer niet wordt afgestempeld en afgestort blijven op veel ondernemingen de knelpunten en het overgangsrecht van toepassing, omdat de pensioenverplichting in eigen beheer nog tientallen jaren regulier moet worden afgewikkeld. Hierbij kan de mogelijkheid worden gegeven om pensioen in eigen beheer om te zetten in een SBU, zoals genoemd in 4.6.4. Hierdoor kan na de invoering van de nieuwe regeling alleen bij een professionele beheerder pensioen worden opgebouwd en kan de opgebouwde verplichting door middel van de SBU worden afgewikkeld.

Staats⁴⁶⁶ merkt op dat verzekerde pensioenregelingen niet per definitie tot een beter resultaat leiden dan een pensioenvoorzieningen in eigen beheer. Het onderbrengen van het pensioen op de commerciële markt brengt namelijk hoge kosten met zich mee wat ten koste gaat van het rendement van de belastingplichtige.⁴⁶⁷ Doordat de kosten aanzienlijk hoger zijn op de commerciële markt vindt Staats⁴⁶⁸ het te kort door de bocht om te zeggen dat een verzekerd pensioen beter is. Ook van den Dool⁴⁶⁹ merkt op dat de kostenstructuur van verzekeraars niet als aantrekkelijk wordt gezien door DGA's. Mijns inziens moet tevens rekening worden gehouden met het feit dat administratieve lasten van pensioen in eigen beheer voor de vennootschap zullen afnemen, waardoor de eventueel hogere kosten (gedeeltelijk) worden gecompenseerd. Daarnaast krijgt de DGA voor de kosten een adequatere en meer gewaarborgde oudedagsvoorziening. Voor ondernemingen met een bestaande collectieve pensioenregeling voor werknemers geldt dat het onderbrengen van de DGA in deze regeling niet veel extra kosten met zich mee zal brengen. Dit komt doordat een groot deel van de kosten voor de collectieve regeling al zijn gemaakt. Daarnaast zal het opnemen van de DGA in de collectieve regeling relatief eenvoudig zijn. Voor onderneming zonder collectieve pensioenregeling zal het onderbrengen echter wel hoge kosten met zich mee kunnen brengen.

4.7.4.1 Toetsingskader

Voor zover gevolgen overeenkomen met het afschaffen van pensioen in eigen beheer, zoals beschreven in 4.6.1.5, wordt naar die paragraaf verwezen.

Doeltreffendheid

- **Waarborging verzorgingsfunctie:** Als de pensioenvoorziening in eigen beheer wordt afgekocht is het pensioen van de DGA afhankelijk van eventuele ander opgebouwd pensioen in de tweede pijler en/of derde pijler. Hierbij kan eventueel de mogelijkheid worden geboden de pensioenverplichting in eigen beheer om te zetten in een SBU. Bij de verdere opbouw is het pensioenkapitaal gedekt bij een professionele beheerder en wordt het pensioen buiten de risicosfeer van de onderneming gebracht. Hierdoor is het pensioen van de DGA niet geheel afhankelijk van de ondernemingsresultaten. De afkoop van pensioen in eigen beheer en de toepassing van de Pensioenwet op de DGA wordt op dit punt beoordeeld met een (+/-).
- **Adequate oudedagsvoorziening:** Doordat de opgebouwde pensioenvoorziening in eigen beheer kan worden afgekocht of worden omgezet in de SBU zal de DGA zijn tweede pijler pensioen geheel of gedeeltelijk verloren zien gaan. Hierdoor wordt een adequate pensioenvoorziening van de DGA mede afhankelijk van opgebouwde voorzieningen in de derde

⁴⁶⁶ G.M.C.M. Staats, Wat moet er gebeuren met het pensioen in eigen beheer?, WFR 2011/287, par. 3.2.

⁴⁶⁷ G. Corneo, M. Keese en C. Schröder, Can government boost voluntary retirement savings via tax incentives and subsidies? A German case study for low-income households (Economics Working Paper nr. 2008-18), Kiel: Christian-Albrechts-Universität. W. Tapia en J. Yermo, Fees in individual account pension systems, OECD 2008. Zo worden o.a. marketingkosten, uitvoeringkosten, in- en excassokosten, administratiekosten en ontwikkelkosten genoemd. Zie ook The Social Protection Committee, Privately Managed Funded Pension Provision and their Contribution to Adequate and Sustainable Pensions, 2008, en L.G.M. Stevens, Fiscale Beleidsnotities 2008, WFR 2007/989.

⁴⁶⁸ G.M.C.M. Staats, Wat moet er gebeuren met het pensioen in eigen beheer?, WFR 2011/287, par. 3.2.

⁴⁶⁹ R.P. van den Dool, Oudedagsvoorzieningen, WFR 2011/246, par. 2.

pijler, zijn persoonlijk vermogen en/of zijn onderneming. De (gedeeltelijk) vrijgevalen verplichting zorgt echter wel voor een (gedeeltelijke) waardeinstijging van de aandelen in de onderneming, waardoor het negatieve effect van het verloren gaan van de pensioenvoorziening (gedeeltelijk) wordt gecompenseerd. Bij de verdere opbouw bij een professionele beheerder is de DGA afhankelijk van de beleggingsresultaten van professionele beheerder, waarbij wel gebruikt wordt gemaakt van risicospreiding. Dit heeft als voordeel dat het pensioen van de DGA niet afhankelijk is van het presteren van de eigen onderneming, maar dat het risico wordt gespreid over meerdere beleggingen. De afkoop van pensioen in eigen beheer en de toepassing van de Pensioenwet op de DGA wordt op dit punt beoordeeld met een (+).

- **Liquiditeitsvoordeel:** Door het afschaffen van pensioen in eigen beheer gaat het gehele liquiditeitsvoordeel verloren. De afkoop van pensioen in eigen beheer en de toepassing van de Pensioenwet op de DGA wordt op dit punt beoordeeld met een (- -).
- **Budgettaire gevolgen:** Zie 4.6.1.5. De afkoop van pensioen in eigen beheer en de toepassing van de Pensioenwet op de DGA wordt op dit punt beoordeeld met een (+).
- **Regeling nabestaanden:** Door de afkoop gaat het nabestaandenpensioen en het partnerpensioen in eigen beheer verloren. Door het extern verzekeren van het pensioen is de regeling voor zijn nabestaanden afhankelijk van de regeling van de professioneel beheerder. Dit kan worden vormgegeven door middel van een partnerpensioen of een nabestaandenpensioen. De afkoop van pensioen in eigen beheer en de toepassing van de Pensioenwet op de DGA wordt op dit punt beoordeeld met een (+/-).

Praktische uitvoerbaarheid

- **Helderheid balanspositie onderneming/waardering:** Zie 4.6.1.5. De afkoop van pensioen in eigen beheer en de toepassing van de Pensioenwet op de DGA wordt op dit punt beoordeeld met een (+ +).
- **Uitvoerbaarheid/eenvoud:** Als pensioen in eigen beheer wordt afgeschaft kan na het overgangsrecht de regelgeving verdwijnen en kunnen actuariële berekeningen achterwege blijven. Daarnaast dient de DGA onder de Pensioenwet te worden gebracht door een kleine en eenvoudige wijziging in de Pensioenwet. Echter zal de afkoop wel gedeeltelijk direct in de heffing worden betrokken, waardoor niet alle vennootschappen kunnen voldoen aan deze directe belastingclaim. Dit kan eventueel worden opgelost door na het afstempelen naar fiscale waarde de SBU mogelijk te maken. Daarnaast geldt voor ondernemingen met een bestaande collectieve pensioenregeling voor werknemers dat het onderbrengen van de DGA in deze regeling niet veel extra kosten met zich mee zal brengen en de DGA eenvoudig kan deelnemen aan de bestaande collectieve regeling. Voor ondernemingen zonder collectieve pensioenregeling zal het onderbrengen echter wel hoge kosten met zich mee kunnen brengen. De afkoop van pensioen in eigen beheer en de toepassing van de Pensioenwet op de DGA wordt op dit punt beoordeeld met een (+).
- **Overgangsregeling:** Zie 4.6.1.5. De afkoop van pensioen in eigen beheer en de toepassing van de Pensioenwet op de DGA wordt op dit punt beoordeeld met een (-).

Systematiek

- **Internationale aspecten:** Zie 4.6.1.5. De afkoop van pensioen in eigen beheer en de toepassing van de Pensioenwet op de DGA wordt op dit punt beoordeeld met een (+).
- **Positie partner:** De partner van de DGA heeft bij een echtscheiding door de toepassing van de Wet VPS bij de huidige vorm van pensioen in eigen beheer recht op de helft van het ouderdompensioen van de DGA dat is opgebouwd tijdens het huwelijk en de rechten op het

direct ingaande nabestaandenpensioen.⁴⁷⁰ Hierdoor moet de partner van DGA instemmen en meetekenen bij de afkoop van pensioen in eigen beheer, omdat de partner rechten prijsgeeft bij de afkoop. Doordat de partner de helft van zijn tijdens het huwelijk opgebouwde rechten op het ouderdompensioen en de rechten op het direct ingaande nabestaandenpensioen prijsgeeft, zal de partner dit in veel gevallen niet willen.⁴⁷¹ Bij de verdere opbouw bij een professioneel beheerder zal de pensioenregeling onder de Wet VPS vallen, waardoor de partner recht heeft op de helft van het ouderdompensioen. De afkoop van pensioen in eigen beheer en de toepassing van de Pensioenwet op de DGA wordt op dit gebied beoordeeld met een (- -).

- **Dividend:** Zie 4.6.1.5. De afkoop van pensioen in eigen beheer en de toepassing van de Pensioenwet op de DGA wordt op dit punt beoordeeld met een (+ +).
- **Verschil in fiscale en commerciële waardering:** Zie 4.6.1.5. De afkoop van pensioen in eigen beheer en de toepassing van de Pensioenwet op de DGA wordt op dit punt beoordeeld met een (+ +).

4.7.5 Afkoop zonder loonheffing

Het RB⁴⁷², Vennix⁴⁷³ en Heithuis⁴⁷⁴ hebben een alternatief voorstel gedaan om de problemen van pensioen in eigen beheer op te lossen. Zij stellen voor om de afkoop van pensioen in eigen beheer zonder heffing van loonbelasting en revisierente te laten verlopen, waarbij de pensioenverplichting ten gunste van de winst van de vennootschap vrijvalt. De vrijval zorgt in beginsel voor een heffing van de vennootschapsbelasting en zorgt als er een winstreserve ontstaat voor een toekomstige aanmerkelijk belangclaim. Er dient hierbij rekening te worden gehouden met het feit dat de verliesverrekening ervoor kan zorgen dat er niet daadwerkelijk vennootschapsbelasting wordt geheven. De staatsecretaris heeft aangegeven dat hij de afkoop zonder loonheffing een onwenselijke optie vindt, omdat de winst door middel van verliesverrekening kan worden verrekend waardoor er negatieve budgettaire gevolgen zullen ontstaan. Ik ben met de redactie van Vakstudie Nieuws⁴⁷⁵ van mening dat dit niet kan worden gezien als een tegenargument voor deze oplossingsrichting, omdat dit geleden verliezen zijn die onder het totaalwinstbeginsel binnen de termijnen moeten kunnen worden verrekend. Echter, gaat dit wel ten koste van de directe belastingopbrengsten en dus de budgetneutraliteit. Daarnaast zal de verliescompensatie de faciliteit toegankelijker en uitvoerbaarder maken voor verlieslijdende vennootschappen die anders eventueel niet de mogelijkheid hebben om pensioen in eigen beheer af te kopen. Dit zal het gebruik van de faciliteit vergroten. Daarnaast wil Vennix⁴⁷⁶ de faciliteit van een eigenbeheerpensioen voor de DGA afschaffen door art. 19b, lid 1, sub c Wet LB 1964 af te schaffen.

Heithuis⁴⁷⁷ geeft aan dat de voorgestelde oplossing waarbij 80% (latere brieven 70%⁴⁷⁸ en 65,5%⁴⁷⁹) van de fiscale waarde van het pensioen in de heffing van de loonbelasting wordt betrokken ervoor zorgt dat veel DGA's deze heffing van maximaal 41,6% niet kunnen financieren of hun geld daar niet aan willen besteden.⁴⁸⁰ De vraag kan hierbij worden gesteld of dezelfde vennootschappen wel kunnen voldoen aan

⁴⁷⁰ Tenzij dit in het echtscheidingsconvenant of in de huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk is uitgesloten.

⁴⁷¹ Tenzij dit in het echtscheidingsconvenant of in de huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk is uitgesloten.

⁴⁷² RB, reactie RB op Kamerbrief over oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, 20 januari 2016, bijlage 1.

⁴⁷³ W.J.M. Vennix, Ingewikkeld probleem, simpele oplossing, WFR 2015/1028.

⁴⁷⁴ E. Heithuis, Schaf dat dga-pensioen in eigen beheer nu eindelijk eens af!, WFR 2016/30.

⁴⁷⁵ Vakstudie Nieuws, Reactie Staatssecretaris van Financiën, V-N 2016/19.2, par. 5.C.

⁴⁷⁶ W.J.M. Vennix, Ingewikkeld probleem, simpele oplossing, WFR 2015/1028.

⁴⁷⁷ E. Heithuis, Schaf dat dga-pensioen in eigen beheer nu eindelijk eens af!, WFR 2016/30.

⁴⁷⁸ Brief staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016-100 U.

⁴⁷⁹ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

⁴⁸⁰ Het artikel van Heithuis is geschreven voorafgaand aan de brieven van de Staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016-100 U en van 1 juli 2016, 2016-0000092244. waar wordt uitgegaan van 70% en 65,5% van de fiscale waarde waardoor de maximale heffing 36,4% en 34,06% bedraagt.

de directe heffing van de vennootschapsbelasting van 25% en zij hun geld wel aan de vennootschapsbelastingclaim willen besteden. Naar mijn mening geldt voor deze vennootschappen eveneens dat de directe vennootschapsbelastingclaim zonder verliescompensatie voor problemen kan zorgen. Heithuis⁴⁸¹ geeft verder aan dat het afschaffen van pensioen in eigen beheer de beste optie is, omdat dit de meeste vereenvoudigingswinst oplevert doordat alle bijzondere bepalingen in de loonbelasting voor de DGA kunnen vervallen. Tevens geeft hij aan dat er geen speciaal gefaciliteerde opbouw van pensioen hoeft te zijn de DGA, omdat zij net als iedere werknemer fiscaal gefaciliteerd pensioen kunnen opbouwen bij een verzekeringsmaatschappij. Als de DGA dit extern afstorten niet wil dan kan hij zijn liquiditeiten binnen de onderneming houden. Volgens Heithuis⁴⁸² is de financiering van de onderneming dan ook een drogrede. Hierbij is het van belang dat de DGA in gedachten houdt dat vermogen, dan wel een oudedagvoorziening binnen de onderneming verloren gaat bij faillissement van de onderneming.⁴⁸³ Volgens Heithuis⁴⁸⁴ moet een echte oudedagvoorziening buiten de risicosfeer van de onderneming worden gebracht in welke vorm dat ook is, bij een verzekeringsmaatschappij of een bank.

Het afkopen van de pensioenaanspraak van de DGA zorgt voor een effectieve belastingdruk van 40% of 43,75% door de heffing van 20% of 25% voor de vennootschapsbelasting over de vrijval van de pensioenverplichting en 25% in box 2 van de inkomstenbelasting. Voor de heffing van de vennootschapsbelasting kan volgens Heithuis⁴⁸⁵ eventueel eenmalig een bijzonder tarief van 15% worden ingevoerd ter stimulering van de DGA, waarbij schoon schip wordt gemaakt voor de toepassing van pensioen in eigen beheer. Voor de afkoop zonder loonheffing dient ook de partner van de DGA mee te tekenen en in te stemmen.

Na de afkoop zal er geen sprake meer zijn van een pensioenverplichting in eigen beheer, waardoor er bij emigratie geen conserverende aanslag meer wordt opgelegd. Echter, wordt na de afkoop bij de DGA wel een conserverende aanslag opgelegd voor de eventuele waardeangroei van het aanmerkelijk belang. Voor situaties waarin de pensioenverplichting in eigen beheer niet wordt of kan worden afgekocht blijft bij emigratie de conserverende aanslag bestaan. De voorgestelde afkoop zonder loonheffing is een Nederlandse nationale regeling, waarbij materiële betekenis ontbreekt in het geval dat de woonstaat van de geëmigreerde DGA heffingsbevoegd is.

De staatssecretaris geeft ten aanzien van deze oplossingsrichting aan dat het risico bestaat dat Nederland zijn belastingclaim over de pensioenvoorziening in eigen beheer niet kan realiseren.⁴⁸⁶ Doordat bij deze oplossingsrichting geen sprake is van loonheffing zal bij de afkoop van de pensioenvoorziening in eigen beheer de conserverende aanslag niet kunnen worden gerealiseerd. De staatssecretaris geeft naar mijn mening terecht aan dat als de vennootschappen met een pensioenvoorziening in eigen beheer voorafgaand aan de afkoop naar het buitenland emigreren of in het buitenland zijn gevestigd, Nederland op basis van de meeste belastingverdragen in beginsel geen recht heeft om vennootschapsbelasting te heffen.⁴⁸⁷ Daarnaast kan Nederland niet heffen over de waardervmeerdering van de aandelen voor de heffing in box 2 als de DGA afziet van zijn pensioenvoorziening in eigen beheer, als de DGA voor de toepassing van de belastingverdragen geen Nederlands inwoner is en de pensioen-BV buiten Nederland is gevestigd. Doordat de eventuele waardeangroei bij de vennootschap door de vrijval buiten de

⁴⁸¹ E. Heithuis, Schaf dat dga-pensioen in eigen beheer nu eindelijk eens af!, WFR 2016/30.

⁴⁸² E. Heithuis, Schaf dat dga-pensioen in eigen beheer nu eindelijk eens af!, WFR 2016/30.

⁴⁸³ E. Heithuis, Schaf dat dga-pensioen in eigen beheer nu eindelijk eens af!, WFR 2016/30.

⁴⁸⁴ E. Heithuis, Schaf dat dga-pensioen in eigen beheer nu eindelijk eens af!, WFR 2016/30.

⁴⁸⁵ E. Heithuis, Schaf dat dga-pensioen in eigen beheer nu eindelijk eens af!, WFR 2016/30.

⁴⁸⁶ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

⁴⁸⁷ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

Nederlandse periode plaatsvindt, biedt de conserverende aanslag ten aanzien van de box 2 claim tevens geen uitkomst. Dit geeft de DGA dan de mogelijkheid om de afkoop in het buitenland fiscaal gunstiger vorm te geven. De staatssecretaris geeft naar mijn mening terecht aan dat dit ongewenst is, omdat de premies onbelast zijn gebleven in box 1 en aftrekbaar waren voor de vennootschapsbelasting.⁴⁸⁸ De Redactie van Vakstudie Nieuws⁴⁸⁹ geeft aan dat Nederland mogelijk geen heffingsrecht heeft over de waardevermindering van de aanmerkelijkbelangaandelen, maar dat niets Nederland belet om een conserverende aanslag (gedeeltelijk) in te vorderen. Hiervoor moet dan wel een specifieke regeling worden gecreëerd voor emigrerende DGA's.

Doordat de vrijval wordt belast in de vennootschapsbelasting en de eventuele uitkering van de winst wordt belast in box 2 is de oplossing relatief eenvoudig, waardoor er weinig administratieve lasten zullen zijn voor de belastingdienst, de onderneming en de DGA. Dit zal mogelijk een snelle afwikkeling van pensioen in eigen beheer bevorderen.

4.6.5.1 Toetsingskader

Voor zover gevolgen overeenkomen met het afschaffen van pensioen in eigen beheer, zoals beschreven in 4.6.1.5, wordt naar die paragraaf verwezen.

Doeltreffendheid

- **Waarborging verzorgingsfunctie:** Zie 4.6.1.5. De afkoop van pensioen in eigen beheer zonder loonheffing wordt op dit punt beoordeeld met een (-).
- **Adequate oudedagsvoorziening:** Zie 4.6.1.5. De afkoop van pensioen in eigen beheer zonder loonheffing wordt op dit gebied beoordeeld met een (-).
- **Liquiditeitsvoordeel:** Zie 4.6.1.5. De afkoop van pensioen in eigen beheer zonder loonheffing wordt op dit punt beoordeeld met een (- -).
- **Budgettaire gevolgen:** Het afkopen van de pensioenaanspraak van de DGA zorgt voor een effectieve belastingdruk van 40% of 43,75% door de heffing van 20% of 25% voor de vennootschapsbelasting over de vrijval van de pensioenverplichting en door de eventueel latere 25% in box 2 van de inkomstenbelasting. Eventueel kan de vrijgevallen winst worden verrekend met een bestaand verlies. Dit gaat ten koste van de directe belastingopbrengsten. De afkoop van pensioen in eigen beheer zonder loonheffing wordt op dit punt beoordeeld met een (+/-).
- **Regeling nabestaanden:** Zie 4.6.1.5. De afkoop van pensioen in eigen beheer zonder loonheffing wordt op dit punt beoordeeld met een (-).

Praktische uitvoerbaarheid

- **Helderheid balanspositie onderneming/waardering:** Zie 4.6.1.5. De afkoop van pensioen in eigen beheer zonder loonheffing wordt op dit punt beoordeeld met een (+ +).
- **Uitvoerbaarheid/eenvoud:** Als pensioen in eigen beheer wordt afgeschaft kan na het overgangsrecht de regelgeving verdwijnen en kunnen actuariële berekeningen achterwege blijven. Doordat er alleen sprake is van afkoopfaciliteit in de vennootschapsbelasting zal dit de eenvoud ten goede komen. Daarnaast is de faciliteit door de mogelijke toepassing van verliescompensatie in meer gevallen toepasbaar, wat de uitvoerbaarheid ten goede komt. De afkoop van pensioen in eigen beheer zonder loonheffing wordt op dit punt beoordeeld met een (+).

⁴⁸⁸ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

⁴⁸⁹ Vakstudie Nieuws, Staatssecretaris verruimt voorstel uitfasering dga-pensioen in eigen beheer en verlengt MKB-tariefschijf in VPB, V-N 2016/36.3.

- **Overgangsregeling:** De partner zal bij de afkoop van pensioen in eigen beheer moeten instemmen en meetekenen met DGA. Door het verloren gaan van haar recht op het pensioen zal de partner dit in veel gevallen niet willen, omdat een eventuele waardestijging van de aandelen niet in alle gevallen aan de partner ten goede komt. Eventueel kan dit gecompenseerd worden in de huwelijkse voorwaarden of door een financiële overeenkomst. De afkoop van pensioen in eigen beheer zonder loonheffing wordt op dit punt beoordeeld met een (-).

Systematiek

- **Internationale aspecten:** Doordat Nederland in beginsel door de toepassing van belastingverdragen niet heffingsbevoegd is over de buitenlandse waardeaanwinst van de aandelen en de buitenlandse winst van de vennootschap kan de situatie ontstaan dat Nederland zijn heffingsrecht niet kan realiseren. Dit geeft de vennootschap en de DGA de mogelijkheid om door emigratie te kiezen voor een gunstiger buitenlandse fiscale behandeling. Dit heeft tot gevolg dat Nederland niet heffingsbevoegd is, maar dat de pensioenpremies wel zijn vrijgesteld en in aftrek zijn gebracht van de winst voor de vennootschapsbelasting. Na de afkoop zal er geen sprake meer zijn van een pensioenverplichting in eigen beheer, waardoor er bij emigratie geen conserverende aanslag wordt opgelegd. De afkoop van pensioen in eigen beheer zonder loonheffing wordt op dit punt beoordeeld met een (- -).
- **Positie partner:** Zie 4.6.1.5. De afkoop van pensioen in eigen beheer zonder loonheffing wordt op dit punt beoordeeld met een (- -).
- **Dividend:** Zie 4.6.1.5. De afkoop van pensioen in eigen beheer zonder loonheffing wordt op dit punt beoordeeld met een (+ +).
- **Verschil in fiscale en commerciële waardering:** Zie 4.6.1.5. De afkoop van pensioen in eigen beheer zonder loonheffing wordt op dit punt beoordeeld met een (+ +).

4.8 Premiepensioeninstelling (PPI)

Een oplossingsrichting die door de Werkgroep Ondernemingspensioen⁴⁹⁰ is voorgesteld, is het onderbrengen van het ondernemerspensioen in een PPI. Een PPI is een onderneming die is opgericht met als doel om premiereregelingen en andere regelingen uit te voeren welke zijn aangemerkt als arbeidsgerelateerde pensioenregelingen. De PPI draagt daarbij geen verzekeringstechnisch risico.⁴⁹¹

De staatssecretaris geeft in zijn brief van 15 maart 2016⁴⁹² aan dat het niet mogelijk is om een DGA toe te laten tot een PPI als de DGA niet valt onder de regelgeving die een PPI uitvoert op basis van de huidige fiscale wetgeving en de parlementaire geschiedenis. Een PPI kan alleen regelingen uitvoeren die door de relevante sociale en arbeidswetgeving zijn erkend als pensioenregeling, te weten de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling. Op basis van de Pensioenwet is de pensioenregeling van de DGA geen arbeidsgerelateerd pensioen. Het is voor de PPI alleen mogelijk om een pensioen voor een zelfstandige uit te voeren als het gaat om een arbeidsvoorwaardelijk pensioen op basis van de nationale wetgeving. Hieronder vallen alleen verplicht gestelde solidaire pensioenregelingen voor beroepsgenoten op basis van de Wet verplichte beroepspensioenregeling. Doordat de staatssecretaris aangeeft dat het niet mogelijk is om een DGA toe te laten tot een PPI zal deze oplossingsrichting tijdens deze scriptie niet verder worden getoetst.

⁴⁹⁰ Werkgroep Ondernemingspensioen, De toekomst van het pensioen van de ondernemer, Tilburg University, Tilburg: 2015, p. 58.

⁴⁹¹ Art. 1 PW juncto art. 1:1 Wet op het financieel toezicht.

⁴⁹² Brief staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016-100 U.

4.9 Subconclusie

De staatssecretaris heeft in zijn brief van 2 juni 2014⁴⁹³ een aantal randvoorwaarden en uitgangspunten uiteengezet, waar de oplossing zijns inziens aan zou moeten voldoen. Volgens de staatssecretaris is een belangrijk uitgangspunt dat de regelgeving structureel eenvoudiger en begrijpelijker moet worden voor de DGA en de belastingdienst. Daarnaast noemt de staatssecretaris nog een aantal andere randvoorwaarden. Ten eerste vindt hij het van belang dat de door de DGA ingelegde middelen beschikbaar kunnen blijven voor de onderneming, waardoor het liquiditeitsvoordeel behouden blijft. Ten tweede moet er iets geregeld worden voor eventuele nabestaanden. Ten derde moet de oplossing budgettair haalbaar zijn.

Aan de hand van de voorstellen van de staatssecretaris zijn in dit hoofdstuk een aantal oplossingsrichtingen getoetst. In de brief van 6 december 2013⁴⁹⁴ heeft de staatssecretaris een drietal mogelijkheden genoemd voor de problematiek van pensioen in eigen beheer. Hierbij gaat het om de volgende drie oplossingsrichtingen: de fiscale pensioenverplichting wordt op commerciële basis berekend, de fiscale pensioenverplichting vormt het uitgangspunt voor een herrekening van de pensioenaanspraken en het invoeren van een nieuwe vorm van de oudedagreserve. In latere brieven heeft de staatssecretaris het OSEB⁴⁹⁵, het afschaffen van pensioen in eigen beheer⁴⁹⁶ en de SBU⁴⁹⁷ voorgesteld. Uiteindelijk heeft de staatssecretaris in zijn brief van 1 juli 2016 aangegeven dat het uitfaseren van pensioen in eigen beheer met eventuele toepassing van de SBU de voorkeur geniet.⁴⁹⁸ Daarnaast hebben het RB⁴⁹⁹, Vennix⁵⁰⁰ en Heithuis⁵⁰¹ een alternatieve oplossing voorgesteld voor pensioen in eigen beheer. Zij stellen voor om de afkoop van pensioen in eigen beheer zonder de heffing van loonbelasting en revisierente te laten verlopen, waarbij de pensioenverplichting ten gunste van de winst van de vennootschap vrijvalt.

⁴⁹³ Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.

⁴⁹⁴ Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

⁴⁹⁵ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

⁴⁹⁶ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U.

⁴⁹⁷ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U.

⁴⁹⁸ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

⁴⁹⁹ RB, reactie RB op Kamerbrief over oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, 20 januari 2016, bijlage 1.

⁵⁰⁰ W.J.M. Vennix, Ingewikkeld probleem, simpele oplossing, WFR 2015/1028.

⁵⁰¹ E. Heithuis, Schaf dat dga-pensioen in eigen beheer nu eindelijk eens af!, WFR 2016/30.

Hoofdstuk 5 – Conclusie

5.1 Samenvatting

In het tweede hoofdstuk zijn de doelstellingen, de voordelen, de knelpunten en de regelgeving van de huidige wetgeving omtrent pensioen in eigen beheer uiteengezet. Hierbij is ingegaan op de wetgeving ten aanzien van de loonbelasting, de fiscale waardering en de definitie van een DGA in de Pensioenwet. Ten slotte zijn de voordelen en de knelpunten van de huidige wetgeving besproken.

Uit de parlementaire geschiedenis kunnen de volgende doelstellingen van pensioen in eigen beheer worden gedestilleerd:

- een administratieve lastenverlichting;
- kostenbesparing; en
- een liquiditeitsvoordeel voor de onderneming.

Om deze doelstellingen te bereiken is de DGA uitgezonderd van de definitie van werknemer en daardoor vrijgesteld van de Pensioenwet op basis van art. 1 PW. Hierdoor is een DGA niet verplicht om zijn pensioen bij een professioneel beheerder af te storten, maar mag de DGA zijn pensioen in eigen beheer opbouwen. Op basis van art. 1 PW wordt onder een DGA verstaan een houder van certificaten van aandelen of een (in)directe houder van aandelen, die ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigen en waaraan ten minste een tiende deel van het stemrecht is verbonden.

Op basis van art. 18, lid 1, onderdeel c Wet LB 1964 moet een pensioenregeling worden ondergebracht bij een verzekeraar, zoals bedoeld in art. 19a, lid 1 Wet LB 1964. Door de toepassing van art. 19a, lid 1, onderdeel d en e wordt een eigenbeheerlichaam aangemerkt als een toegestane verzekeraar. Op basis van art. 18h Wet LB 1964 mag het lichaam als eigenbeheerlichaam optreden als het voldoet aan art. 18 tot en met 18ga Wet LB 1964 en als het pensioen niet uitgaat boven wat in collectieve regelingen gangbaar is. Net als gewone werknemers hebben DGA's drie methodes op basis waarvan het pensioen kan worden opgebouwd: het eindloonstelsel, het middelloonstelsel en het beschikbare premiestelsel. Daarnaast zijn in art. 19b Wet LB 1964 sancties opgenomen ter voorkoming van de oneigenlijke afwikkeling van pensioen. Dit betekent dat als er sprake is van een oneigenlijke handeling de volledige pensioenaanspraak wordt aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrekking van de pensioenrechtige, waardoor de pensioenaanspraak progressief wordt belast en waar bovenop een revisierente van 20% wordt gerekend op basis van art. 30i AWR.

Een onderneming moet de omvang zijn pensioenverplichting in eigen beheer in beginsel waarden op de fiscale balans op basis van goed koopmansgebruik.⁵⁰² In art. 3.29 Wet IB 2001 is bepaald dat pensioenverplichtingen moeten worden gewaardeerd met inachtneming van de algemeen aanvaarde actuariële grondslagen, waarbij een rekenrente van 4% in aanmerking moet worden genomen. Door de toepassing van de actuariële methode wordt het doelvermogen berekend. Er zijn twee systemen gangbaar bij de actuariële methode: het koopsommensysteem en het premiesysteem. Voor de fiscale waardering geldt daarnaast dat de leeftijdsterugstelling op basis van art. 8, lid 6 Wet VPB 1969 niet is toegestaan. Verder mag op basis van art. 3.26 Wet IB 2001 geen rekening worden gehouden met loon- of prijsstijgingen na afloop van het jaar, maar moeten deze pensioenkosten worden geactiveerd en vallen deze kosten vrij naar evenredigheid als de loon- en prijsstijgingen zich voordoen. Een uitzondering op de hoofdregel van art. 3.26 Wet IB 2001 is art. 3.27 Wet IB 2001, waar wel de mogelijkheid wordt

⁵⁰² Art 3.25 Wet IB 2001.

gegeven om bij indexatie kosten en lasten in aanmerking te nemen als deze daadwerkelijk worden betaald aan een pensioenuitvoerder voor de aanvang van het kalenderjaar of binnen zes maanden na afloop van het kalenderjaar. Hierbij is het van belang dat de kosten en lasten zien op loon- of prijsstijgingen van ten hoogste 4% per jaar en dat het gaat om pensioenaanspraken die een werknemer over verstreken dienstjaren heeft opgebouwd. Tevens kan op indirecte wijze rekening worden gehouden met verwachte loon- en prijsstijgingen door de toepassing van de rekenrente van art. 3.28 Wet IB 2001. Op basis van BNB 1989/115⁵⁰³ kan geen rekening worden gehouden met de kans op vooroverlijden van de DGA en een kosten- en winststopslag.⁵⁰⁴

Aan pensioen in eigen beheer zitten de volgende voordelen: het liquiditeitsvoordeel, de mogelijkheid tot het maken van eigen beleggingskeuzes, lagere kosten en de mogelijke vererving van het pensioenvermogen naar de erfgename van de DGA. Aan pensioen in eigen beheer zit tevens een aantal knelpunten:

- de waarderings- en berekeningssystematiek is complex;
- de afwijking van de fiscale waardering ten opzichte van de commerciële waardering van de pensioenverplichting;
- de fiscale waardering op de commerciële balans van kleine rechtspersonen;
- het overdragen van een pensioen tegen waarde economische verkeer bij een echtscheiding;
- de gedeeltelijke niet aftrekbaarheid (indexatie) bij extern eigen beheer van de werkgever, terwijl de ontvangsten bij het pensioenlichaam wel (gedeeltelijk) in de winst worden betrokken;
- belast vrijval en niet aftrekbare indexatie bij waardeoverdracht en zetelverplaatsing Nederland;
- bij de loonbelasting wordt er uitgegaan van de werkelijke waarde van de aanspraak, terwijl voor de vennootschapsbelasting wordt uitgegaan van de fiscale waarde;
- geen of een beperkte mogelijkheid tot het uitkeren van dividend (dividendklem);
- pensioen in eigen beheer voldoet niet aan de verzorgingsfunctie;
- het nabestaandepensioen; en
- verliesverdamping.

In het derde hoofdstuk is de regelgeving omtrent de commerciële waardering van pensioen in eigen beheer uiteengezet. Daarbij is gekeken naar de RJ-regelgeving en de regelgeving van IFRS. Daarnaast is er gekeken naar de doelstellingen van de commerciële waardering. Op grond van art. 2:362 BW is een Nederlandse rechtspersoon verplicht om de jaarrekening op te stellen volgens de normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. Deze normen worden door de Raad van de Jaarverslaggeving in belangrijke mate vastgelegd door het opstellen van de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving. Deze richtlijnen worden vastgelegd in de RJ-bundel voor grote en middelgrote rechtspersonen en de RJk-bundel voor kleine rechtspersonen. Deze bundels hebben geen wettelijke status en daardoor geen bindende kracht, maar nemen wel een belangrijke plaats in bij het invullen van de wettelijke normen. Voor de pensioenverplichting in eigen beheer van de DGA moet volgens RJ 271.318 op balansdatum een voorziening gevormd worden voor de opgebouwde onvoorwaardelijke pensioenaanspraken, inclusief onvoorwaardelijk overeengekomen (toekomstige) indexaties van de opgebouwde aanspraken. De marktrente wordt voor de commerciële waardering bepaald op basis van rente op hoogwaardige ondernemingsobligaties.

⁵⁰³ HR 14 september 1988, nr. 24 591, BNB 1989/115.

⁵⁰⁴ HR 14 januari 1959, nr. 13 808, BNB 1959/74 en HR 14 september 1988, nr. 24 616, BNB 1989/4.

De Raad van Jaarverslaggeving heeft in 2014 ten aanzien van pensioenvoorziening in eigen beheer van de DGA aangegeven dat de waardering niet meer mag plaatsvinden op fiscale grondslagen.⁵⁰⁵ Voor micro en kleine rechtspersonen bestaat op basis van art. 2:395a, lid 7 BW juncto art. 2:396 lid 6 BW de mogelijkheid om de gehele jaarrekening op te stellen op basis van fiscale grondslagen. Hierdoor kan het pensioen van de DGA in eigen beheer bij kleine en micro vennootschappen worden gewaardeerd op basis van de fiscale grondslagen.

Sinds 2005 geldt voor beursgenoteerde ondernemingen binnen de EU een verplichting om IFRS toe te passen bij het opstellen van de geconsolideerde jaarrekening, op grond van de Verordening 1606/2002. Doordat veel ondernemingen die pensioen in eigen beheer opbouwen een beperkte omvang hebben, zal het aantal ondernemingen dat IFRS toepast en pensioen in eigen beheer heeft, beperkt zijn. In IAS 19.24 is opgenomen dat alle pensioenregelingen onder de reikwijdte van IAS 19 vallen, ongeacht of de pensioenregeling in de eigen onderneming is ondergebracht. Er wordt bij de toepassing van IFRS een onderscheid gemaakt tussen de waardering van een defined contributionregeling (beschikbare premiestelsel) en een defined benefitregeling (eind- of middelloonstelsel).

In hoofdstuk 4 zijn de oplossingsrichtingen van de staatssecretaris en uit de literatuur ten aanzien van pensioen in eigen beheer uiteengezet. Hierbij is onder meer beoordeeld of een vorm van opbouw van pensioen in eigen beheer mogelijk moet blijven of dat er gekozen moet worden voor één van de andere oplossingsrichtingen. De oplossingsrichtingen zijn in dit hoofdstuk getoetst aan het voorwaarden van de staatssecretaris en het toetsingskader van deze scriptie. In de aanbeveling wordt de uitkomst van het toetsing uiteengezet.

De staatssecretaris heeft in zijn brief van 2 juni 2014⁵⁰⁶ een aantal randvoorwaarden en uitgangspunten uiteengezet, waar de oplossing zijns inziens aan zou moeten voldoen. Volgens de staatssecretaris is een belangrijk uitgangspunt dat de regelgeving structureel eenvoudiger en begrijpelijker moet worden voor de DGA en de belastingdienst. Daarnaast noemt de staatssecretaris nog een aantal andere randvoorwaarden. Ten eerste vindt hij het van belang dat de door de DGA ingelegde middelen beschikbaar kunnen blijven voor de onderneming, waardoor het liquiditeitsvoordeel behouden blijft. Ten tweede moet er iets geregeld worden voor eventuele nabestaanden. Ten derde moet de oplossing budgettair haalbaar zijn.

Aan de hand van de voorstellen van de staatssecretaris zijn in dit hoofdstuk een aantal oplossingsrichtingen getoetst. In de brief van 6 december 2013⁵⁰⁷ heeft de staatssecretaris een drietal mogelijkheden genoemd voor de problematiek van pensioen in eigen beheer. Hierbij gaat het om de volgende drie oplossingsrichtingen: de fiscale pensioenverplichting wordt op commerciële basis berekend, de fiscale pensioenverplichting vormt het uitgangspunt voor een herrekening van de pensioenaanspraken en het invoeren van een nieuwe vorm van de oudedagreserve. In latere brieven heeft de staatssecretaris het OSEB⁵⁰⁸, het afschaffen van pensioen in eigen beheer⁵⁰⁹ en de SBU⁵¹⁰ voorgesteld. Uiteindelijk heeft de staatssecretaris in zijn brief van 1 juli 2016 aangegeven dat het uitfaseren van pensioen in eigen beheer met eventuele toepassing van de SBU de voorkeur geniet.⁵¹¹ Daarnaast hebben

⁵⁰⁵ Raad van jaarverslaggeving, RJ-Uiting 2014-4, www.rjnet.nl.

⁵⁰⁶ Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.

⁵⁰⁷ Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.

⁵⁰⁸ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.

⁵⁰⁹ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U.

⁵¹⁰ Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, nr. DB/2015/454 U.

⁵¹¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

het RB⁵¹², Vennix⁵¹³ en Heithuis⁵¹⁴ een alternatieve oplossing voorgesteld voor pensioen in eigen beheer. Zij stellen voor om de afkoop van pensioen in eigen beheer zonder de heffing van loonbelasting en revisierente te laten verlopen, waarbij de pensioenverplichting ten gunste van de winst van de vennootschap vrijvalt.

5.2 Aanbeveling

Uit het toetsingskader (zie bijlage 1) in deze scriptie blijkt dat de beste oplossingsrichting het afschaffen van pensioen in eigen beheer is en het vervolgens onder de Pensioenwet brengen van de DGA. Als de DGA onder de Pensioenwet wordt gebracht dat hij naadloos kan instappen in de pensioenregeling van zijn werknemers, waardoor de collectieve regelingen beschikbaar zijn voor de DGA. Om dit te realiseren dient de DGA onder de definitie van werknemer van art. 1 PW te worden gebracht, waardoor de Pensioenwet van toepassing is op de DGA. Dit zou een eenvoudige wijziging moeten zijn in de Pensioenwet. Doordat de Pensioenwet van toepassing wordt op de DGA zal verdere pensioenopbouw in eigen beheer niet meer mogelijk zijn en moet het pensioen van de DGA net als bij reguliere werknemer extern worden afgestort bij een professioneel beheerder. Dit zal ten koste gaan van het liquiditeitsvoordeel van de onderneming. In het toetsingskader scoort het uitschakelen en de toepassing van de Pensioenwet op de DGA op dit punt minder dan de oplossingsrichtingen waarbij pensioen in eigen beheer mogelijk blijft. Daarentegen komt er meer zekerheid voor de DGA ten aanzien van zijn pensioenaanspraak, omdat de aanspraak verplicht buiten de risicosfeer van de onderneming wordt gebracht en de professioneel beheerder gebruik zal maken van risicospreiding. Dit zorgt voor een adequatere ouderdomsvoorziening en doet meer recht aan de verzorgingsfunctie van de pensioenregeling dan mogelijke pensioenregelingen in eigen beheer. Dit is terug te zien in de goede score in het toetsingskader van het uitschakelen van pensioen in eigen beheer en het daarna toepassen van de Pensioenwet bij de toetsingscriteria waarborging van de verzorgingsfunctie en adequate ouderdomsvoorziening. De scores op deze punten zijn minder bij de andere oplossingsrichtingen waar het pensioen in eigen beheer wordt opgebouwd, omdat daar binnen de risicosfeer van de onderneming wordt opgebouwd en er over het algemeen geen sprake is van risicospreiding. Door het onder de Pensioenwet brengen van de DGA is het daarentegen wel verplicht om pensioen op te bouwen bij een professioneel beheerder en kan de pensioenopbouw niet meer in eigen beheer plaatsvinden.

Het onderbrengen van het pensioen van de DGA bij een professioneel beheerder zal kosten met zich meebrengen. Daarbij moet naar mijn mening echter rekening worden gehouden met het feit dat de administratieve lasten van pensioen in eigen beheer voor de vennootschap zullen afnemen, waardoor de eventuele hogere kosten (gedeeltelijk) worden gecompenseerd. Daarnaast krijgt de DGA voor de kosten een adequatere en meer gewaarborgde ouderdomsvoorziening. Voor ondernemingen met een bestaande collectieve pensioenregeling voor werknemers geldt dat het onderbrengen van de DGA in deze regeling niet veel extra kosten met zich mee zal brengen. Dit komt doordat een groot deel van de kosten voor de collectieve regeling al is gemaakt en het onderbrengen van de DGA relatief weinig extra kosten met zich meebrengt. Daarnaast zal het opnemen van de DGA in de collectieve regeling relatief eenvoudig zijn. Voor een onderneming zonder een collectieve pensioenregeling kan het onderbrengen echter wel hoge kosten met zich meebrengen, omdat er een overeenkomst moet worden gesloten met een professioneel beheerder.

Doordat de commerciële waarde van de pensioenvoorziening in veel gevallen hoger is dan de fiscale waarde van de pensioenvoorziening zal het in veel gevallen lastig zijn om de pensioenvoorziening af te

⁵¹² RB, reactie RB op Kamerbrief over oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, 20 januari 2016, bijlage 1.

⁵¹³ W.J.M. Vennix, Ingewikkeld probleem, simpele oplossing, WFR 2015/1028.

⁵¹⁴ E. Heithuis, Schaf dat dga-pensioen in eigen beheer nu eindelijk eens af!, WFR 2016/30.

storten bij een professioneel beheerder, omdat de commerciële waarde zal moeten worden afgestort. Om de pensioenvoorziening in eigen beheer af te wikkelen kan daarom gekozen worden voor een afkoopfaciliteit. De staatssecretaris heeft in zijn brief van 1 juli 2016⁵¹⁵ voorgesteld om het opgebouwde pensioen in eigen beheer af te stempelen naar de fiscale waarde, waarbij er over deze afstempeling geen loonbelasting, vennootschapsbelasting en revisierente wordt geheven. Hierbij gaat het om de fiscale waarde op de balans voor de vennootschapsbelasting. Bij de afkoop wordt vervolgens loonheffing geheven over een fiscale grondslag van 65,5% in 2017, in 2018 75% en in 2019 nog 80,5%, waarbij geen revisierente wordt geheven. Om te voorkomen dat er sprake is van anticipatie-effecten worden van de balanswaarden van ultimo 2015 als uitgangspunt genomen voor de tegemoetkomingen bij de afkoop. Hierdoor geldt de vrijstelling en de faciliteit niet over de aangroei over het jaar 2016. Dit is voor de aangroei door het toekennen van nieuwe pensioenaanspraken nog wel voor te stellen, maar voor de aangroei door de herrekening ten gevolge van bijvoorbeeld indexering of actuariële oprenting is dit niet of in mindere mate het geval. Daarnaast komt dit naar mijn mening niet ten goede aan de eenvoud, omdat er een uitsplitsing tussen de (fiscale) boekwaarde ultimo 2015 en ultimo 2016 moet worden gemaakt. De staatssecretaris doet er naar mijn mening goed aan om de afkoopfaciliteit ook van toepassing te verklaren op de herrekening ten gevolge van bijvoorbeeld indexering en/of actuariële oprenting over het jaar 2016.

Door de afkoop zal het verschil tussen de fiscale en commerciële waardering verdwijnen, omdat er geen mogelijkheid meer is om pensioen in eigen beheer op te bouwen. Dit geeft het afschaffen van pensioen in eigen beheer en het onder de Pensioenwet brengen van de DGA een groot voordeel ten opzichte van pensioen in eigen beheer en de oplossingsrichtingen waarbij de opbouw van pensioen in eigen beheer mogelijk blijft. Dit is te zien in het toetsingskader bij het toetsingscriterium verschil in fiscale en commerciële waardering. Het verdwijnen van het verschil in waardering zorgt ervoor dat er meer helderheid ontstaat over de balanspositie en de financiële situatie van de onderneming. Dit is niet alleen een voordeel voor de onderneming zelf, maar ook voor andere belanghebbenden. In het toetsingskader is dit duidelijk terug te zien in de score bij het toetsingscriterium helderheid balanspositie van de onderneming en de waardering, waarbij het afschaffen van pensioen in eigen beheer en de toepassing van de Pensioenwet op de DGA beter wordt beoordeeld dan oplossingsrichtingen waar een pensioenopbouw in eigen beheer mogelijk blijft. Daarnaast wordt de vennootschap bij het afstempelen naar de fiscale waarde en het omzetten in de SBU gedeeltelijk bevrijd van de pensioenverplichting en bij afkoop geheel bevrijd van de pensioenverplichting. Dit zorgt ervoor dat het beklemd vermogen (gedeeltelijk) vrij komt om dividend uit te keren. Doordat bij afkoop een groter deel van het beklemd vermogen vrijkomt, wordt het uitfaseren op dit toetsingscriterium beter beoordeeld dan oplossingsrichtingen waar de pensioenopbouw in eigen beheer mogelijk blijft.

Bij de keuze voor afkoop zal direct maximaal 34,06%⁵¹⁶ loonbelasting verschuldigd zijn over fiscale waarde van de pensioenvoorziening. In de praktijk zal het per casus verschillen of de faciliteit die de staatssecretaris aanbiedt voldoende aantrekkelijk is om de DGA te laten kiezen voor afkoop. Daarnaast is de DGA mede afhankelijk van het instemmen en meetekenen van zijn eventuele partner. Daarnaast kan de acute belastingheffing ervoor zorgen dat vennootschappen met beperkte liquide middelen of leencapaciteit geen gebruik kunnen maken van de afkoopfaciliteit. Omdat de SBU in het toetsingskader goed wordt beoordeeld, is het naar mijn mening verstandig om de SBU toepasbaar te maken in het overgangsrecht. Dit geeft ondernemingen die niet direct kunnen voldoen aan de acute belastingclaim de mogelijkheid om de pensioenvoorziening in eigen beheer om te zetten in een SBU tegen de fiscale boekwaarde. Door de omzetten in de SBU zal de loonbelasting niet direct verschuldigd zijn, maar zal er

⁵¹⁵ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

⁵¹⁶ $52\% * 65,5\% = 34,06\%$.

pas sprake zijn van heffing bij een eventuele uitkering. Dit zorgt ervoor dat deze liquiditeiten beschikbaar blijven binnen de onderneming. Daarnaast heeft dit naar mijn mening als voordeel dat de pensioenvoorziening in eigen beheer niet geheel verloren gaat bij een omzetting in de SBU, maar dat de pensioenvoorziening in eigen beheer voor de fiscale waarde blijft bestaan. Dit komt ten goede aan de verzorgingsfunctie van de DGA. Doordat uit het toetsingskader blijkt dat het onder de Pensioenwet brengen van de DGA het best wordt beoordeeld is het naar mijn mening terecht dat er geen verdere toevoegingen aan de SBU kunnen worden gedaan.

De partner van de DGA heeft bij een echtscheiding door de toepassing van de Wet VPS bij de huidige vorm van pensioen in eigen beheer recht op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen van de DGA en de rechten op het direct ingaande nabestaandenpensioen.⁵¹⁷ Hierdoor moet de partner van DGA net als de DGA instemmen en meetekenen bij het afstempelen naar de fiscale boekwaarde en de afkoop van pensioen in eigen beheer, omdat de partner de pensioenrechten (gedeeltelijk) prijsgeeft. Door de afkoop zal de vennootschap worden bevrijdt van de pensioenverplichting, waarbij het de vraag is of dit voordeel wel in gelijke mate ten goede komt aan de partner. Als dit niet het geval is, kan dit eventueel gecompenseerd worden.

Naar mijn mening is er sprake van een schenking als de partner van de DGA door het instemmen (gedeeltelijk) afziet van zijn of haar pensioenrechten en de meerwaarde van de aandelen door het vrijvallen van de verplichting niet in dezelfde mate ten goede komt aan de partner van de DGA door een waardestijging van de aandelen. Deze schenking kan eventueel voorkomen worden door de partner te compenseren. De staatssecretaris is van mening dat als de partner van de DGA passend gecompenseerd wordt voor de verlaagde of afgekochte aanspraak op de pensioenrechten er geen sprake is van een vermogensverschuiving, maar dat een vermogensverschuiving wordt voorkomen.⁵¹⁸ De staatssecretaris geeft verder aan dat een passende compensatie kan worden vormgegeven door een aanpassing van de huwelijkse voorwaarden.⁵¹⁹ Daarnaast kan het afstempelen of afkopen van pensioen in eigen beheer bij een vennootschap met meerdere aandeelhouders tevens zorgen voor een schenking, omdat het vrijvallen van de verplichting tevens ten goede komt aan de andere aandeelhouders. Hier geldt eveneens dat de schenking kan worden voorkomen door aan de DGA die zijn pensioenverplichting in eigen beheer afstempelt een compensatie toe te kennen.

Ik ben van mening dat de partner niet eenvoudig zal toestemmen zonder compensatie, omdat dit eventueel ten koste gaat van zijn of haar verzorgingsfunctie in de toekomst en zijn of haar financiële situatie als het huwelijk geen stand houdt. De staatssecretaris moet naar mijn mening zorgen voor goede wetgeving op dit punt ter bescherming van de partner. Daarnaast zal een adviseur de partner van goede voorlichting moeten voorzien, zodat de partner in de toekomst niet voor een verrassing komt te staan. De regelgeving omtrent het toestemmen van de partner van de DGA zal naar mijn mening het succes van de afkoopfaciliteit voor een groot deel bepalen. Doordat de partner bij elke oplossingsrichting waar wordt afgestempeld, omgezet of afgekocht moet instemmen en meetekenen is dit bij elke oplossingsrichting in het toetsingskader slecht beoordeeld.

De staatssecretaris heeft aangegeven dat een regeling voor nabestaanden één van de voorwaarden is voor een oplossingsrichting van pensioen in eigen beheer. Als de DGA onder de Pensioenwet wordt gebracht, zal de DGA meelopen in de regelingen voor nabestaanden van de desbetreffende collectieve regeling. In veel gevallen zal in de collectieve pensioenregeling op dit gebied iets zijn geregeld. Bij een pensioenregeling in eigen beheer of het uitfaseren zonder het onder de Pensioenwet brengen van de

⁵¹⁷ Tenzij dit in het echtscheidingsconvenant of in de huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk is uitgesloten.

⁵¹⁸ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

⁵¹⁹ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

DGA is de regeling voor nabestaanden afhankelijk van de pensioenregeling of een externe verzekering van de DGA. Naar mijn mening zal over het algemeen in collectieve regelingen meer geregeld zijn voor nabestaanden, waardoor het onder de Pensioenwet brengen van de DGA op dit punt in het toetsingskader beter wordt beoordeeld.

De staatssecretaris gaat uit van een positief effect op de begroting voor 2017 van circa € 2 miljard als pensioen in eigen beheer wordt afgeschaft en de mogelijkheid wordt gegeven om de pensioenverplichting tegen de fiscale waarde om te zetten in de SBU.⁵²⁰ Het onder de Pensioenwet brengen van de DGA zal naar mijn mening niet veel extra kosten met zich meebrengen. Door dit grote positieve effect wordt het uitfaseren van pensioen in eigen beheer en het eventueel onder de Pensioenwet brengen van de DGA met de mogelijkheid tot omzetting in de SBU in het toetsingskader beter beoordeeld dan de overige oplossingsrichtingen. Het is echter onduidelijk hoe de staatssecretaris tot dit bedrag is gekomen. Het is de vraag op welke uitgangspunten de staatssecretaris dit positieve effect heeft gebaseerd en in hoeverre deze aannames reëel zijn.

Naar mijn mening is het terecht dat de staatssecretaris pensioen in eigen beheer wil afschaffen en daarbij de mogelijkheid geeft om de pensioenvoorziening af te stempelen naar de fiscale waarde zonder belastingheffing. Na deze afstempeling kan gekozen worden tussen een afkoopfaciliteit en een omzetting in de SBU. In tegenstelling tot de staatssecretaris ben ik echter van mening dat de DGA vervolgens onder de Pensioenwet moet worden gebracht om te zorgen dat de DGA een adequate oudedagsvoorziening opbouwt.⁵²¹ Het voorstel van de staatssecretaris dient mijns inziens op dit punt te worden gewijzigd bij het aankomende wetvoorstel om ervoor te zorgen dat de pensioenproblemen van de DGA met dit voorstel voor de toekomst worden opgelost.

⁵²⁰ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

⁵²¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.

Literatuurlijst

Boeken:

- A.H.H. Bollen-Vandenboorn en B. Dieleman, *Fiscale Geschriften 27: Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*.
- B. Dieleman, *Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen*, Rotterdam: proefschrift Erasmus Universiteit Rotterdam, 2012.
- B. Dieleman, *Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen (Fiscale Monografieën, nr. 140)*, Deventer: Kluwer, 2012.
- G.J.B. Dietvorst, A.H.H. Bollen-Vandenboorn, J.J.E.M. Goetstouwers, B.G.J. Schuurman, M.R. Visser en M.C.C. van Westing, *Arbeidsvormneutraal pensioenkader (Brochures Toekomstvoorzieningen Tilburg University, deel 9)*, Tilburg: juli 2013.
- R.P. van den Dool en E.J.W. Heithuis, *De fiscale positie van de DGA (Fiscaal Actueel)*, Deventer: Kluwer, 2009.
- P.H.J. Essers, *Cursus Belastingrecht, IB.3.2.21.D.b Op welke wijze kan met de verplichtingen rekening worden gehouden?*, Deventer: Kluwer, 2016.
- E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars en B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer, 2012.
- B.G.J. Schuurman, *Pensioen in de loonsfeer*, Deventer: Kluwer, 2015.
- L.G.M. Stevens, *Pensioen in de winstsfeer*, Deventer: Kluwer, 2010.

Artikelen:

- D.W. Bakker, *Financiën wil eigen beheer ten grave dragen op basis van zelf gecreëerde knelpunten*, *PensioenMagazine* 2014/38.
- J.C.K.W. Bartel, *DGA-pensioenverplichtingen*, *NTFR* 2012/1068.
- P.A. ter Beest en J.T. Gommer, *Waardering van pensioen in (extern) eigen beheer*, *WFR* 2009/546.
- G.R. Boshuizen, *Definitieve oplossing DGA-pensioen nabij?*, *WFR* 2000/872.
- C. Bruijsten, *Overdracht van een pensioenverplichting*, *NTFR-B* 2016/5.
- H. van Burik, L.M.A. van Langerak en G.M.C.P. Maarhuis, *Moet de fiscale oudedagsreserve zelf met pensioen? Eerst een goede opvolger vinden!*, *Forfaitair* 2012/225.
- G. Corneo, M. Keese en C. Schröder, *Can government boost voluntary retirement savings via tax incentives and subsidies? A German case study for low-income households (Economics Working Paper nr. 2008-18)*, Kiel: Christian-Albrechts-Universität.
- A. Dieleman, *Voorstellen pensioen eigen beheer: verbetering voor uitkeringstoets?*, *Accountantsweek*, 26 augustus 2015.
- B. Dieleman, *Analyse oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer*, *TPV* 2015/37.
- B. Dieleman, *Waardering van in eigen beheer gehouden pensioenverplichtingen*, *PensioenMagazine* 2013/24.
- B. Dieleman, *Waardering van pensioenverplichtingen vanaf 2013*, *MBB* 2013/01.
- G.J.B. Dietvorst, *Een beschouwing over toekomstvoorzieningen*, *TFO* 1996/1.
- G.J.B. Dietvorst, *Is het afschaffen van sanctiebepalingen de beste oplossing voor het DGA-pensioen?*, *WFR* 2015/805.
- G.J.B. Dietvorst, *Pensioen in eigen beheer en de oudedagsreserve niet meer van deze tijd?*, *PensioenMagazine* 2009/5.
- F. Dirks, *Aanpassing pensioen in eigen beheer: kwestie van timing*, *MBB* 2015/10.
- R.P. van den Dool, *Oudedagsvoorzieningen*, *WFR* 2011/246.
- R.P. van den Dool, *Uitvergroet: Column door Ruud van den Dool*, *V-N* 2014/11.0.
- A. Gazan, *Het zeer van eigen beheer*, *PensioenMagazine* 2014/6 en 7.

- M. Hayes, Pensioen- en dividendproblematiek voor de DGA, TPV 2013/36.
- 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.
- F.R. Herreveld, R.L. ter Hoeven en C.A.H. Luijken, Waardering pensioen in eigen beheer en Dividenduitkeringen, WFR 2013/1362.
- F.R. Herreveld, R.L. ter Hoeven en C.A.H. Luijken, Wezenlijke bijdrage aan vereenvoudiging van het fiscale regime, WFR 2014/1132.
- M. Kastelein, Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer: de positie van de partner, PensioenMagazine 2016/67.
- M. Kastelein, Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer: de stand van zaken, PensioenMagazine 2016/53.
- Kavelaars, De dga in de loonbelasting-, de sociale verzekerings-, de pensioen- en de internationale sfeer, TFO 2009/65.
- P. Kavelaars, Fiscale pensioenvoornemens, P&P 2010/10.
- B. Kortebach, Andere oplossingen voor knelpunten pensioen eigen beheer, WFR 2014/458.
- I. Leene-Hoedemaeker, Ex-echtgenote directeur-groootaandeelhouder terug naar Boon Van Loon?, EB 2016/4.
- C.A.H. Luijken, Afkopen of prijsgeven van pensioenaanspraken, NTFR-Beschouwingen 2013/2.
- A. Milius, Gaat het eindelijk de goede kant op met pensioen in eigen beheer? Ochi!, PensioenMagazine 2015/97.
- P.M. Ravenzwaaij, Fiscale regelgeving pensioen dga is toe aan grondige revisie, PensioenMagazine 2006/10.
- B.G.J. Schuurman, Crisis toont zwakte van pensioenen in eigen beheer, PensioenMagazine 2009/10.
- B.J.G. Schuurman, 20 jaar na het Asscher-arrest: OBR, BPR of OBV?, PensioenMagazine 2015/80.
- G.M.C.M. Staats, Waarheen met het ondernemerspensioen?, PensioenMagazine 2015/123.
- G.M.C.M. Staats, Wat moet er gebeuren met het pensioen in eigen beheer?, WFR 2011/287.
- L.G.M. Stevens, Fiscale Beleidsnotities 2008, WFR 2007/989.
- W. Tapia en J. Yermo, Fees in individual account pension systems, OECD 2008.
- W.J.M. Vennix, Ingewikkeld probleem, simpele oplossing, WFR 2015/1028.
- W.J.M. Vennix, Pensioen eigen beheer is geen gewoon pensioen, WFR 2012/1470.
- P.F.H. Weishaupt, Afstorten bij scheiding: voor wat het waard is, VFP 2011/1.

Jurisprudentie:

- Rechtbank Den Haag 12 mei 2010, nr. 09/4415 LB.
- Hof Den Bosch 11 december 2009, nr. 08/00554, V-N 2010/26.1.4.
- Hof Den Haag 6 juli 2011, nr. 10/00298, NTFR 2011/1819.
- Hof Amsterdam 20 september 2012, nr. 11/00398, V-N 2013/2.13.
- Hof Den Haag 23 maart 2016, nr. 200.173.543/01.
- HR 8 april 1953, nr. 11 257, BNB 1953/146.
- HR 24 april 1957, nr. 13 145, BNB 1957/207.
- HR 27 november 1957, nr. 13 296, BNB 1958/7.
- HR 14 januari 1959, nr. 13 808, BNB 1959/74.
- HR 2 december 1964, nr. 15 269, BNB 1965/27.
- HR 29 januari 1969, nr. 16 064, BNB 1969/80.
- HR 7 januari 1970, nr. 16 182, BNB 1970/61.

- HR 29 april 1970, nr. 16 293, BNB 1970/164.
- HR 8 december 1971, nr. 16/610, BNB 1972/26 (noot H.J. Hofstra).
- HR 7 mei 1980, nr. 19 335, BNB 1980/274.
- HR 14 september 1988, nr. 24 591, BNB 1989/115.
- HR 14 september 1988, nr. 24 616, BNB 1989/4.
- HR 19 januari 1996, nr. 15 983, NJ 1996/617 (noot W.M. Kleijn).
- HR 13 maart 1996, nr. 30 705, BNB 1996/217.
- HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409.
- HR 14 juni 2000, nr. 35 424, BNB 2000/282.
- HR 28 juni 2000, nr. 34 169, BNB 2000/275.
- HR 24 oktober 2003, nr. 37 856, BNB 2004/112.
- HR 12 maart 2004, nr. C02/319HR, NJ 2004/636 (noot S.F.M. Wortmann).
- HR 24 september 2004, nr. 39 079 V-N 2005/5.1.15.
- HR 10 februari 2006, nr. C04/305HR, SOBI-KPN, r.o. 5.5, NJ 2006/241, JOR 2006/94 (noot P.M. van der Zanden).
- HR 14 april 2006, nr. 41 569, BNB 2006/278.
- HR 9 februari 2007, nr. R06/021HR, NJ 2007/306 (noot J. de Boer).
- HR 20 maart 2009, nr. C07/201HR, NJ 2009/155.
- HR 18 juni 2010, nr. 09/01539, NJ 2010/352.
- HR 13 mei 2011, nr.10/00284, NTFR 2011/1107.
- HR 16 oktober 2015, nr. 13/04121, BNB 2016/14.
- HR 18 december 2015, nr. 14/06531, BNB 2016/50.

Kamerstukken:

- Kamerstukken II 1949-1950, 1730, nr. 3.
- Kamerstukken II 1973-1974, 13 004, nr. 3 (MvT).
- Kamerstukken II 1974-1975, 13 004, nr. 5-6 (MvA).
- Kamerstukken II 1978-1979, 15 539, nr. 3 (MvT).
- Kamerstukken II 1978-1979, 15 539, nr. 6 (MvA).
- Concept-Mvt: Brede Herwaardering, Artikelsgewijze toelichting onderdeel Q.6: Persoon verzekeraar, V-N 1987/1566.
- Kamerstukken II 1992-1993, 23 046, nr. 3 (MvT).
- Kamerstukken II 1998-1999, 26 020, nr. 6.
- Kamerstukken II 1998-1999, 26 020, nr. 23.
- Kamerstukken II 1998-1999, 26 020, nr. 104b.
- Belastingplan 2004, Kamerstukken II 2003-2004, 29 210, nr. 1-2.
- Belastingplan 2004, Kamerstukken II 2003-2004, 29 210, nr. 22, nota n.a.v. verslag.
- Kamerstukken II 2005-2006, 30 413, nr. 3 (MvT).
- Kamerstukken II 2006-2007, 30 655, nr. 7.
- Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 1.
- Kamerstukken II 2009-2010, 32 140, nr. 4 (Bijlage), Studiecommissie Belastingstelsel (commissie-Van Weeghel), 'Continuïteiten vernieuwing. Een visie op het Belastingstelsel.
- Kamerstukken II 2009-2010, 32 426, nr. 1.
- Kamerstukken II 2011-2012, 33 290, nr. 3 (MvT).
- Kamerstukken II 2012-2013, 33 610, nr. 2.
- Kamerstukken II 2012-2013, 33 610, nr. 3 (MvT).
- Kamerstukken II 2012-2013, 33 610, nr. 4.

- Belastingplan 2013 en Overige fiscale maatregelen 2013: Handelingen Eerste Kamer 17 december 2012, nr. 12, item 3.
- Kamerstukken II 2013-2014, 33 752 (Belastingplan 2014), nr. 94.
- Kamerstukken II 2013-2014, 33 847, nr. 2.
- Kamerstukken II 2013-2014, 33 847, nr. 3 (MvT).
- Kamerstukken II 2014-2015, 34 083, nr. 3 (MvT).

Besluiten:

- Besluit van 20 december 2000, nr. RTB2000/2726M.
- Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M.
- Besluit van 18 maart 2013, nr. BLKB2013/27M.
- Besluit van 17 december 2014, nr. BLKB2014/2132M.
- Besluit van 6 november 2015, nr. DB2015/830M.
- Besluit van 10 december 2015, nr. BLKB2015/1650M.

Overig:

- R.E.H.M. Bremmers, Commentaar Artikel 18h Wet LB 1964 Pensioen directeur-groootaandeelhouder (dga), NDFR, 2016.
- R.E.H.M. Bremmers, Commentaar Artikel 19a Wet LB 1964 Verzekeraar van pensioen, NDFR, 2016.
- R.E.H.M. Bremmers, Commentaar artikel 19b Wet LB 1964 Gevolgen wijziging pensioenregeling, NDFR, 2016.
- Brief staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, nr. DB/2013/576.
- Brief staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.
- Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2015, nr. DB/2015/106 U.
- Brief staatssecretaris van Financiën van 17 december 2015, DB/2015/454 U.
- Brief staatssecretaris van Financiën van 15 maart 2016, nr. DB/2016-100 U.
- Brief staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2016, 2016-0000092244.
- Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, Naar een activerender belastingstelsel. Interimrapport, Den Haag: 6 oktober 2012.
- DNB, T1.3.1 Rentetermijnstructuur pensioenfondsen; Jaar/Maand, <http://www.dnb.nl/statistiek/statistieken-dnb/financiele-markten/rentes/index.jsp>, 04-08-2016.
- DNB, T8.8 Beleidsdekkingsgraad van pensioenfondsen; Kwartaal/Maand, per 05-07-2016.
- A. van den Dungen-Maltha, Commentaar artikel 3.29 Wet IB 2001 Waardering pensioenverplichtingen en soortgelijke verplichtingen, NDFR, 2016.
- NOB, Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer van 17 december 2015 (33 752-AB).
- NOB, Commentaar van 10-09-2015 van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op Kamerbrief oplossingsrichtingen pensioen eigen beheer (34 002-104).
- Raad van jaarverslaggeving, RJ-Uiting 2014-4, www.rjnet.nl.
- RB, Commentaar RB op de reactie 'Maatregelen op het gebied van het pensioen in eigen beheer', 3 juli 2014.
- RB, reactie RB op Kamerbrief over oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, 20 januari 2016.
- Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juli 2015, 2015-0000160660, tot Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016.

- SRA, SRA-Praktijkhandreiking: Pensioen in eigen beheer, 23 december 2015.
- The Social Protection Committee, Privately Managed Funded Pension Provision and their Contribution to Adequate and Sustainable Pensions, 2008.
- Vakstudie Loonbelasting en Premieheffingen, art. 18a Wet LB 1964.
- Vakstudie Nieuws, Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer gepresenteerd, V-N 2015/33.17.
- Vakstudie Nieuws, Reactie Staatssecretaris van Financiën, V-N 2016/19.2.
- Vakstudie Nieuws, Staatssecretaris verruimt voorstel uitfasering dga-pensioen in eigen beheer en verlengt MKB-tariefschijf in VPB, V-N 2016/36.3.
- Verordening 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002, Publicatieblad nr. L243/1.
- Vraag & Antwoord 08-053 d.d. 171215, te vinden op http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_08-053_v151217.htm.
- Vraag & Antwoord 12-008 d.d. 200912, te vinden op http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_12-008_v120921.htm.
- Vraag & Antwoord 13-006 d.d. 271113, te vinden op http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_13-006_v131127.htm.
- Werkgroep Ondernemerspensioen, De toekomst van het pensioen van de ondernemer, Tilburg University, Tilburg: 2015.
- Werkgroep Ondernemerspensioen, Het Ondernemerspensioen, Een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën 6 december 2013 (DB/2013/576), Tilburg University, Tilburg: 2014.
- <https://www.verzekeraars.nl/verzekeringsbranche/statistieken/Documents/AndereStatistieken/Rendementsmaatstaven/Toelichting%20rendementen.pdf>.

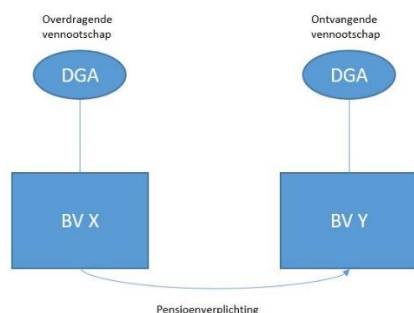
Bijlage 1 – Toetsingskader

Toetsingscriterium:	OBR (4.5)	OSEB (4.6)	Afschaffen PEB (4.7.1)	Uitfasering met SBU (4.7.3)	Uitfaseren met toepassing PW (4.7.4)	Uitfasering zonder loonheffing (4.7.5)
<i>Doeltreffendheid:</i>						
Waarborging verzorgingsfunctie	-	+/-	-	+/-	+/-	-
Adequate oudedagsvoorziening	-	+/-	-	+/-	+	-
Liquiditeitsvoordeel	++	++	--	+	--	--
Budgettaire gevolgen	+	+	+	+	+	+/-
Regeling nabestaanden	-	-	-	-	+/-	-
<i>Praktische uitvoerbaarheid:</i>						
Helderheid balanspositie onderneming/waardering	+	+	++	+	++	++
Uitvoerbaarheid/eenvoud	+	+/-	+	+	+	+
Overgangsregeling	-	-	-	-	-	-
<i>Systematiek:</i>						
Internationale aspecten	+/-	+/-	+	+	+	--
Positie partner	--	--	--	--	--	--
Dividend	+	+	++	++	++	++
Verschil in fiscale en commerciële waardering	--	--	++	+/-	++	++
Totaalscore:	-2	-1	+1	+3	+5	-3

Bijlage 2 – Voorbeeld waardeoverdracht

Voorbeeld:

Bij dit voorbeeld wordt uitgegaan van een pensioenvoorziening die wordt overgedragen van BV X aan BV Y (geen pensioenverzekeraar) met een ingangsdatum in 2021, waarbij de fiscale boekwaarde € 0,5 miljoen is en de commerciële boekwaarde € 1,7 miljoen is. De pensioenvoorziening wordt door BV X aan BV Y buiten de fiscale eenheid overgedragen.



Bij de overdracht door BV X mogen de loon- en prijsstijgingen (indexatie) niet in aftrek worden gebracht van de winst op basis van art. 3.26 en 3.27 Wet IB 2001 en BNB 2006/278.⁵²² Hierdoor is in het voorbeeld € 500.000 niet direct aftrekbaar, maar pas in de toekomst op het moment van uitkering. De overige € 700.000 kan wel direct in aftrek worden gebracht van de winst. Eventuele toepassing van verliescompensatie is hierbij afhankelijk van de resultaten en de activiteiten in de jaren binnen de verliesverrekeningstermijn. Als de vennootschap geen activiteiten meer heeft of geen winsten maakt binnen de verliesverrekeningstermijn kunnen de later aftrekbare kosten waarschijnlijk niet effectief in aftrek worden gebracht of worden verrekend.

Fiscale Balans BV X voor overdracht							
D		C					
Activa	€ 500.000,00	Eigen vermogen					
		Pensioenvoorziening	€ 500.000,00				
Totaal	€ 500.000,00	Totaal	€ 500.000,00				
Fiscale Balans BV X na de overdracht							
D		C					
Activa	€ 500.000,00	Eigen vermogen	€ (1.200.000,00)	In de toekomst aftrekbaar	€ 500.000,00	Loon- en prijswijzigingen	
		Schuld	€ 1.700.000,00	Direct aftrekbaar	€ 700.000,00		
Totaal	€ 500.000,00	Totaal	€ 500.000,00				

Voor BV Y geldt dat de pensioenvoorziening bij de overname moet worden gewaardeerd op de overdrachtprijs, indien deze zakelijk is. Echter, moet de pensioenvoorziening op de balansdatum worden gewaardeerd op basis van de fiscale waarderingsgrondslagen. Hierbij mag rekening worden gehouden met de loon- en prijsstijgingen (indexatie), waarbij wel het gedeelte dat ziet op de rente en de leeftijdsterugstelling uit de indexatie moet worden gehaald. Dit betekent in het voorbeeld dat BV Y na de overdracht een winst van € 950.000 moet nemen door de vrijval van de pensioenvoorziening.

Fiscale Balans BV Y na de overdracht							
D		C					
Activa	€ 1.700.000,00	Eigen vermogen	€ 950.000,00	Winst	€ 950.000,00	Rekenrente en leeftijdsterugstelling	
		Pensioenvoorziening	€ 750.000,00				
Totaal	€ 1.700.000,00	Totaal	€ 1.700.000,00				

⁵²² HR 14 april 2006, nr. 41 569, BNB 2006/278.