

Onbeheerste uitfasering van pensioen in eigen beheer

3,5 jaar wikken en wegen, een handvol voortgangsbrieven met dito proefballonnen van twee staatssecretarissen, geframede boodschappen om beroepsgroepen te desavoueren, een wetsvoorstel én een panieknovelle zijn nodig geweest om de pensioenopbouw van ‘slechts’ 150.000 pensioenconsumenten te beëindigen. Dat zijn de directeuren-grootaandeelhouders (dga’s) met een aanspraak op pensioen die in de eigen vennootschap wordt gehouden: het pensioen in eigen beheer (PEB).

Op dit dossier is zonder meer het gezegde ‘de pot verwijt de ketel dat hij zwart ziet’ van toepassing. Jarenlang kreeg de adviesmarkt van vooral Belastingdienst en Financiën het verwijt dat PEB uitsluitend een fiscaal speeltje is dat wordt misbruikt voor belastinguitstel, zonder aandacht voor de pensioengedachte. Tegelijkertijd faalt Wiebes in het duidelijk adresseren van alle niet-fiscale knelpunten en uitdagingen waar menig dga, partner en de batterij adviseurs die hen omringt, nu voor staan. De onwil om met de collega’s van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van Justitie te overleggen, noch tijd vrij te maken voor een consultatie met het adviesveld over dit complexe dossier, heeft geleid tot een onevenwichtige wet, met als doel 2,1 miljard belastinggeld op te halen. Een wet die vooral de fiscale aspecten – het ‘eigen beheer’ in PEB – adresseert, maar juist niet de civiele aspecten – het ‘pensioen’ in PEB. In dit artikel gaan we vooral in op de fiscale uitvoeringsaspecten van de uitfaseringwetgeving en behandelen we de meest relevante door de Belastingdienst gepubliceerde Vragen en Antwoorden (V&A’s). Maar we beginnen met een korte opsom-

ming van de keuzes en een bespreking van het informatieformulier.

■ DE KEUZES IN EEN NOTENDOP

De dga heeft de volgende keuzes:

1. niets doen, en premievrij voortzetten van de opgebouwde aanspraken;
 2. partieel prijsgeven van het pensioen, gevolgd door het laten afkopen van de fiscale balanswaarde;
 3. partieel prijsgeven van het pensioen, gevolgd door het laten omzetten van de fiscale balanswaarde in een aanspraak op een oudedagsverplichting (ODV).
- Zo eenvoudig is fiscale wetgeving blijkaar ook. Bouw je vanaf 1995 aan een complex ‘Witteveenkader’, kun je er zo een streep door zetten. De uitvoeringsaspecten die we in dit artikel behandelen, gaan voornamelijk in op keuze 2 en 3: het uitfaseren van het pensioenregime op de opgebouwde aanspraken.

■ HET INFORMATIEFORMULIER EN VRAAG & ANTWOORD 17-023

Slotstuk in de uitfaseringsbesluitvorming is het gezamenlijk met de partner ondertekenen van het informatieformulier.¹ Het was lang wachten op dit formulier, hoewel op grond van het gewijzigde Uitvoeringsbesluit Loonbelasting (UBLB) de inhoud niet verrassend had hoeven te zijn.² Met het formulier overvraagt de Belastingdienst ten opzichte van art. 12c UBLB: hij vraagt meer dan op grond van het UBLB ten behoeve van een fiscaal vriendelijke uitfasering door de wetgever is voorgeschreven. De belangrijkste verruiming is het tóch uitvragen van een waarde in het economisch verkeer (wev) op maar liefst vier genoemde tijdstippen, waarvan één tijdstip niet eens voorkomt in het UBLB.³ Ons inziens overbodig voor een toetsing op de uitfasering en om die reden terecht gesneuveld in het definitieve UBLB. Immers, het pensioen is prijsgegeven tot het niveau van de fiscale balanswaarde, en heeft met de daarop volgende handeling, de keuze, het pensioen karakter verloren. Dit is de dga overeengekomen met de uitvoerende vennootschap(pen), en door ondertekening van het informatieformulier stemt de eventuele partner ermee in.

De Belastingdienst werpt zich op als Autoriteit Part-



Jack Borremans en Kees Beishuizen

Drs. J.A.L. Borremans en drs. C. Beishuizen zijn partner van LNBB actuarissen + pensioenconsultants te Amersfoort en Dordrecht

nerCompensatie (APC), door in het V&A aan te geven dat de opgave van de wev dient 'voor het toezicht op de vaststelling van een juiste compensatie van de partner en eventuele schenkingsaspecten'. Dat plaatst de dga de facto met de rug tegen de muur. De Belastingdienst hanteert de liquidatiefictie voor het vaststellen van de wev, op basis van het bedrag dat bij een onafhankelijke derde zou moeten worden gestort en hanteert anno 2017 volstrekt archaische rekenregels om dat bedrag te benaderen. Tegen die voorwaarden zal geen enkele transactie tot stand komen en kan er dus nooit sprake zijn van een realistische wev.

Het wil maar niet landen dat in de prijs voor een nominaal gegarandeerd (uitgesteld) pensioen bij een verzekeraar een forse risicopremie zit voor het verleggen van het (bewust gekozen ondernemings)risico van de vennootschap naar de pensioenverzekeraar én dat een vaste na-indexatie van 2% een forse overschatting is van de voorwaardelijke toeslagverlening op meestal maar een deel van het pensioen in eigen beheer. Pensioen is geen 'free lunch'; risico(-overgang) heeft zijn prijs.⁴ Maar het blijkt te lastig om over de eigen schaduw heen te springen en de going concern waardering, waarin dat risico realistischer is ingeprijsd en die common sense is in (inter)nationale boekhoudregels, centraal te stellen.⁵ Overigens, een van de vier tijdstippen op het formulier, te weten 1 juli 2017,

Slotstuk in de uitfaseringsbesluitvorming is het gezamenlijk met de partner ondertekenen van het informatieformulier

staat niet eens in het UBLB; daarin wordt het tijdstip 31 december 2016 genoemd. Voor de datum 1 juli 2017 geldt in ieder geval dat de dga weer langs die vermaledijde actuaaris,⁶ accountant of andere pensioenadviseur moet, om een extra setje berekeningen. Het wordt eenvoudiger op den duur, naar het schijnt, maar vóór die tijd is het nog wel even doorbijten. In het V&A wordt voor iedere vraag uit het formulier een uitgebreide rechtvaardiging gegeven. Maar waar het over zwijgt, is vraag 3c: de vraag of de dga, sinds de allereerste pensioentoezegging in de (verre) historie, het aandelenbelang heeft verwaterd. Een halfslachtige poging om een bevoordelingsbedoeling (of -gevolg) door het partieel prijsgeven te kunnen signaleren. Niet gedragen door art. 12c UBLB.

Tegenstrijdigheid tussen informatieformulier en Vraag & Antwoord 17-014 (en 17-013)

Opvallend is de foutieve uitvraag van de fiscale verplichting. In het informatieformulier wordt gerept van de stand van de fiscale balanswaarde zoals in de aangifte vennootschapsbelasting is gehanteerd. In V&A

17-013 en 17-014 wordt invulling gegeven aan het enigszins vaag beschreven begrip 'fiscale balanswaarde' in art. 38n van de wet, dat eveneens wordt gebruikt in het UBLB. Blijkbaar heeft men nooit beseft dat de waarderingsregels – die een bovengrens bevatten aan het bedrag dat ten laste van het resultaat kan worden gebracht – in de praktijk niet altijd maximaal worden benut. Kortom, veel fiscale pensioenverplichtingen die in de loop der tijd in de aangifte vennootschapsbelasting zijn verwerkt, zijn lager dan maximaal mogelijk is. In genoemde V&A's wordt voorgeschreven de bovengrens te volgen, onder meer voor de vaststelling van de afkoopkorting. Hiermee is het begrip 'fiscale balanswaarde' gedefinieerd.

Vraag & Antwoord 17-006, onbepaald eigen beheer, afwikkeling verzekerde deel

In dit V&A geeft de Belastingdienst zijn eigen definitie van het begrip 'onbepaald eigen beheer'. Eentje die bij eerste lezing plausibel (genoeg) luidt, maar na herlezing de wenkbrauwen doet fronsen. Immers, in onze optiek is genoemde definitie niet de vorm zoals die in de praktijk gangbaar is. Onbepaald eigen beheer is de uitwerking van de afspraak tussen de vennootschap en de dga dat het volledige pensioen in eigen beheer wordt gehouden, onder aftrek van het deel dat wordt afgeleid van de externe verzekering.⁷ De verzekeringsvorm kan diverse varianten hebben; veelvoorkomend is een beleggings- of kapitaalverzekering.

Dit werkt als communicerende vaten. Ervan uitgaande dat de externe verzekering expireert op de in de pensioenovereenkomst vastgelegde pensioenleeftijd, is dat het eerste moment waarop definitief het in eigen beheer gehouden gedeelte kan worden vastgesteld, en daarmee de hoogte van de fiscale pensioenverplichting. Immers, als voor het geëxpireerde pensioenkapitaal daadwerkelijk een uitkering wordt aangekocht tegen verzekeringstarieven, wordt dit be-

- 1 Het formulier dat wij in dit artikel bespreken, is gepubliceerd op 30 maart jl. Zie pagina 37 voor een laatste aanvulling.
- 2 Besluit van 16 maart 2017 tot wijziging van enige uitvoeringsbesluiten ter uitwerking van de Wet uitfaseren pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen, nummer 117.
- 3 In V&A 17-023 rechtvaardigt de Belastingdienst dit met verwijzing naar de paraplubepaling van art. 47 AWR.
- 4 Wiebes: 'Een bij een professionele verzekeraar ondergebracht pensioen ziet het kabinet namelijk als een veiliger pensioen dan een PEB', Nnav bij wetsvoorstel 34 662, 3 februari 2017, pag. 5.
- 5 Richtlijn 2014-04 van de Raad voor de Jaarverslaggeving.
- 6 Wiebes: 'Het gaat al gauw om een bedrag met vier cijfers na het euroteken', overleg met de Vaste Kamercommissie van Financiën over de factuur (van zijn eigen actuaaris?), 24 september 2015.
- 7 De herleidingsmethode staat beschreven in onderdeel B.5. waardering verzekerde pensioenverplichtingen in het besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, Strt. nr. 133.

drag in mindering gebracht op het totale pensioen en wordt het restant gefixeerd in eigen beheer. Resultaat: onbepaald eigen beheer is op de pensioendatum definitief omgezet in bepaald eigen beheer. Wordt het pensioenkapitaal na expiratie zelfs overgedragen naar de vennootschap, dan wordt vanaf dat moment het volledige pensioen weer vanuit de vennootschap uitgekeerd. Dit pakt fiscaal neutraal uit, omdat enerzijds een bedrag wordt ontvangen, maar anderzijds de fiscale verplichting met hetzelfde bedrag stijgt.

In V&A 17-006 lijkt men te worstelen met het begrip. Want zoals het staat beschreven, lijkt dit meer op een variant van bepaald eigen beheer. Bij bepaald eigen beheer is sprake van twee min of meer zelfstandige regelingen die naast elkaar lopen, die bij elkaar geteld niet meer mogen zijn dan hetgeen op grond van de wet mag worden opgebouwd.⁸ In zo'n systematiek ontbreekt het principe van de communicerende vaten, omdat de verhoudingen van begin af aan gefixeerd zijn.

In een brief aan beide Kamers heeft Wiebes op 10 februari 2017 aangegeven dat niet op de pensioendatum, maar uiterlijk 1 juli 2017 de verhouding tussen het eigen beheer en het verzekerde gedeelte moet worden gefixeerd. Onbepaald eigen beheer is daarmee bepaald eigen beheer geworden. In onze optiek betekent dit dat de herleiding van de extern verzekerde aanspraken op commerciële grondslagen moet plaatsvinden; na 1 juli 2017 is overdracht naar de vennootschap immers niet meer mogelijk. Laat de vennootschap een dergelijke herleiding na, dan wordt een deel van de aanspraak op pensioen prijsgegeven. Door de herleiding van het onbepaalde deel van de verzekerde aanspraak tegen commerciële grondslagen, in plaats van op fiscale grondslagen, wordt het extern gehouden pensioen op de fixatiedatum correct vastgesteld. En door de communicerende werking zal het in eigen beheer gefixeerde deel toenemen.

Voorbeeld

Een opgebouwd verzekerd kapitaal van € 200.000 van een op 1 juli 2017 50-jarige dga, herleid op basis van fiscale grondslagen, levert op 67-jarige leeftijd een ouderdomspensioen op van € 14.000 met 70% overgang. Omrekening op basis van de tarieven van verzekeraars levert een pensioen op van € 8000 met 70% overgang. Het verschil in pensioen bedraagt € 6000. De fiscale balanswaarde neemt hierdoor per 1 juli 2017 met € 40.000 toe.

Correctie fiscale balanswaarde bij overlijden na 2015, V&A 17-015 en 17-016

In deze twee V&A's boort de Belastingdienst de hoop van menig adviseur de grond in dat er wellicht goed nieuws te brengen is in een trieste situatie. Namelijk de vaststelling van de afkoopwaarde en afkoopkorting na het overlijden van de dga of de partner na 31 december 2015. Op grond van de semantiek van art. 380 Wet LB stelt de Belastingdienst zich op het standpunt dat de fiscale balanswaarde die bij vaststelling van de afkoopwaarde (en de afkoopkorting) in aanmerking moet worden genomen, moet worden herrekend voor de aanspraak die daadwerkelijk wordt afgekocht.⁹

Hierbij worden twee mogelijke scenario's gehanteerd. In V&A 17-015 wordt het scenario geschetst waarin de partner van de dga na 2015 overlijdt. De fiscale pensioenverplichting volgens de aangifte 2015 was natuurlijk berekend met inbegrip van het partnerpensioen. Na overlijden van de partner in 2016 neemt de waarde van de fiscale pensioenverplichting af. Er is immers nog maar één pensioenaanspraak die in aanmerking moet worden genomen. De vrijval is niet te voorkomen. Als vervolgens die ene aanspraak wordt afgekocht, wordt de afkoopkorting van 34,5% (bij afkoop in 2017) toegepast op de fiscale balanswaarde einde 2015 van uitsluitend het overgebleven ouderdomspensioen.

In V&A 17-016 wordt het andere scenario beschreven. Hierin overlijdt de dga in 2016 en loopt de voorwaardelijke aanspraak op partnerpensioen op dat moment vol tot een onvoorwaardelijk recht van de partner jegens de vennootschap. De partner verzoekt de vennootschap om het partnerpensioen af te kopen. Het is dan sneu dat de afkoopkorting wordt berekend over de fiscale balanswaarde van de voorwaardelijke aanspraak op partnerpensioen in 2015.

In V&A 17-006 lijkt men te worstelen met het begrip onbepaald eigen beheer; zoals het staat beschreven, lijkt het meer op een variant van bepaald eigen beheer

We kunnen ons voorstellen dat dit standpunt zeker tot discussies gaat leiden. De Belastingdienst schrijft namelijk in V&A 17-013 en 17-014 een herwaarderung van de aanspraken voor tegen de definitie van de fiscale balanswaarde. Vervolgens stelt men ook dat de in de afkoop betrokken pensioenaanspraak op grond van die fiscale balanswaarde moet worden geherwaardeerd. Dan is het vreemd dat een onvoorwaardelijk recht met terugwerkende kracht toch weer als een voorwaardelijke aanspraak moet worden gezien. Als of op dit punt de tijd wel kan worden teruggedraaid.¹⁰

Samenhang tussen V&A 17-006 en V&A's 17-015 en 016

De Belastingdienst hanteert een objectieve maatstaf voor zowel de fiscale balanswaarde als de grondslag van de afkoopkorting van de in de afkoop te betrekken pensioenaanspraken. Bij de eerder vastgestelde fixatie van het in onbepaald eigen beheer gehouden pensioen ontstaat een toename van de pensioenaanspraken. Als de vennootschap dit pensioen vervolgens afkoopt, zal de fiscale balanswaarde 2015 voor de vaststelling van de afkoopkorting moeten worden herrekend op basis van die toegenomen aanspraken.

Voorbeeld

In het vorige voorbeeld bedraagt de toename van de in de afkoop betrokken pensioenaanspraak € 6000. De in aanmerking te nemen fiscale balanswaarde in 2015 neemt toe met € 37.000. De afkoopkorting bedraagt 34,5% hiervan, oftewel €12.765. Daartegenover staat natuurlijk dat bij afkoop in 2017 een hogere balanswaarde wordt afgekocht, te weten € 40.000.

Afkoop en een loon- of lijfrentestamrecht in eigen beheer; V&A 17-001 en 17-003

De afkoopfaciliteit geldt niet voor een loon- of lijfrentestamrecht in eigen beheer; het fiscale regime voor deze stamrechten blijft in stand. Toch kan in geval van onderdekking binnen de vennootschap de afkoop van het pensioen in eigen beheer indirect invloed hebben op de uiteindelijke verwezenlijking van het stamrecht. Op grond van een arrest van de Hoge Raad schrijft de Belastingdienst voor dat de dekking pro rata wordt toegekend.¹¹ En uiteraard op grond van de commerciële waardes. Verzuimt de vennootschap deze pro rata toedeling, dan zal de Belastingdienst de stelling innemen dat de afkoop van het pensioen de dekking van het stamrecht heeft uitgehold en dat hiermee het stamrecht in fiscale zin ook is afgekocht.

Stel, er is sprake van een lijfrentestamrecht. Dan volgt een belastingheffing inclusief sanctie over het voor verwezenlijking vatbare gedeelte van de fiscale waarde van de lijfrenteverplichting. Een sanctieheffing volgt overigens alleen maar bij een lijfrente bedongen bij inbreng van een onderneming in een vennootschap vanaf 1992; van een lijfrente bedongen op grond van art. 19 Wet IB (voor 1992, oud regime) kan zonder fiscale sanctie worden afgezien.

■ PRIJSGEVEN NIET VOOR VERWEZENLIJING VATBARE ODV EN PENSIOEN; V&A 17-009, 17-011 EN 17-021

Deze V&A's gaan in op het prijsgeven van een pensioen in eigen beheer, respectievelijk ODV bij onderdekking. Met betrekking tot het pensioen in eigen beheer (V&A 17-011) wordt gesteld dat bij een onderdekking op de ingangsdatum afstempelen mogelijk blijft. Logisch, want art. 19b Wet LB blijft van toepassing voor premievrij gehouden pensioenen.¹² Helaas draagt de Belastingdienst in V&A 17-021 met betrekking tot het afstempelen van een ODV eigenhandig – en niet gedragen door de parlementaire behandeling – een veto aan. Op de ingangsdatum kan een ODV bij onderdekking niet gedeeltelijk worden prijsgegeven. Weliswaar is in art. 38p, lid 4 Wet LB opgenomen dat art. 19b Wet LB van overeenkomstige toepassing blijft, hetgeen doorredenerend betekent dat ook lid 8 van art. 19b over het prijsgeven van pensioen in eigen beheer ook van toepassing blijft. Echter, zo stelt de Belastingdienst, afstempelen is slechts mogelijk in de door de minister aangewezen gevallen. Die staan opgenomen in het besluit van 18 maart 2013, en daarin wordt de ODV nog niet genoemd. Logisch, want de ODV bestond toen nog niet. Het had de Belastingdienst gesierd om zijn afwijzing op formele gronden ten minste te laten volgen door

een handreiking dat zijn standpunt wordt gewijzigd als genoemd besluit wordt uitgebreid. Nu lijkt het erop dat in de parlementaire behandeling op dit punt het tegenovergestelde van effectieve wetgeving is ontwikkeld. Een V&A met deze inhoud voegt niets toe en wekt irritatie; op een Verzoek & Afwijzing zit de adviesmarkt niet te wachten.

Helaas draagt de Belastingdienst in V&A 17-021 met betrekking tot het afstempelen van een ODV eigenhandig een veto aan

Dat bij een onderdekking het prijsgeven van de ODV wel mogelijk is wanneer de beschikbare middelen worden afgestort in de vorm van een lijfrente bij een financiële instelling en de vennootschap daarna wordt geliquideerd, zoals opgenomen in V&A 17-009, wekt geen verbazing. Dit was ook al bestaande praktijk vóór de invoering van art. 19b, lid 8 in 2013. Kennelijk heeft de Belastingdienst hier wél de geestelijke lenigheid om de switch te maken van een pensioen in eigen beheer naar een ODV in eigen beheer.

ODV-bepalingen V&A 17-008 en V&A 17-017 en V&A 17-019

In art. 38p, lid 2 Wet LB wordt bepaald dat de ODV-termijnen, na overlijden van de dga, binnen 12 maanden moeten ingaan, ongeacht de leeftijd van de erfgenamen die begunstigde zijn voor de uitkeringen. Als het partnerpensioen echter al is ingegaan én de gerechtigde dit wenst om te zetten in een ODV, is de leeftijd ineens wel van belang. Volgens V&A 17-017 kan een reeds ingegaan partnerpensioen dat wordt omgezet naar een ODV, op zijn vroegst vijf jaar voor

8 V&A 17-006 spreekt van het aanvullen van het extern verzekerde pensioen met het in eigen beheer gehouden deel tot het opgebouwde pensioen. Dat suggereert een optelsom van twee 'losse' aanspraken. Overigens gaat het in deze vraag over eindloonregelingen, maar dit geldt natuurlijk ook voor middelloonregelingen.

9 Art. 38o, lid 1 Wet LB. (...) de fiscale balanswaarde, bedoeld in art. 38n, eerste lid, van de tegenover de afgekochte aanspraak staande verplichting (...).

10 Vergelijk dit met het volgende. Stel, je krijgt een staatslot aangeboden van een collega. Met als voorwaardelijkheid dat je het pas krijgt als blijkt dat op dat staatslot een prijs is gevallen. Wat is dat lot met terugwerkende kracht waard, als er daadwerkelijk een prijs op is gevallen?

11 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY6925.

12 De mogelijkheid om onder voorwaarden een deel van het pensioen prijs te geven voor zover daar geen middelen tegenover staan, stond zelfs twee keer in de Wet LB: in art. 19b, lid 1, sub c en in het in 2013 ingevoerde lid 8. Zie ook Jack Borremans en Kees Beishuizen, Hoe om te gaan met uitholling dekkingsvermogen dga-pensioen, Pensioen Magazine nr. 1, januari 2009.

de AOW-gerechtigde leeftijd van de partner ingaan. Logischer was geweest dat de 20-jaarsperiode start op het tijdstip waarop het partnerpensioen wordt omgezet in een ODV, of dat de gerechtigde ten minste een keuzerecht wordt geboden.

Is dit omzetzingsrecht slechts een 'conversierecht' om af te komen van een al dan niet volledig gedekt partnerpensioen, of is de ODV juist een alternatief voor het levenslang partnerpensioen, naar analogie van het omzetten van een ingegaan ouderdompensioen in een uitkerende ODV? We hebben stellig het idee dat is gezocht naar een eenvoudige oplossing als alternatief voor vennootschappen die nu niet kunnen afkopen en dat dit de ODV is geworden, maar dat men nooit het scenario van ingegane partnerpensioenen in deze oplossing heeft betrokken. Dit vereist feitelijk een wetwijziging. De partner kan dit omzeilen door de ODV om te zetten in een lijfrente.

Dan het wezenpensioen. Uit V&A 17-016 trekken wij de conclusie dat afkoop van een wezenpensioen geen aantrekkelijke optie is. De korting is dan nihil; de fiscale waarde van een voorwaardelijke aanspraak op wezenpensioen is immers nul komma nul. Vreemd eigenlijk dat in V&A 17-016 wel een waarde aan een voorwaardelijke aanspraak op partnerpensioen wordt toegekend. Dan zou het ook mogelijk moeten zijn om het vooroverlijdensrisico mee te waarderen, maar dat terzijde.

De ODV heeft in onze optiek meer kenmerken van een bancaire lijfrente in eigen beheer dan van een pensioenvoorziening

Omzetting naar een ODV van het ingegane wezenpensioen leidt wel tot een heel lang uitstel. Immers, voor een 10-jarige wees zal de AOW-gerechtigde leeftijd volgens het levensverwachtingsaanpassingsmechanisme minimaal 70 jaar en 6 maanden bedragen, dus dan zitten we al medio 2077. Na een uitkeringstermijn van 20 jaar is de ODV uiteindelijk in 2097 afgewikkeld. Hoezo vereenvoudiging?

V&A 17-008 en V&A 17-019 bevatten een schijnbare tegenstelling. In V&A 17-008 wordt gesteld dat een reeds ingegane ODV niet meer kan worden omgezet in een lijfrente bij een financiële instelling. De 20-jaarsperiode van de ODV-periode moet worden doorlopen.¹³ Dit terwijl het lijfrenteregime openstaat tot vijf jaar na aanvang van de AOW-gerechtigde leeftijd. De toegang tot het lijfrenteregime wordt hiermee vijf jaar te vroeg afgesloten in onze visie. In V&A 17-019 is daarentegen opgenomen dat bij uitstel van ouderdompensioen tot voorbij de AOW-gerechtigde leeftijd, gevolgd door omzetting naar een ODV – uiteraard wel voor 31 december 2019 – de 20-jaarsperiode wordt gekort met de jaren die al zijn verstreken.

Bijkomend nadeel is dat de dga wordt gedwongen om de vennootschap in de lucht te houden, als de toegang tot het lijfrenteregime vroegtijdig wordt geblokkeerd, zeker als er nadien pas liquiditeiten vrijkomen, bijvoorbeeld na verkoop van de onderneming of (vaste) activa. De ratio ontgaat ons dus. De ODV heeft in onze optiek namelijk meer kenmerken van een bancaire lijfrente in eigen beheer dan van een pensioenvoorziening. Beschouw de bancaire lijfrente dan als een geruisloze voortzetting van de ODV.

Met de ODV beoogt Wiebes een eenvoudige, robuuste oplossing als aantrekkelijk alternatief voor de situatie waarin afkoop niet mogelijk, of premievrij voortzetten van het pensioen niet wenselijk is. Dat is min of meer gelukt voor de voor de hand liggende gevallen. Maar het past niet in de laatste scenario's die ook gaan voorkomen in de praktijk.

■ NOG MEER FISCALE ISSUES

De hiervoor besproken V&A's schetsen vooral beperkingen in de toepassing van de nieuwe instrumenten. Maar er zijn natuurlijk nog meer fiscale issues die mogelijk anderszins spelen bij een zorgvuldige afwikkeling van het pensioendossier. Hieronder gaan we in op enkele vragen die wij hierover al hebben gehad.

Vennootschap met meerdere dga's die pensioen in eigen beheer opbouwen

In de praktijk komt het nog wel voor dat er binnen een vennootschap meerdere dga's werkzaam zijn. Dat kunnen familieleden zijn of aandeelhouders die niet familierechtelijk gelieerd zijn. Ze bouwen allen in dezelfde vennootschap pensioen in eigen beheer op. Ter voorkoming van schenkbelasting is het dan wel van belang dat ze met zijn allen een gecoördineerde keuze maken. Als iedereen immers een eigen keuze maakt, komt een waardestijging als gevolg van het gedeeltelijk prijsgeven door een van de dga's ten goede aan alle anderen. Het gevolg is een aanslag schenkbelasting als de inspecteur daadwerkelijk een bevoorordingsbedoeling vaststelt.

De netto afkoopsom, uitkeren of schuldig blijven

Na afkoop resteert een netto afkoopsom. De dga en de vennootschap hebben de keuze om deze uit te betalen aan de dga of schuldig te blijven. Een keuze die zal worden ingegeven door de beschikbare liquiditeiten en fiscale motieven. Een nadeel van het schuldig blijven aan de dga is dat de zakelijke rente die de vennootschap via de terbeschikkingstellingsregeling (tbs-regeling) aan de dga vergoedt, in box 1, dus progressief wordt belast.¹⁴ Dit is zeker een nadeel voor de dga die nog een loon uit de vennootschap geniet; de rente wordt dan al gauw tegen 52% belast. Dit terwijl de gecumuleerde aftrek in de vennootschap (Vpb- en ab-heffing) ten minste 40% bedraagt. Wanneer daarentegen het pensioen van de dga reeds ingegaan is, zal de marginale belastingdruk fors lager kunnen zijn als er alleen maar sprake is van een AOW-uitkering. De zakelijke rente is dan nog steeds belast in box 1, maar tegen een lager marginaal tarief dan 52%.

Bij afkoop is middelingsregeling interessant voor gepensioneerde dga

Zoals gezegd ondervindt de gemiddelde gepensioneerde dga wellicht geen nadeel van de tbs-regeling als hij kiest voor afkoop. Wanneer hij alleen een AOW-uitkering heeft, kan ook de middelingsregeling gunstig uitpakken. In het jaar van afkoop heeft hij immers een torenhoog, maar in de jaren daarna een zeer laag box 1-inkomen. Hij kan dan in de twee jaren na afkoop de belastingschijven nog laten vollopen, om daarna met behulp van de middelingsregeling de 52%-heffing over het belaste gedeelte van de afkoopsom deels terug te halen.

De partnercompensatie

Een heikel punt: de partnercompensatie. Temeer omdat het lastig is, zo niet onmogelijk, om uit te maken of de partner zichzelf benadeelt als hij, door in te stemmen met een uitfaseringskeuze, het uitzicht verliest op een voorwaardelijk recht dat hij meent te kunnen ontleen aan de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding. Hij kan ook voordeel hebben van zijn instemming. Dit hangt nauw samen met de inhoud van de huwelijkse voorwaarden en overige vermogensbestanddelen, testamentaire afspraken en de eigen inkomens- en pensioensituatie.¹⁵ Van belang daarbij is natuurlijk ook de stabiliteit van het huwelijk. Dat kan zomaar hét arbitrage-instrument blijken te zijn. Onze ervaring tot nu toe is dat dit maatwerk is. We stellen voor om daarbij vooraf duidelijke randvoorwaarden te schetsen en die ook op te nemen in een onderhandse of notariële akte. Die randvoorwaarden zijn:

1. *relationele solidariteit als vertrekpunt*. Het huwelijk wordt niet ontbonden, slechts de fiscale pensioenopbouw wordt beëindigd. Relativeer dus het belang van de WVPS. Het inkomen van de dga bepaalt meestal voor een groot deel het gezinsinkomen. En het daarvan afgeleide pensioen is de inkomensvervangende uitkering als de dga is gestopt met werken. Zonder aanvullende maatregelen leiden de keuzes die de dga nu heeft, tot een inkomensterugval van het gezamenlijk pensioeninkomen of, bij overlijden van de dga, van de achterblijvende partner. Het maakt beide echtelieden hopelijk bewuster van de consequenties;
2. *evenwichtige belangenafweging*. De afspraken mogen er ook niet toe leiden dat de dga of de partner later gedwongen wordt om in een slecht huwelijk te blijven zitten. Maar ook de continuïteit van de vennootschap mag niet in gevaar komen. Afspraken moeten daarom zo veel mogelijk in de privé-sfeer worden gemaakt;
3. *geen directe afrekening op omzettingmoment verplicht*;
4. *robuuste regeling af te stemmen op het huwelijks-goederenregime*. Partners hebben met hun volle verstand huwelijkse voorwaarden opgesteld. Pas deze ook toe bij dit lastige thema;
5. *meewegen van (onder)dekking*. Jurisprudentie bij echtscheiding gaat immers uit van de postrelationele solidariteit waarin de onderdekking voor re-

- kening van beide ex-partners komt;
6. *intuïtief (genoeg) om te kunnen uitleggen*.

Op grond van de wetshistorie van de Pensioen- en spaarfondsenwet en, nadien, de Pensioenwet hebben wij geconcludeerd dat de wetgever er niet voor heeft gekozen om de rechtszekerheid van de partner te verbeteren door een notariële akte aan de instemmings-eis te koppelen.¹⁶ Ons inziens lijkt een notariële akte zeker vereist als de afspraken zouden gaan indruisen tegen de huidige huwelijkse voorwaarden.

CONCLUSIE

Het pensioen van de dga is sinds de invoering van de Pensioenwet, in 2007, afkoopbaar. Toentertijd heeft de wetgever ook geen instemmingsvereiste, al dan niet gecombineerd met een partnercompensatie, ingevoerd om de partner te beschermen. Sterker nog, de draconische belastingheffing over de afkoopsom tot 1 april 2017 is een behoorlijke benadeling van de partner, in tegenstelling tot de fiscaalvriendelijke behandeling die de afkoopsom nu krijgt. Ook het wettelijke uitruilrecht van het partnerpensioen in een hoger ouderdomspensioen is nooit gekoppeld aan een discussie over vermeende schenkingsaspecten. Heeft de wetgever al die jaren liggen slapen of worden er nu ten onrechte drempels opgeworpen?

In dit artikel hebben we vooral stilgestaan bij een aantal relevante V&A's van de Belastingdienst. Daarnaast hebben we ook enkele vragen behandeld die onze praktijk al hebben bereikt. Het is opvallend dat, hoewel de publieke toon van de politiek in dit dossier vooral sturend was op het snel uitfaseren, zonder al te veel hobbels en met fiscale douceurtjes, de Belastingdienst met sommige V&A's op de rem gaat staan.

De totstandkoming van deze wet is een schoolvoorbeeld van hoe de overheid niet moet omgaan met een pensioenherziening. Het is te hopen dat staatssecretaris Wiebes dit draaiboek als leermoment heeft overhandigd aan zijn opvolgers die de grote herziening van ons pensioenstelsel in de komende kabinetsperiode zullen moeten gaan initiëren. Dat gaat over de belangen van fors meer pensioenconsumenten dan de 150.000 dga's die door de uitfaseringswetgeving worden geraakt. Het is maar de vraag of Wiebes zijn eigen doelstelling van een eenmalige opbrengst van 2,1 miljard euro in 2017 gaat realiseren. Tot nu toe zijn de signalen uit onze adviespraktijk niet gunstig. ●

13 De letterlijke tekst van art. 38p, lid 1 en 2 lijkt de in dit V&A aangehaalde memorie van toelichting tegen te spreken.

14 Art. 3.92 Wet IB 2001.

15 Opvallend in alle huwelijkse voorwaarden die we in onze uitfaseringsgesprekken krijgen te zien, is dat expliciet is opgenomen dat de WVPS niet is uitgesloten. Een overbodige bepaling dus, want de wet is van toepassing, tenzij expliciet uitgesloten.

16 Specialisten in notarieel recht werpen echter op dat art. 1:115 BW prevaleert boven de geschetste rechtszekerheid.

PENSIOENLEEFTIJD WERKNEMERS IN 2016 NIET GESTEGEN

Voor het eerst in tien jaar is de gemiddelde leeftijd waarop werknemers met pensioen gaan niet gestegen. In 2016 was de pensioenleeftijd 64 jaar en 5 maanden, net als in 2015. Dat blijkt uit nieuwe cijfers van het CBS. Begin deze eeuw lag de gemiddelde pensioenleeftijd rond 61 jaar. In 2007 begon die leeftijd te stijgen, onder invloed van regelgeving en

wetswijzigingen die als doel hadden te bevorderen dat werknemers langer doorwerken. Het percentage werknemers die voor hun 65e met pensioen gaan, is sindsdien gehalveerd. Ook de stelselmatige verhogingen van de AOW-leeftijd vanaf 1 januari 2013 hebben de pensioenuitstroom beïnvloed.

VERBOND EN PENSIOENFEDERATIE: RESPECTEER LANGJARIG FISCAAL KADER

Het Verbond van Verzekeraars en de Pensioenfederatie hebben in een gezamenlijk paper betoogd dat:

- de pensioenhoogte op peil moet blijven;
- de piketpaaltjes voor adequate pensioenopbouw niet elke formatieperiode (kabinetsperiode) kunnen worden verzet;
- de pensioenhervormingen een goede start moeten krijgen.

Verdere aftopping van de pensioenopbouw raakt al snel 20% of meer van de beroepsbevolking en is onverenigbaar met het voorkomen van inkomenssterfval bij pensionering. De koepels roepen daarom gezamenlijk op om het langjarig fiscale kader te respecteren.

KLIJNSMA: BANKSPAREN VOLDOET NIET AAN EIS VAN LEVENSLANGE UITKERING

Staatssecretaris Klijnsma van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ziet geen heil in de mogelijkheid van banksparen in de tweede pijler. Dit heeft ze de Tweede Kamer laten weten naar aanleiding van een motie van Kamerlid De Vries (VVD) om te onderzoeken in hoeverre banksparen kan bijdragen aan een beter pensioenresultaat. De afwijzing heeft te ma-

ken met de eis van een levenslange uitkering; die eis is stevig verankerd in de Pensioenwet en daar wil Klijnsma niet aan tornen. Bij banksparen is geen sprake van een levenslange uitkering en daardoor moet dit altijd samengaan met een aanvullende levensverzekering. Voor zo'n verzekering is echter geen enkele commerciële partij te porren.

POSITIEVE EVALUATIE CONVENANT OVER DEKKING ARBEIDSONGESCHIKTHEIDSPENSIOEN

Op 13 januari 2013 ondertekenden de Pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars een convenant over de dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling in pensioenregelingen. Dit convenant beoogt te voorkomen dat een werknemer die ziek of (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt is, de inkomensbescher-

ming op grond van de pensioenregeling verliest als hij naar een andere werkgever overstapt. De Pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars hebben dit convenant nu geëvalueerd en beoordelen de werking en het effect ervan als positief. Ze hebben dan ook voorgesteld om het ongewijzigd voort te zetten.

Nog een laatste bericht over uitfasering PEB

Vlak voor dit nummer naar de drukker ging, heeft de Belastingdienst het door Borremans en Beishuizen becommentarieerde V&A 17-023 aangepast. Met name de kritiek in de pers op de uitbreiding van het informatieformulier ten aanzien van het uitvragen van de wev op de vier genoemde tijdstippen blijkt men ter harte te hebben genomen. De Belastingdienst stelt nu: 'De in eigen beheer verzekerde pensioenaanspraak kan dan ook zonder het verstrekken van de op het informatieformulier gevraagde commerciële waarden met toepassing van de faciliteiten van artikel 38n, tweede lid, Wet LB worden afgekocht of omgezet in een ODV. Het niet

voldoen aan de informatieverplichting van artikel 47 Awr kan echter uiteindelijk wel leiden tot andere (cursivering *JB/CB*) sancties (bijvoorbeeld omkering of verzwaring van de bewijslast).' Uit dit gecorrigeerde antwoord blijkt wel dat de Belastingdienst de feiten toch zodanig wil interpreteren – of ten minste zijn positie wil veiligstellen – dat hij uiteindelijk, linksom of rechtsom, een (naheffings)aanslag loonbelasting of andere sanctie kan opleggen. Dit is de weerbarstige realiteit van de uitvoering van een wet die de politiek in het leven heeft geroepen om op een eenvoudige wijze van de pensioenklem, euh... dividendklem, af te komen.