

VOORWOORD

Vanaf eind 2012 is er intensief gediscussieerd over de toekomst van het pensioen in eigen beheer. Directeur-groootaandeelhouders (DGA's) hadden decennia lang de mogelijkheid om, anders dan bij werknemers, het pensioen op te bouwen binnen de eigen onderneming. Dit pensioen in eigen beheer was telkens weer voer voor discussie.

Eind 2012 heeft de Staatssecretaris van Financiën in de Eerste Kamer toegezegd te gaan kijken naar de problemen met het pensioen in eigen beheer. Diverse brieven zijn in dat kader verschenen met telkens nieuwe inzichten.

Uiteindelijk is er met Prinsjesdag 2016 een wetsvoorstel ingediend. Op 7 maart 2017 heeft de Eerste Kamer voor dit wetsvoorstel gestemd. De wet is op 1 april 2017 ingegaan en kort en goed houdt dit in dat vanaf 1 juli 2017 verdere pensioenopbouw in eigen beheer niet meer mogelijk zal zijn.

Tegelijkertijd zal de DGA ook een beslissing moeten nemen over het reeds opgebouwde pensioen in eigen beheer. De Wet Uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen biedt hiertoe diverse mogelijkheden.

In dit boek ga ik in op het DGA-pensioen en in het bijzonder de zogenoemde uitfasering hiervan. De historie wordt geschetst en de nieuwe wetgeving wordt besproken.

Dit boek is geschreven begin 2017 en de wetgeving en vragen en antwoorden tot en met 20 april 2017 zijn verwerkt.

mr. dr. G.M.C.M. Staats¹

Tilburg, mei 2017

¹ Mr. dr. G.M.C.M. Staats is werkzaam bij Bureau Vaktechniek van BDO Belastingadviseurs en universitair docent aan het Fiscaal Instituut van de Universiteit van Tilburg.

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1.1 De bijzondere positie van pensioen in eigen beheer / 1
- 1.2 Korte historie pensioen eigen beheer / 1
- 1.3 Toezegging Staatssecretaris van Financiën / 2

HOOFDSTUK 2

Waarom uitfasering pensioen in eigen beheer? / 3

- 2.1 Inleiding / 3
- 2.2 Studiecommissie Belastingstelsel en Vereniging voor Belastingwetenschap / 3
- 2.3 Visie Staatssecretaris van Financiën / 4
- 2.4 Ten slotte / 5

HOOFDSTUK 3

Inhoud van de wet / 7

- 3.1 Inleiding / 7
- 3.2 Keuzemogelijkheden / 7
 - 3.2.1 Afkoopmogelijkheid / 8
 - 3.2.2 Oudedagsverplichting / 10
 - 3.2.3 Handhaven pensioen in eigen beheer / 12
- 3.3 Ingegane pensioenen / 13

HOOFDSTUK 4

Extern verzekerd pensioen / 17

- 4.1 Inleiding / 17
- 4.2 Eén geheel maar fiscaal twee delen / 17
- 4.3 Coulangeperiode tot 1 juli 2017 / 18
- 4.4 Extern verzekerd deel en korting bij afkoop / 18
- 4.5 Overwegingen bij terughalen extern verzekerd deel / 19
- 4.6 Door laten lopen externe verzekering / 19
- 4.7 Wft en extern verzekerde pensioenen / 20

HOOFDSTUK 5

De positie van de partner / 23

- 5.1 Inleiding / 23
- 5.2 Toestemming partner nodig / 23
- 5.3 Moet notaris worden ingeschakeld? / 24
- 5.4 Zorgplicht adviseur / 25
- 5.5 Compensatie / 26
- 5.5.1 Algehele gemeenschap van goederen / 27
- 5.5.2 Huwelijksvoorwaarden / 28

HOOFDSTUK 6

Extern eigen beheer en de gevolgen van de novelle / 33

- 6.1 Inleiding / 33
- 6.2 Extern eigen beheer (of pensioen in eigen beheer na waardeoverdracht) / 33
- 6.3 Novelle / 35
- 6.3.1 Gevolgen na de novelle / 36

HOOFDSTUK 7

Enkele andere aspecten / 39

- 7.1 Inleiding / 39
- 7.2 Schenkingsaspecten bij derde-aandeelhouders / 39
- 7.3 Gebruikelijk loon / 41
- 7.4 Internationaal / 41
- 7.4.1 Conserverende aanslag / 41
- 7.4.2 Afkoop / 42
- 7.4.3 Omzetting en afkoop ODV / 43
- 7.4.4 Kwalificatie ODV / 43
- 7.5 Afsluitende opmerkingen / 44
- 7.6 Informatieverplichting / 45

HOOFDSTUK 8

Toekomst DGA-pensioen / 47

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 De bijzondere positie van pensioen in eigen beheer

De ondernemer neemt al decennia lang een bijzondere positie in het pensioenlandschap in. Hierbij is ook regelmatig gediscussieerd over de positie van de ondernemer in dit kader. Voor de IB-ondernemer bestaat de zogenoemde (fiscale) oudedagsreserve van art. 3.67 Wet IB 2001. De directeur-groootaandeelhouder (DGA) had tot 1 april 2017 de mogelijkheid zijn pensioen binnen zijn eigen onderneming onder te brengen. Hij viel en valt namelijk niet onder de werking van de Pensioenwet.¹

Voor alle overige werknemers geldt dat aan hen toegezegde aanspraken buiten de risicosfeer van de onderneming moeten worden gebracht. Door het ontbreken van een dergelijke externe verzekeringsplicht voor het DGA-pensioen werd een tweeledig doel gediend. Enerzijds kon een oudedagsvoorziening worden gevormd en anderzijds kon de onderneming van de veelal gelieerde rechtspersonen worden gefinancierd.

1.2 Korte historie pensioen eigen beheer

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever bewust gekozen heeft voor dit tweeledige doel. Onder meer bij de invoering van de Wet Brede Herwaardering II werd overwogen dat het eigen beheer niet zou worden beëindigd, omdat er een maatschappelijke behoefte is voor de financiering van de onderneming van de werkgever. En omdat er zowel risico's aan de zijde van de pensioengerechtigde liggen als gevolg van het ondernemersrisico als aan de zijde van de fiscus in verband met de fiscale claim op de pensioenaanspraak is er sprake van een evenwichtige verdeling van de risico's met betrekking tot de pensioenaanspraak.² In juridische zin zijn DGA's weliswaar werknemers, maar maatschappelijk worden zij meer als ondernemer of (mede-)eigenaar van de onderneming beschouwd. Ook werd de parallel met zelfstandig ondernemers getrokken in die zin, dat ook DGA's behoefte hebben aan een reserve in eigen beheer en niet de waarborging behoeven van een buiten de onderneming bij een verzekeraar of pensioenfonds ondergebrachte oudedagsvoorziening. Door op deze wijze pensioenopbouw toe te staan wordt geen beslag gelegd op de liquiditeitspositie van de onderneming. Hierbij is geconstateerd dat als nadeel geldt dat de pensioenaanspraken nauw verbonden zijn met het lot van de onderneming.³ Ook hier werd verwezen naar de mogelijkheid van de (fiscale) oudedagsreserve van de zelfstandig ondernemer.⁴

1 Zie art. 1 PW.

2 *Kamerstukken II 1994/95, 23046, nr. 3, p. 3.*

3 *Kamerstukken II 1978/79, 15539, nr. 6, p. 7 e.v.*

4 *Kamerstukken II 1992/93, 23046, nr. 3, p. 3.*

1.3 Toezegging Staatssecretaris van Financiën

Eind 2012 zegde de Staatssecretaris van Financiën toe om naar de verschillen tussen de zogenoemde fiscale en commerciële waardering bij het pensioen en eigen beheer te kijken, omdat dit in de praktijk tot problemen leidde. Hij zou bezien of het mogelijk was om het verschil tussen de fiscale en commerciële waardering van het pensioen in eigen beheer te verkleinen.⁵ Uitdrukkelijk was hierbij het uitgangspunt vooral vereenvoudiging, maar het moest mogelijk blijven dat de ingelegde gelden voor de pensioenregeling van de DGA beschikbaar bleven voor de onderneming.⁶ Daarna zijn diverse brieven, Kamervragen en –antwoorden verschenen.⁷

Uiteindelijk is op 1 juli 2016 een brief verschenen waarin een wetsvoorstel werd aangekondigd.⁸ Dit wetsvoorstel is gepubliceerd op Prinsjesdag 2016 en de beoogde ingangsdatum was 1 januari 2017.⁹ Uiteindelijk is de wet per 1 april 2017 ingevoerd.

In dit boek wordt deze wetswijziging besproken. In het volgende hoofdstuk wordt allereerst ingegaan op het fundament van het wetsvoorstel. Wat zijn de redenen voor de Staatssecretaris van Financiën om het pensioen in eigen beheer af te schaffen? In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de wetswijziging, waarbij de diverse onderdelen worden beschreven. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op het extern verzekerde pensioen van de DGA en in hoofdstuk 5 komt de veelbesproken discussie rondom de partner aan bod. Hoofdstuk 6 behandelt de gevolgen van de novelle en ten slotte komen in hoofdstuk 7 enkele bijzondere onderwerpen, waaronder de schenkingsaspecten, aan de orde. Hoofdstuk 8 geeft een korte beschouwing op de toekomst van het pensioen van de DGA.

5 *Handelingen* 2012/13, nr. 12, *Kamerstukken* 33402, 17-12-2012, p. 97.

6 *Kamerstukken II* 2013/14, 33752, nr. 75, p. 6.

7 *Kamerstukken II* 2013/14, 33752, nr. 75, brief van 6 december 2013, kenmerk DB/2013/576, brief van 2 juni 2014, kenmerk DB/2014/208M, *Kamerstukken II* 2013/14, 33752, nr. 94, brief van 5 december 2014, kenmerk DB2014-503, Kamerbrief Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, kenmerk: DB/2015/106 U, 1 juli 2015, Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer; oudedagssparen in eigen beheer of uitfaseren van pensioen in eigen beheer?, kenmerk DB/2015/454U en ten slotte de brief van 1 juli 2016, kenmerk 2016-000009224.

8 Brief van 1 juli 2016, kenmerk 2016-000009224.

9 *Kamerstukken II* 2016/17, 34555, Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen.

HOOFDSTUK 2

Waarom uitfasering pensioen in eigen beheer?

2.1 Inleiding

Allereerst is de vraag waarom het pensioen in eigen beheer is afgeschaft. Het was namelijk decennia lang een onderdeel van de Nederlandse pensioenwetgeving. Hoewel het, zoals hiervoor aangegeven, al eerder ter discussie stond, is er telkens voor gekozen om het pensioen in eigen beheer te handhaven. Toch heeft de wetgever nu uiteindelijk gekozen voor een volledige afschaffing.¹ Hierbij wordt door de staatssecretaris ook verwezen naar de rapport van de Studiecommissie Belastingstelsel² en de Vereniging voor Belastingwetenschap.³

2.2 Studiecommissie Belastingstelsel en Vereniging voor Belastingwetenschap

In haar rapport gaat de Studiecommissie Belastingstelsel (naar haar voorzitter de Commissie Van Weeghel genoemd) in het bijzonder in op de oudedagsreserve voor (IB-)ondernemers (art. 3.67 e.v. Wet IB 2001). Uit diverse onderzoeken blijkt dat deze oudedagsreserve niet voldoet aan de verzorgingsdoelstelling volgens de Commissie. Veelal wordt de oudedagsreserve gebruikt voor belastinguitstel en niet voor een oudedagsvoorzieningen. Hierbij verwijst de Commissie naar de dissertatie van E. Poelmann die is nagegaan hoe de afwikkeling van de oudedagsreserve in de periode 1994-2000 is verlopen.⁴ De oudedagsreserve is op grond van die bevindingen, die overigens op een ander stelsel zagen dan het huidige stelsel⁵ dan ook geen werkelijke oudedagsvoorziening. Daarnaast concludeert de Commissie dat IB-ondernemers via de stakingslijfrente (art. 3.129 Wet IB 2001) al een mogelijkheid hebben om te voorzien in een oudedagsvoorziening. Tevens heeft de Commissie bezwaren tegen

1 Brief Staatssecretaris van Financiën, Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer: oudedagssparen in eigen beheer of uitfaseren van pensioen in eigen beheer?, 17 december 2015, kenmerk DB/2015/454U.

2 Studiecommissie Belastingstelsel, Continuïteit en vernieuwing: een visie op het belastingstelsel, p. 80/81.

3 Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap (nr. 242), Fiscale behandeling van oudedagsvoorzieningen, p. 14.

4 E. Poelmann, *Enige fiscale aspecten van de oudedagsreserve* (diss. UvA), Hilversum 2009. Hieruit blijkt dat in nauwelijks 3% van de afnamen van de oudedagsreserve (nauwelijks 10% van het totale bedrag van de oudedagsreserve) een oudedagslijfrente werd gekocht.

5 Toentertijd stond de oudedagsreserve namelijk niet op de balans, waardoor veel ondernemers niet beseften dat uit dien hoofde nog een verplichting bestond. Sinds de invoering van de Wet IB 2001 staat de oudedagsreserve echter uitdrukkelijk wel op de fiscale balans en is de ondernemer daardoor naar men mag aannemen uitdrukkelijk op de hoogte van het bestaan van deze verplichting. Het is de vraag of door dit fundamentele verschil de uitkomsten van het proefschrift van Poelmann nog indicatief zijn voor de huidige situatie.

het feit dat het vermogen in de onderneming blijft, met alle risico's van dien. Mede gezien de complexiteit van de regelgeving concludeert de Commissie dan ook tot afschaffing van de oudedagsreserve. Ook het pensioen in eigen beheer wordt door de Commissie als complex beschouwd. En vervolgens concludeert de Commissie dat het pensioen in eigen beheer overbodig is geworden, *“doordat het gecombineerde IB/VPB-tarief lager is dan het IB-tarief in de vierde schijf, waardoor het in privé opbouwen van een oudedagsvoorziening in dergelijke gevallen fiscaal aantrekkelijker is dan opbouw via de eigen BV”*. Ook het pensioen in eigen beheer zou daarom moeten worden afgeschaft.

In haar rapport concludeert de Vereniging voor Belastingwetenschap dat de oudedagsreserve en de pensioenopbouw in eigen beheer onvoldoende waarborgen bieden dat deze te zijner tijd daadwerkelijk tot een oudedagsvoorziening leiden. Volgens het rapport streeft de wetgever met deze regelingen twee doelen na die met elkaar op gespannen voet staan: de opbouw van een oudedagsvoorziening en de financiering van de eigen onderneming. Daarom is men voorstander van het afschaffen van de oudedagsreserve en van het pensioen in eigen beheer.

2.3 Visie Staatssecretaris van Financiën

Volgens de staatssecretaris waren er goede redenen om het pensioen in eigen beheer af te schaffen.⁶ Ook hij verwees naar de mindere fiscale aantrekkelijkheid. Dit werd voornamelijk veroorzaakt door het gestaag dalende tarief van de vennootschapsbelasting. In het verleden was dit tarief 48%, maar mede door internationale druk is dit tarief verlaagd naar 20-25%. Ook noemde de staatssecretaris de mindere fiscale aantrekkelijkheid voor de erfbelasting. Denk hierbij vooral aan art. 13a SW 1956. Voorts verwees hij naar de problemen van het verschil tussen de fiscale en de commerciële waardering.

Vooraf de lage rekenrente speelde hierbij een rol. De wetgever schreef voor dat in een situatie van het pensioen in eigen beheer gerekend moet worden met een rekenrente van 4%. Dit was al vijftien jaar een te hoge rente vergeleken met de marktrente. Als de wetgever de rekenrente gelijk had laten oplopen met de marktrente, was het verschil tussen de fiscale en werkelijke waarde minder groot geweest.

Ook blijken, volgens de staatssecretaris, veel BV's onvoldoende middelen te bezitten om uiteindelijk het pensioen volledig uit te kunnen keren. Daarnaast waren administratieve redenen een reden voor de staatssecretaris om het pensioen in eigen beheer af te schaffen. Ieder jaar zou de DGA een deskundige moeten inschakelen om het pensioen in eigen beheer te berekenen en dit leidt tot aanzienlijke kosten volgens de staatssecretaris.

Voorts verwees de staatssecretaris naar de bevindingen van Werkgroep Ondernemerspensioen van Tilburg University, waarbij hij refereerde naar het feit, dat uit interviews met adviseurs blijkt dat in veel gevallen de (verdere) opbouw van het pensioen in eigen beheer door adviseurs wordt ontraden.⁷ Hierbij moet echter worden aangetekend dat de redenen hiervoor de financiële crisis, de complexiteit van de regelgeving, de fiscale

⁶ Kamerstukken II 2016/17, 34555, nr. 3, p. 3 e.v.

⁷ Zie het interim-rapport van de Werkgroep Ondernemerspensioen van Tilburg University, Het Ondernemerspensioen; Een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013, p. 9, https://www.tilburguniversity.edu/upload/a374930c-0aa2-4688-8262-3a4c2c3e8652_140222%20rapport%20Commissie%20Ondernemingspensioen_compleet.pdf.

redenen (denk aan de verlaging van het Vpb-tarief) en het verschil tussen de commerciële en fiscale waardering waren.⁸

Omdat het pensioen in eigen beheer aan aantrekkelijkheid verloor en de BV als 'spaarpotje' daardoor een reëel alternatief wordt, leek de uitfasering van het pensioen in eigen beheer logisch, aldus de staatssecretaris.

Het leidt tot vereenvoudiging en de DGA wordt flexibeler in het ondernemen, betoogde de staatssecretaris in zijn brief. Ook komt er een einde aan de conflicterende belangen tussen het opbouwen van een oudedagsvoorziening enerzijds en de financieringsbehoefte van de onderneming anderzijds.

2.4 Ten slotte

Hoewel de argumenten om het pensioen in eigen beheer af te schaffen ook gelden voor de oudedagsreserve voor (IB-)ondernemers, is deze oudedagsreserve nu juist niet afgeschaft. De staatssecretaris wilde het onderwerp (de oplossingsrichting voor pensioen in eigen beheer) even niet verbreden, maar er moet wel goede nota genomen worden van het feit dat het hierna niet klaar is. Hij wilde echter eerst de discussie over het pensioen in eigen beheer voeren.⁹

In het volgende hoofdstuk ga ik in op de inhoud van de wetswijziging die per 1 april 2017 in werking is getreden.

⁸ G.M.C.M. Staats, 'Het ondernemerspensioen: wat vindt de adviseur?', *PM* 2015/4.

⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34555, nr. 5, p. 30.

HOOFDSTUK 3

Inhoud van de wet

3.1 Inleiding

Gedurende het vier jaar durende proces heeft de staatssecretaris enkele malen aangegeven wat het kader was bij de herziening van het pensioen in eigen beheer. Hierbij gaf hij aan dat er eigenlijk maar één uitgangspunt is: een aanpassing van de regeling voor pensioen in eigen beheer is alleen zinvol als de regelgeving structureel eenvoudiger en begrijpelijker wordt voor zowel de DGA als de Belastingdienst. De staatssecretaris wilde af van de ingewikkelde verschillen tussen de fiscale en civiele waarderingsregels bij het eigen beheer. Volgens de staatssecretaris gold hierbij wel een aantal randvoorwaarden. In de eerste plaats was het van belang dat de door de DGA ingelegde middelen beschikbaar konden blijven voor (de financiering van) de eigen onderneming en verder moest het mogelijk blijven dat iets geregeld kan worden voor de (potentiële) nabestaanden. Ten slotte moest een aanpassing budgettair haalbaar zijn.¹ In de brief van december 2015 wijzigde hij echter zijn visie fundamenteel. In deze brief schreef hij namelijk dat het volledig uitfaseren van het pensioen in eigen beheer – dus afschaffen zonder er een ander systeem voor in de plaats te zetten – wat betreft de wet- en regelgeving tot een verdere vereenvoudiging dan het eerder voorgestelde oudedagssparen in eigen beheer (OSEB) zou leiden. En dit pad is daarna verder bewandeld.

3.2 Keuzemogelijkheden

Naast de afschaffing van het pensioen in eigen beheer per 1 april 2017 is in de wet opgenomen dat de DGA drie keuzes heeft met betrekking tot de bestaande pensioenaanspraken in eigen beheer. De bestaande pensioenaanspraken kunnen:

1. worden afgekocht (art. 38o Wet LB 1964);
2. worden omgezet in de zogenoemde oudedagsverplichting (ODV) (art. 38p Wet LB 1964);
3. premievrij worden voortgezet in de eigen onderneming (art. 38n lid 1 Wet LB 1964).

Maar welke keuze ook wordt gemaakt, vanaf 1 april 2017 – met de coulanceperiode erbij: 1 juli 2017 (zie par. 3.2.2) – is verdere opbouw van een pensioen in eigen beheer niet meer mogelijk. Hierna worden nader ingegaan op deze drie mogelijkheden.

¹ *Kamerstukken II 2013/14, 33752, nr. 94.*

3.2.1 Afkoopmogelijkheid

In zijn brief van eind 2015 stelde de staatssecretaris eerst nog voor om slechts 80% van de fiscale waarde van het pensioen in eigen beheer te belasten bij een afkoop. Het zal niet geheel toevallig zijn, dat dit hetzelfde percentage is dat in eerdere jaren werd gehanteerd bij loonstamrechten² en vervroegde uitkering uit de levensloopregeling.³ Maar om de afkoopregeling bij het pensioen in eigen beheer nog aantrekkelijker te maken is de 20% korting in het wetsvoorstel verhoogd naar 34,5% voor afkoop in 2017 (25% in 2018 en 19,5% bij afkoop in 2019). Hieruit blijkt ook de prikkel die de wetgever wenst te geven voor een afkoop in 2017.

Overigens was een afkoopmogelijkheid niet nodig om de knelpunten die verbonden waren aan het eigen beheer weg te nemen. De omzetting in de hierna te bespreken ODV lost deze problemen ook op.⁴ De motivering die door de staatssecretaris wordt gegeven is dat afkoop leidt tot een vereenvoudiging. Deze vereenvoudiging (zowel voor DGA als Belastingdienst) en het wegnemen van de knelpunten verbonden aan het pensioen in eigen beheer worden volgens de staatssecretaris pas gerealiseerd als zoveel mogelijk DGA's op zo kort mogelijke termijn daadwerkelijk afscheid nemen van het pensioen in eigen beheer. Om dat te bewerkstelligen is het volgens de staatssecretaris noodzakelijk om een afkoop van de pensioenaanspraken voor de DGA aantrekkelijk te maken en daarom is voorzien in een fiscaal gefaciliteerde afkoop.⁵

Bij de afkoop geldt dat niet over de waarde in het economisch verkeer van het pensioen moet worden afgerekend, maar over de fiscale waarde. Dit was overigens bij de afkoop van loonstamrechten anders. Hier moest wel degelijk over de werkelijke waarde worden afgerekend. Zeker bij reeds ingegane termijnen bij loonstamrechten is de commerciële waarde hoger dan de fiscale waarde. Het is daarom opmerkelijk dat bij de afkoop van het pensioen in eigen beheer overall de fiscale waarde het uitgangspunt is.

Als een DGA besluit tot het afkopen van de pensioenaanspraak in eigen beheer wordt dus allereerst de waarde in het economisch verkeer prijsgegeven tot het niveau van de fiscale waarde. Deze fiscale waarde (zijnde de waarde zoals de Wet IB 2001 voorschrijft dat de reserve eigen beheer moet worden berekend) is het uitgangspunt voor de afkoop van het pensioen in eigen beheer (art. 38n lid 2 onderdeel a Wet LB 1964). De revisierente van art. 30i AWR is ook niet van toepassing.

Wel was de wetgever beducht voor anticipatie. Omdat het wetsvoorstel geruime tijd op zich liet wachten en feitelijk al in de loop van 2016 was aangekondigd, meende het kabinet dat er een aanzienlijke kans op anticipatie op het wetsvoorstel is geweest. Daarom is niet de fiscale waarde op het moment van afkoop het uitgangspunt voor de korting, maar wordt de korting alleen verleend op de fiscale waarde van het pensioen in eigen

² Stb. 2013/565, art. 39f Wet LB 1964.

³ Stb. 2012/668, art. 39d Wet LB 1964.

⁴ Zie www.taxence.nl/de-wonderbaarlijkste-geschiedenis-van-de.119923.lynkx. Ook E. Heithuis is van mening dat de afkoopvariant beter kan worden afgeschaft. Zie zijn column 'Pensioen in eigen beheer: Staatssecretaris rekent zich (te) rijk en bevoordeelt verkeerde groep' op www.taxlive.nl, 2 november 2016.

⁵ Kamerstukken II 2016/17, 34555, nr. 37.

beheer per 31 december 2015 (art. 38o lid 1 Wet LB 1964). De aangroei van de reserve eigen beheer na die datum kan ook worden afgekocht, maar hierover wordt geen korting verleend. Overigens geldt de afkoopmogelijkheid voor alle DGA's met pensioen in eigen beheer, dus ook voor de DGA's waarbij de BV voldoende vermogen heeft om het pensioen uit te keren. Juist voor deze DGA's/BV's kan afkoop aantrekkelijk zijn.⁶

In de praktijk komt het nogal eens voor dat de hoogte van de reserve eigen beheer niet geheel correct is. Deze incorrecte waardering van het pensioen in eigen beheer heeft geen invloed op de hoogte van de fiscale afkoopwaarde (of omzettingswaarde in een ODV, zie hierna). Hiervoor geldt de waarde zoals deze berekend moet worden op grond van de wet.⁷

Overigens is het niet mogelijk om het pensioen in eigen beheer gedeeltelijk af te kopen. Ook moet voorts bij afkoop rekening gehouden worden met eventuele andere aanspraken in de BV. Denk hierbij aan lijfrente- of stamrechtaanspraken. Is het aanwezige vermogen te laag, dan moet dit evenredig aan alle aanspraken toe worden gekend.⁸ Als het vermogen toch volledig wordt gebruikt voor de afkoop van het pensioen in eigen beheer leidt dit feitelijk ook tot een (fictieve) afkoop van de overige aanspraken in de BV. Dat betekent dat voor het niet aan het pensioen toerekenbare deel dan niet de afkoopkorting geldt en in het algemeen wel revisierente is verschuldigd. Loonstamrechten (goudenhanddrukstamrechten) kunnen bij afkoop evenmin profiteren van de voordelen van de pensioenafkoop.

Afkoop is ook mogelijk als het vermogen van de BV ontoereikend is om de gehele afkoopwaarde aan de DGA uit te keren.⁹ Dit is alleen anders als de BV onvoldoende vermogen heeft om de verschuldigde loonbelasting af te dragen. Voor zover de BV de afkoopwaarde niet aan de DGA uit kan keren, ontstaat een TBS-vordering van de DGA. In het aangehaalde Vraag & Antwoord wordt aangegeven, dat dit niet leidt tot een afwaardering in box 1, maar zal leiden tot een verhoging van de verkrijgingsprijs voor het aanmerkelijk belang. Een eventueel verlies uit aanmerkelijk belang kan later nog tegen 25% in box 1 verrekend worden op grond van art. 4.53 Wet IB 2001.

Alleen als art. 38q Wet LB 1964 van toepassing is, verloopt de afkoop iets anders. Art. 38q Wet LB 1964 is van toepassing als in 2016 en begin 2017 een opbouw van pensioen in eigen beheer heeft plaatsgevonden die meer dan 150% hoger is dan de opbouw in 2015. Hierbij mag er van uit worden gegaan dat de hogere opbouw heeft plaatsgevonden met het oog op de fiscale faciliteiten in het kader van het uitfaseren van het pensioen in eigen beheer volgens de wetgever. Vanwege deze vooronderstelde anticipatie kan dit deel van de in 2016 en begin 2017 opgebouwde aanspraak niet fiscaal geruisloos worden prijsgegeven tot de fiscale balanswaarde en vervolgens fiscaal gefaciliteerd worden afgekocht of omgezet in een aanspraak ingevolge een ODV. Voor het bovenmatige deel wordt dan de waarde in het

6 Zie E. Heithuis, 'Staatssecretaris rekent zich (te) rijk en bevoordeelt verkeerde groep', www.taxlive.nl, 2 november 2016.

7 Zie Vraag & Antwoord 17-013 en 17-014 van 1 april 2017, www.belastingdienstpensioensite.nl.

8 Zie Vraag & Antwoord 17-001 van 1 april 2017, www.belastingdienstpensioensite.nl.

9 Zie Vraag & Antwoord 17-004 van 1 april 2017, www.belastingdienstpensioensite.nl.

economische verkeer in aanmerking genomen. Daarnaast is revisierente verschuldigd.¹⁰ Hoe dit moet worden berekend, wordt verduidelijkt in Vraag en Antwoord 17-020.¹¹

Het volgende voorbeeld toont aan hoe een afkoop, waarbij art. 38q Wet LB 1964 niet van toepassing is, verloopt:¹²

<i>fiscale waarde</i>		<i>afkoop</i>	<i>belastbaar bedrag</i>	<i>tegen 52%</i>
31-12-2015	€ 387.000	minus 34,5%	€ 253.485	€ 131.812
01-04-2017	€ 411.000	geen korting over aangroei	€ 24.000	€ 12.480
01-10-2017	€ 422.000	geen korting over aangroei	€ 35.000	€ 18.200

Bij een afkoop op 1 april 2017 is de fiscale waarde € 411.000. Hierover is € 131.812 + € 12.480 = € 144.292 LB/IB verschuldigd. De belastingdruk hierbij is $144.292/411.000 = 35,1\%$.

Bij een afkoop op 1 oktober 2017 is de fiscale waarde € 422.000. Hierover is € 131.812 + € 18.200 = € 150.012 aan belasting verschuldigd. De belastingdruk is dan $150.012/422.000 = 35,5\%$.

Hieruit kan dus worden geconcludeerd dat het tarief in de loop van 2017 iets oploopt. Het gaat weliswaar om tienden van procenten, maar toch maakt het uit of de DGA afkoopt aan het begin of aan het eind van 2017. Anderzijds levert een latere afkoop in 2017 een extra aftrekpost in de vennootschapsbelasting op, daar tot het afkoopmoment de eigenbeheerreserve oploopt en dit ten laste komt van de winst, maar per saldo zal in het algemeen een latere afkoop minder aantrekkelijk zijn. Dit zou kunnen worden voorkomen, door het pensioen in eigen beheer in april 2017 om te zetten in een ODV. De oprenting die daarbij plaatsvindt, is namelijk minder groot (zie par. 3.2.2). Echter, om te kunnen omzetten is de toestemming van de partner nodig en daar zal een goed advies aan vooraf moeten gaan (zie hoofdstuk 5).

Voorts is het de vraag of het door het kabinet geboden tarief van ongeveer 35% wel aantrekkelijk genoeg is. In de toekomst kan het namelijk zo zijn dat de uitkeringen tegen een lager tarief belast zullen zijn. Ook gaat afkoop gepaard met directe belastingbetaling.

3.2.2 Oudedagsverplichting

Als alternatief voor het afkopen van het reeds opgebouwde pensioen in eigen beheer is het ook mogelijk het pensioen in eigen beheer om te zetten in een ODV. De staatssecretaris voorzag dat deze mogelijkheid voornamelijk zal worden gebruikt door degenen van wie de fiscale waarde van het pensioen in eigen beheer onvoldoende gedekt is door het vermogen

¹⁰ Kamerstukken II 2016/17, 34555, nr. 3, p. 40.

¹¹ Vraag & Antwoord 17-020 van 1 april 2017, www.belastingdienstpensioensite.nl.

¹² Dit voorbeeld heb ik ook gebruikt in mijn bijdrage in Pensioen Magazine. G.M.C.M. Staats, 'De kogel is door de kerk: exit pensioen in eigen beheer', *PM* 2016/10.