



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen

Aan de Vaste commissie voor Financiën van de
Eerste Kamer der Staten-Generaal
mevrouw W.A.J.M. van Dooren
Postbus 20017
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 25 november 2016

Betreft: Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten tot uitfasering van het pensioen in eigen beheer en het treffen van enkele fiscale maatregelen inzake oudedagsvoorzieningen (Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen; 34555)

Geachte leden van de Commissie,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennisgenomen van het parlementaire proces ter zake van het Wetsvoorstel uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen (hierna: het Wetsvoorstel).

De Orde is verheugd dat gedurende het parlementaire proces een nadere toelichting en antwoord is gegeven op vragen van Kamerleden en onduidelijkheden in het Wetsvoorstel, maar de Orde constateert dat enkele belangrijke aspecten nog steeds onderbelicht blijven. De Orde ziet met name onduidelijkheden ter zake van de positie van de (ex-)partner van de directeur-grootaandeelhouder (hierna: DGA) en andere situaties waarin compensatie van anderen dan de DGA nodig is. Daarbij speelt niet enkel de vraag of er sprake is van schenking, ook is de vraag wat de inkomstenbelasting en loonheffingsgevolgen zijn in compensatiesituaties. Voorts zijn er nog onduidelijkheden in de sfeer van het deels extern verzekerde pensioen.

Graag vraagt de Orde aandacht voor de volgende voorbeelden waarbij steeds een aantal vragen zijn geformuleerd en verneemt graag de visie van de staatssecretaris hierop. Aan het einde van dit commentaar stellen we nog enkele aanvullende vragen.

1. Compensatie van de partner van de DGA

Bij een afkoop of omzetting naar een oudedagsverplichting (hierna: ODV) moet worden nagedacht over de hoogte van een mogelijke, al dan niet direct te vergoeden, compensatie aan de partner van de DGA. Vast staat namelijk dat er zowel bij afkoop als bij omzetting voor de partner pensioenaanspraken verloren gaan in geval van overlijden van de DGA en/of in geval van

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat. 1

chtscheiding. Echter, de Orde beseft dat een incorrecte berekening van een compensatie direct weer schenkingsgevolgen met zich mee kan brengen. Het is daarom voor belastingplichtigen uitermate belangrijk duidelijkheid te hebben op welke wijze de compensatie moet worden berekend om niet met ongewenste fiscale gevolgen achteraf te worden geconfronteerd. Helaas leveren de gegeven voorbeelden in de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer deze duidelijkheid nog niet. Zonder deze duidelijkheid kunnen belastingplichtigen geen weloverwogen beslissingen nemen.

Het partnerpensioen is in de situatie van afkoop van het pensioen in eigen beheer volledig verdwenen en in geval van omzetting in een ODV aanzienlijk lager dan wanneer het pensioen ongewijzigd zou zijn voortgezet. Bij echtscheiding kan in beide situaties geen beroep meer worden gedaan op de Wet Verevening Pensioenrechten bij Scheiding (hierna: Wet VPS), waarmee de aanspraken voor de partner minder zijn geworden. Het is daarom bijzonder van belang dat de financiële compensatie van de partner de aandacht heeft.

In beide gevallen is er naar de mening van de Orde echter sprake van een voorwaardelijke aanspraak. Het partnerpensioen wordt uitsluitend uitgekeerd in geval van overlijden van de DGA en de aanspraak op ouderdompensioen en bijzonder nabestaandenpensioen ontstaat uitsluitend in geval van echtscheiding. Het is naar de mening van de Orde daarom de vraag of de compensatie direct moet worden verleend.

Bovendien is het de vraag op welke commerciële actuariële uitgangspunten de berekening van de compensatie moet geschieden. Er van uitgaande dat bedoelde gebeurtenissen zich niet nu, maar wellicht ergens in de toekomst mogelijk zullen voordoen, is het de vraag of het reëel is om te rekenen met de huidige commerciële actuariële uitgangspunten.

Naar de mening van de Orde moet de compensatie daarom niet gezocht worden in een directe financiële compensatie aan de partner nu, maar moet deze compensatie zodanig in een overeenkomst worden vastgelegd, dat deze compensatie uitsluitend plaatsvindt als de betreffende gebeurtenis (overlijden van de DGA of echtscheiding) zich voordoet. Kan de staatssecretaris bevestigen dat deze zienswijze juist is?

Hieronder wordt een concreet voorbeeld gegeven en de Orde verzoekt de staatssecretaris zijn visie op de benadering van dit voorbeeld te geven.

Echtscheiding

Per 1 januari 2017 dan wel de datum waarop de afkoop of omzetting in een ODV plaatsvindt, kan vastgesteld worden hoe hoog het ouderdompensioen en bijzonder nabestaandenpensioen is waar de partner recht op zou hebben wanneer er per deze datum sprake zou zijn van een echtscheiding. In een aanvulling op de huwelijkse voorwaarden of onderhandse overeenkomst zou een bepaling opgenomen kunnen worden dat in geval van echtscheiding het pensioen verdeeld zal worden analoog aan de Wet VPS zoals die op de betreffende datum van toepassing was tegen de commerciële voorwaarden op het (latere) moment van de eventuele toekomstige echtscheiding. Tevens moeten dan de opgebouwde pensioenaanspraken worden vastgelegd. Een berekening van compensatie is op het moment van afkoop, dan wel omzetting dan ook niet nodig, maar hoeft pas te worden gemaakt op het moment van echtscheiding. Bij een huwelijk in algehele gemeenschap van goederen kan dit anderszins worden vastgelegd in een soort vaststellingsovereenkomst tussen de DGA en de partner.

Overlijden

De eenvoudigste oplossing in dit kader is naar de mening van de Orde het sluiten van een overlijdensrisicoverzekering dan wel het sluiten van een partnerpensioenpolis bij een verzekeraar om het verlies aan partnerpensioen te compenseren. Civielrechtelijk is dat dan uitsluitend de aanspraak op nabestaandenpensioen naar de stand van 1 januari 2017 of latere datum van afkoop of omzetting in een ODV. Uiteraard is hierbij de gezondheid van de DGA van belang. Bij een slechte gezondheid kan de DGA geen overlijdensrisicoverzekering sluiten.

Cijfervoorbeeld

De DGA (man) is geboren op 10 oktober 1974 en zijn (vrouwelijke) partner op 22 november 1973. Het opgebouwde ouderdomspensioen (tijdens huwelijk) op 1 januari 2017 is € 29.694. De pensioendatum is 10 oktober 2041.

Een fictieve echtscheidingsberekening op 1 januari 2017 geeft aan dat de partner dan recht zou hebben op 50% van het ouderdomspensioen, zijnde € 14.847 en een bijzonder partnerpensioen van (stel) € 18.262.

De commerciële waarde van deze aanspraak is € 549.429. Hiervan ziet € 415.617 op het ouderdomspensioen en € 133.813 op het partnerpensioen.

Is de staatssecretaris het met de Orde eens, dat het incorrect is dat bij een afkoop direct € 549.429 moet worden gecompenseerd aan de partner? In aanvullende huwelijkse voorwaarden dan wel in een onderhandse overeenkomst kan worden bepaald, dat ten tijde van een eventuele echtscheiding tegen de dan geldende commerciële tarieven wordt berekend welk bedrag de DGA aan de partner dient te vergoeden. Eventueel kan de partner zekerheid krijgen in de vorm van een bankgarantie.

2 Pensioenstichting en compensatie aan partner

Graag vraagt de Orde de visie van de staatssecretaris op de volgende voorbeelden.

Een DGA heeft een actieve werkmaatschappij. De pensioenopbouw heeft plaatsgevonden in extern eigen beheer (bij een stichting). De DGA is gehuwd buiten iedere gemeenschap van goederen. Voornemens tot scheiding zijn er niet. Het echtpaar heeft twee kinderen.

In de pensioenstichting wordt niet alleen ouderdomspensioen opgebouwd maar ook partner- en wezenpensioen. De financiering van de pensioenopbouw heeft in het verleden plaatsgevonden tegen commerciële tarieven.

2a Pensioenlichaam heeft onvoldoende vermogen

De commerciële waarde van de pensioenverplichting per ultimo 2015 is € 900.000. De fiscale waarde op dat moment is € 300.000. Stel per 1 januari 2017 is de commerciële waarde van het pensioen gestegen tot € 960.000 en de fiscale waarde van het pensioen tot € 320.000. In de stichting zit op dat moment € 600.000 aan vermogen.

Vóór 1 januari 2017 wordt besloten om verdere pensioenopbouw in eigen beheer stop te zetten. De DGA besluit (met instemming van de echtgenote) om af te stempelen van de commerciële waarde naar de fiscale waarde en het pensioen vervolgens af te kopen (althans de stichting koopt haar pensioenverplichting af).

Bij afkoop kan de verschuldigde heffing als volgt worden berekend. De korting van 34,5% is uitsluitend van toepassing op het bedrag van de fiscale balanswaarde van het pensioen in eigen beheer op 31 december 2015, dat is dus € 300.000.

Verschuldigde loonbelasting (maximaal) (100% - 34,5%) x € 300.000 x 52%:	€ 102.180
Verschuldigde loonbelasting (maximaal) 100% x (€ 320.000 - € 300.000) x 52%:	€ 10.400
Totale heffing (revisierente is niet van toepassing)	<u>€ 112.580</u>

De DGA heeft jegens de stichting recht op een afkoopsom van € 320.000 minus € 112.580 = € 207.420 (netto). Na uitbetaling van de DGA en afdracht van de loonbelasting zou in de stichting € 280.000 resteren.

De volgende vragen komen dan op:

1. Kan sprake zijn van een schenking aan de stichting?
2. Hoe kan de partner gecompenseerd worden?

Een waardestijging van aandelen doet zich niet voor (het stichtingsvermogen zit immers in de dode hand). Omdat de stichting in principe bevrijd wordt van een schuld, is er dan sprake van een met schenkbelasting belaste schenking aan de stichting? En zo ja, wat is de grondslag (€ 280.000?, nl. € 600.000 -/- € 320.000)? En maakt het uit op welke wijze compensatie aan de partner wordt vormgegeven? Graag verneemt de Orde de visie van de staatssecretaris hierop.

Stel dat de partner (als wordt verdeeld volgens de Wet VPS) op basis van de actuariële berekeningen recht heeft op 73% van de (commerciële) waarde van het pensioen (bijzonder partnerpensioen plus de helft van het staande het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen, zie het voorbeeld in de schriftelijke antwoorden WGO deel II, brief van de staatssecretaris van 10 november 2016, blz. 10, kenmerk 2016-0000198805). Dan zou dat neerkomen op een bruto bedrag van € 700.800 en circa € 365.000 netto (uitgaande van 52% heffing).

De uitkering uit de stichting aan de echtgenoten is slechts (bruto) € 320.000. Verder is het resterende vermogen in de stichting niet toereikend om én de loonbelasting over de afkoopsom af te dragen én de netto afkoopsom aan de DGA uit te betalen én de partner te compenseren. Dit zou naar de mening van de Orde enigszins kunnen worden opgelost door rekening te houden met de mate waarin het pensioen onder water staat (conform Hof Den Haag 18 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2744). Kan de staatssecretaris bevestigen dat deze Hofuitspraak in dit kader een goede benaderingswijze vormt voor de zogenoemde 'onder water'-situaties?

De vraag is of de compensatiesom aan de partner überhaupt uit het resterende stichtingsvermogen betaald kan c.q. moet worden. Moet de partner een vordering op de DGA krijgen van € 365.000? Moet de DGA het netto bedrag € 207.420 volledig uitkeren aan de partner en moet voor het restant (€ 157.580) nog een nadere regeling worden getroffen (bijvoorbeeld in de huwelijkse voorwaarden)? En wat gebeurt er met het resterende vermogen in de stichting?

Of moet de netto uitkering aan de DGA van € 207.420 verdeeld worden volgens de verdeling 73% aan de partner en 27% aan de DGA (verhouding volgen actuariële berekeningen). Hierbij zou de DGA € 56.003 en de partner € 151.417 ontvangen. En wat gebeurt er met het resterende vermogen van de stichting van € 280.000? Krijgt de partner daar ook een claim op van 73% en de DGA 27%?

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

Of zijn partijen daar vrij in? Is hier sprake van een schenking als het wel of niet wordt uitgekeerd aan de DGA of zijn partner? Kan de staatssecretaris bevestigen dat er geen sprake is van een belaste schenking (van de stichting, tussen stichting en DGA/partner en/of DGA en partner onderling) als de DGA en zijn partner recht krijgen op het restant van het stichtingsvermogen? En maakt de verhouding dan uit?

2b Pensioenlichaam heeft voldoende vermogen

De commerciële waarde van de pensioenverplichting per ultimo 2015 is € 900.000 en de fiscale waarde is € 300.000. Stel per 1 januari 2017 is de commerciële waarde van het pensioen gestegen tot € 960.000 en de fiscale waarde van het pensioen tot € 320.000. De financiering van de pensioenopbouw heeft vanaf de oprichting van de stichting plaatsgevonden tegen commerciële tarieven en de stichting heeft gunstig belegd. In de stichting zit op het moment van afkoop voor € 1.200.000 aan vermogen.

Vermogen van de stichting	€	1.200.000
Af: vordering van de DGA op de stichting	€	207.420
Af: af te dragen loonbelasting	€	<u>112.580</u>
Vermogenoverschot	€	<u><u>880.000</u></u>

Ook hier is de vraag of de stichting door de afkoop een belaste schenking verkrijgt, maar nu van € 640.000 (€ 960.000 -/- € 320.000)? Wat kan/moet gebeuren met het vermogenoverschot in de stichting? Kan of moet dat toevallen aan de werkgever-bv, aangezien deze de premies heeft afgedragen (behandelen als een naar achteraf blijkt onverschuldigde betaling)? Of kan het overschot (deels) ingezet worden om de partner te compenseren en zo ja beperkt dat een eventuele belaste schenking aan de stichting? Of vindt compensatie altijd tussen DGA en partner “privé” plaats? En is dat gedefiscaliseerd en altijd op basis van de commerciële waarde (als er voldoende vermogen is) en moet hier rekening gehouden worden met latente heffingen (inkomstenbelasting)? Of zijn partijen daar vrij in?

Kan de staatssecretaris bevestigen dat in zoverre bij de werkgever-bv geen fiscale aftrek heeft plaatsgevonden, een restitutie onbelast kan plaatsvinden? Wordt schenkbelasting geheven als zou worden besloten om het overschot uit te keren aan de ouders en/of de kinderen? Of wordt de stichting vanaf het moment dat er geen pensioengerechtigde (meer) is, beschouwd en behandeld als een APV? Ten slotte vraagt de Orde of kinderen moeten worden gecompenseerd voor het verlies aan wezenpensioen?

3 Compensatie van medeaandeelhouders (niet-verbonden derden)

De heer X houdt 25% van de aandelen in BV. De rest van de aandelen worden gehouden door niet-verbonden derden. De heer X heeft pensioen in eigen beheer opgebouwd en wenst zijn pensioenaanspraak af te stempelen en uit te keren omdat hij het vermogen in privé nodig heeft. Door de afstempeling valt het verschil tussen de commerciële waarde en de fiscale waarde van de pensioenvoorziening vrij in de BV.

1. Is er in dit geval sprake van schenking, in de zin dat wordt voldaan aan de drie vereisten (verrijking, verarming en bevoordelingbedoeling)? Het is immers maar de vraag of er

daadwerkelijk sprake is van verarming en verrijking. Als de heer X (en eventuele partner) waren overleden voordat de pensioenaanspraak volledig was 'benut', dan waren de medeaandeelhouders ook gerechtigd geweest tot de vrijval van de pensioenverplichting. Daarnaast is de bedoeling van de heer X niet om zijn medeaandeelhouders te bevoordelen, maar om vermogen vrij te krijgen in privé. Er is daarmee volgens de Orde geen bevoordelingsbedoeling. De Orde verzoekt deze conclusie te bevestigen

Stel vervolgens dat ter compensatie van de waarde die de heer X misloopt qua gerechtigdheid tot pensioenuitkeringen, de heer X een letteraandeel krijgt toegekend ter waarde van het verschil tussen de commerciële waarde van de pensioenvoorziening en de fiscale waarde daarvan.

2. Is er in dit geval sprake van genoten loon? Naar de mening van de Orde is dat niet het geval. Stel dat de heer X enig aandeelhouder was geweest, dan was hij door de afstempeling zelf volledig gerechtigd geworden tot de vrijgevalle waarde, dat is met het toekennen van een letteraandeel in de huidige situatie niet anders.
3. Is er bij de toekenning van het letteraandeel sprake van een belastbaar voordeel in box 2? Naar mening van de Orde is dat in beginsel niet het geval. Er is (vooralsnog bij sec het toekennen van het letteraandeel) geen vermogen uitgekeerd aan de heer X, in feite maakt het nieuw toegekende aandeel onderdeel uit van zijn bestaande aanmerkelijk belang.

4 Vervroegd pensioen

De DGA is 61 jaar en zijn echtgenote 58 jaar. De DGA heeft een eigen beheer pensioen waarvan de opbouw per 31 december 2013 is beëindigd. Het ouderdomspensioen is € 20.000 ingaande op 65-jarige leeftijd. Het levenslange partnerpensioen is € 14.000. Rekening houdend met voorgaande gegevens bedraagt de in de aangifte vennootschapsbelasting 2016 op te nemen (fiscale) pensioenvoorziening € 251.372.

De DGA heeft zijn actieve loopbaan beëindigd en wenst zijn pensioen vervroegd te laten ingaan, namelijk op 1 december 2016. Dit betekent dat zowel het ouderdomspensioen als het partnerpensioen actuariael herrekend moeten worden en wel met inachtneming van een rekenrente van het in de maand van vervroeging van het pensioen geldende U-rendement plus 0,5% opslag ofwel $-0,16\% + 0,5\% = 0,34\%$ alsmede de bij verzekeringsmaatschappijen gebruikelijke leeftijdsterugstelling van 5 en 6 jaar op de laatste GBM/GBV-sterftetafels. Het per 1 december 2016 vervroegd ingegane ouderdomspensioen bedraagt dan € 17.798 en het herrekende partnerpensioen € 12.459.

De fiscale voorziening voor de aangifte vennootschapsbelasting 2016 wordt dan € 282.846. Door de pensioeningangsdatum te vervroegen stijgt derhalve de fiscale pensioenvoorziening per 31 december 2016 met € 282.846 minus € 251.372 = € 31.474. Het spreekt voor zich dat deze stijging van de fiscale pensioenvoorziening niets te maken heeft met de in art. 38q Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB) neergelegde sanctie op een pensioenopbouw die in 2016 meer dan 125% hoger was dan de opbouw in 2015. De opbouw van het pensioen van de man is immers al ultimo 2013 geëindigd. De belangrijkste reden dat de fiscale pensioenvoorziening per eind 2016 met € 31.474 stijgt, is gelegen in het feit dat de Belastingdienst – op zich begrijpelijk – voorschrijft dat bij vervroeging van de pensioeningangsdatum niet uitgegaan mag worden van de voor fiscale

winstberekening verplicht voorgeschreven 4% rekenrente, maar van de actuele rekenrente, die thans aanzienlijk lager is dan 4%.

De Orde vraagt de staatssecretaris of hij kan bevestigen dat de stijging van de fiscale pensioenvoorziening ten gevolge van vervroeging van de pensioeningangsdatum niet wordt getroffen door de sancties van art. 38q wet LB?

5 Verrekenbeding

Uit de beantwoording van diverse vragen van leden van de Tweede Kamer blijkt dat de Staatssecretaris van Financiën van mening is dat ingeval de DGA en zijn partner in algehele gemeenschap van goederen zijn gehuwd de afstempeling van het pensioen van de “commerciële” waarde tot de fiscale waarde geen (potentieel) “recht” op compensatie van de partner van de DGA op de DGA in het leven roept, omdat de betrokken partner voor 50% meedeelt in de waardestijging van de aandelen in de “eigen” B.V. Ten aanzien van de omzetting van de resterende “aanspraak” in een oudedagsverplichting (ODV) is de Staatssecretaris van mening dat door in te stemmen met de omzetting van de resterende aanspraak in een aan de DGA toekomende ODV de partner (wij nemen aan ook de in gemeenschap van goederen gehuwde partner) recht heeft op compensatie van haar/zijn aandeel in de ODV, welk aandeel in het door de Staatssecretaris genoemde voorbeeld in zijn brief van 10 november 2016 (schriftelijke antwoorden WGO deel II, kenmerk 2016-0000198805) 73% bedroeg.

Veel DGA's zijn niet in (algehele) gemeenschap van goederen getrouwd, maar op huwelijkse voorwaarden waarin een wederzijds (finaal) verrekenbeding is opgenomen inhoudende dat indien het huwelijk door overlijden of echtscheiding wordt ontbonden partijen met elkaar afrekenen alsof zij in algehele gemeenschap van goederen waren gehuwd.

De Orde vraagt de Staatssecretaris het volgende. Kan de Staatssecretaris bevestigen dat (potentiële) rechten op compensatie van de partner van een DGA in een situatie waarin de DGA en de partner in gemeenschap van goederen zijn getrouwd niet afwijken van de (potentiele) rechten op compensatie van de partner van de DGA in een situatie waarin de DGA en de partner op huwelijkse voorwaarden zijn gehuwd waarin een wederzijds finaal verrekenbeding is opgenomen inhoudende dat indien het huwelijk door overlijden of echtscheiding wordt ontbonden partijen met elkaar afrekenen alsof zij in algehele gemeenschap van goederen waren gehuwd?

Kan de Staatssecretaris voorts bevestigen dat (potentiële) rechten op compensatie van de partner van een DGA in een situatie waarin de DGA en de partner in gemeenschap van goederen zijn getrouwd niet afwijken van de (potentiele) rechten op compensatie van de partner van de DGA in een situatie waarin de DGA en de partner op huwelijkse voorwaarden zijn gehuwd waarin een wederzijds periodiek verrekenbeding is opgenomen, maar waaraan beide partners geen uitvoering hebben gegeven, waardoor partijen doorgaans indien het huwelijk door overlijden of echtscheiding wordt ontbonden met elkaar dienen af te rekenen alsof zij in algehele gemeenschap van goederen waren gehuwd?

6 Deels extern verzekerd pensioen (I)

Vraag: is het mogelijk in een situatie dat een DGA zijn pensioenopbouw in eigen beheer opbouwt waarbij een onbepaald deel is verzekerd, de DGA deze externe polis ongewijzigd voortzet – bijvoorbeeld als dekkingspolis - bij de verzekeraar als de pensioenopbouw in eigen beheer premievrij wordt gemaakt?

Toelichting: een DGA heeft de mogelijkheid zijn pensioenopbouw in eigen beheer premievrij te maken. Velen hebben dit in het verleden al gedaan. Als dan extern een onbepaald deel verzekerd is, kan het de wens zijn deze polis te laten doorlopen. Dit kan zijn omdat de overeengekomen contractrente hoog is of omdat het kapitaal bij overlijden niet elders te verzekeren is. Daarbij is veelal door de verzekeraar een garanti kapitaal afgegeven als de polis tot de einddatum ongewijzigd wordt voortgezet. Voldoende redenen waarom de polis “moet” worden voortgezet. In het verleden is voor veel DGA’s met premievrije pensioenaanspraken in eigen beheer waarvan een deel onbepaald is herverzekerd, met de bevoegde belastinginspecteur overeengekomen dat deze externe polis ongewijzigd kan worden voortgezet. De waardetoeename in de externe polis leidt tot een jaarlijkse verlaging van het in eigen beheer gehouden deel van de gehele pensioenverplichting. Bij de inbouwmethode is de vrijval en de last veelal gelijk. Bij de herleidingsmethode zal dit leiden tot een verschil. Dit is inherent aan de waarderingmethode. In feite vindt er verschuiving plaats van het vermogen van de vennootschap naar de verzekeraar. De waarde van de externe polis en de pensioenverplichting eigen beheer zijn communicerende vaten. De verschuldigde premie is aftrekbaar. Daartegenover staat een vrijval bij het in eigen beheer gehouden deel van de pensioenverplichting. Op de pensioendatum zal met het kapitaal een pensioenuitkering aangekocht worden. Hoe hoog deze uitkering zal zijn, is afhankelijk van de tarieven van de verzekeraar. Met de huidige lage rekenrente zal de aangekochte pensioenuitkering door de verzekeraar lager zijn dan de veronderstelde pensioenaanspraken waarmee de vennootschap heeft moeten rekenen bij het waarden van de fiscale pensioenverplichting. Op pensioendatum zal de vennootschap in één keer de fiscale pensioenverplichting moeten verhogen om het verschil tussen het daadwerkelijk aangekocht pensioen en het fiscaal beoogd pensioen bij de verzekeraar op te vangen. Kan bevestigd worden dat deze constructie gehandhaafd blijft voor de bestaande situaties en dat deze constructie ook toepasbaar wordt voor DGA’s die hun pensioen nu nog premievrij moeten maken? Voorts is de vraag hoe het zit met de DGA’s die reeds in het verleden al van de bevoegde belastinginspecteur goedkeuring hebben verkregen op het toepassen van deze constructie, lees: blijft deze goedkeuring zijn werking houden na 31 december 2016?

7 Deels extern verzekerd pensioen (II)

Vraag: hoe dient de opgebouwde waarde in de verzekeringspolis te worden gekwalificeerd als het pensioen in eigen beheer wordt afgestempeld en vervolgens wordt afgekocht of omgezet in een ODV en de polis die was aangemerkt als onbepaalde pensioenopbouw wordt voortgezet in een bepaalde pensioenopbouw?

Voorbeeld

Op 1 april 2017 is de waarde die is opgebouwd in de verzekeringspolis € 50.000. Er is sprake van een garanti kapitaal op einddatum van € 200.000 bij ongewijzigde voortzetting. Nog los van de vraag of de verzekeraar technisch gezien de polis kan omzetten naar bepaald pensioen, wordt in deze situatie hiervoor gekozen. Bij overlijden van de DGA wordt een bedrag uitgekeerd van

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

€ 200.000. Bij het waarderen van de fiscale pensioenverplichting in eigen beheer is steeds de herleidingsmethode gebruikt. De jaarpremie voor de externe polis is gelijkblijvend waardoor in feite sprake is van voorfinanciering. De premievrije aanspraken ouderdom- en partnerpensioen bedragen respectievelijk € 10.000 en € 7.000. De fiscale waarde van het eigen beheerde gedeelte bedraagt € 150.000. Daarbij is rekening gehouden met het elders verzekerde gedeelte. De fiscale waarde zonder rekening te houden met de verzekeringspolis bedraagt € 170.000.

De polis wordt met ingang van 1 april 2017 als bepaald pensioen voortgezet. De waarde van € 50.000 wordt als eerste storting verwerkt. Welke fiscale waarde geldt nu bij afkoop: € 150.000 of € 170.000?

8 Toekomstige indexatie premievrije aanspraken

Vraag: hoe dient de toekomstige indexatie te worden gewaardeerd die reeds was overeengekomen inzake de premievrij gemaakte aanspraken?

Toelichting: in veel pensioenbrieven is opgenomen dat de premievrije pensioenaanspraken tot aan de pensioeningangsdatum worden geïndexeerd. Nu de BV niet langer wordt aangemerkt als kwalificerende uitvoerder, is het denkbaar dat de toekomstige indexatie in één keer moet worden opgenomen in/bij de pensioenverplichting? Is de last uit dien hoofde dan ook ineens aftrekbaar? Of mag deze last eerst in aanmerking worden genomen bij omzetten of afkoop? Valt de fiscale toename van de pensioenverplichting wegens het ineens als last verwerken van de toekomstige indexatierechten (ook) onder de sanctiebepaling van de 125% aangroei? En kan de gehele fiscale verplichting worden omgezet in een ODV of worden afgekocht? Luidt het antwoord op laatstgenoemde vraag anders indien de DGA nog vóór 1 januari 2017 de bestaande pensioenverplichting van intern eigen beheer zou omzetten naar extern eigen beheer?

9 Echtscheiding

Stel dat er een echtscheiding heeft plaatsgevonden in 2016. Daarbij zijn partijen overgegaan tot conversie. De DGA heeft steeds pensioen volledig in eigen beheer opgebouwd. Per ultimo 2015 was er dan ook een aanzienlijke fiscale reserve. Bij scheiding in 2016 is de helft van het ouderdomspensioen en het gehele partnerpensioen uit de BV gehaald en ondergebracht bij een verzekeraar. In 2016 worden weer gewoon een heel (kalender)jaar ouderdomspensioen-rechten opgebouwd. Door de conversie in 2016 is er per ultimo 2016 (en ook op 1 januari 2017) een veel lagere fiscale waarde c.q. pensioenverplichting dan ultimo 2015. De DGA gaat in 2017 over tot afkoop. Over welke waarde dient de korting van 34,5% toegepast te worden? Is dit net als bij ingegaan pensioen over de waarde ultimo 2016 of dient het ouderdomspensioen dat verkregen is door conversie, herrekend te worden naar een waarde ultimo 2015?

10 Overige vragen

Ten slotte vraagt de Orde nog de aandacht voor de volgende vragen.

10.1 De termijn voor het terughalen van een extern verzekerd pensioen is verlengd van 1 januari 2017 naar 1 april 2017. Is het volgens de staatssecretaris voldoende dat vóór 1 april 2017 een verzoek is ingediend bij de verzekeringsmaatschappij om het pensioen terug te halen en het niet

noodzakelijk is dat e.e.a. vóór 1 april 2017 volledig is uitgevoerd (dus ook geld overgemaakt op bankrekening van BV)?

10.2 In de situatie dat de BV waarin het pensioen in eigen beheer is ondergebracht fiscaal onder water staat, kan de BV niet 100% van de fiscale waarde uitbetalen bij het afkopen van het pensioen. De DGA krijgt dan een vordering op de BV. Dit is een tbs-vordering. Het verlies is niet aftrekbaar, volgens de staatssecretaris, want óf de openingsbalanswaardering is nihil óf er is sprake van een bodemlozeput- dan wel onzakelijke lening. Kan de staatssecretaris bevestigen dat dit verlies dan in elk geval wel aftrekbaar is als verlies uit aanmerkelijk belang in box 2? Want naar de mening van de Orde kan het niet zo zijn dat een belastingplichtige uiteindelijk voor meer wordt belast (met loonbelasting/inkomstenbelasting) dan hij uiteindelijk daadwerkelijk ontvangt.

10.3 Een DGA kan ervoor kiezen om zijn pensioen in eigen beheer om te zetten naar een oudedagsverplichting (ODV). Stel dat er onvoldoende vermogen is om de volledige ODV na te komen. De BV staat dus fiscaal onder water. Is het na de omzetting in de ODV in een dergelijke situatie toegestaan om het aanwezige vermogen af te storten naar een verzekeraar of bank in een lijfrente, waarna de BV, zonder verder fiscale gevolgen wordt geliquideerd?

10.4 De Orde vraagt zich af of het mogelijk is om het pensioen in eigen beheer deels om te zetten in een ODV en dit af te storten in een lijfrente en deels af te kopen met korting. De wettekst lijkt zich volgens de Orde hier niet tegen te verzetten.

10.5 Voorts zou de Orde graag antwoord krijgen op de vraag of het gemiddelde U-rendement dat dient ter oprenting van de ODV ook negatief kan zijn of dat er een bodem in ligt van 0%.

10.6 Ook vraagt de Orde zich af of de ODV een aanspraak is die deel uitmaakt van de eventuele bestaande huwelijksgemeenschap tussen de echtelieden. Dat wil zeggen of de ODV dan bij een eventuele echtscheiding moet worden verdeeld tussen de beide partners of is het een verknochte aanspraak van de pensioengerechtigde/DGA?

10.7 De uitkering uit een ODV bij overlijden komt toe aan de erfgenamen. Zou de staatssecretaris kunnen toelichten hoe dit uitwerkt in een situatie dat er sprake is van een overlijden van een DGA vóór de AOW-gerechtigde leeftijd, waarbij hij een echtgenote en twee kinderen nalaat? Er is geen testament; voorts is sprake van een huwelijk op basis van algemene gemeenschap van goederen. Komen de uitkeringen uit de ODV dan volledig toe aan de echtgenote of krijgen alle erfgenamen ieder 1/3^e?

10.8 Het is ook mogelijk om een reeds ingegaan pensioen in eigen beheer af te kopen. Zou een pensioen bij een verzekeraar zijn ondergebracht, dan gaat een verzekeraar alleen akkoord met een afkoop van een ingegaan pensioen als de verzekeraar zich vergewist heeft van een goede gezondheid van de verzekerde. Moet daarom een BV ook gezondheidswaarborgen verlangen van de DGA als de DGA een ingegaan pensioen in eigen beheer wenst af te kopen, daar dit in het zakelijk verkeer ook het geval zou zijn?

10.9 Op pagina 41 van de Nota naar aanleiding van het Verslag wordt de vraag van de Orde voor wat betreft een overdracht van de pensioenverplichting in 2016 beantwoord; dan mag op basis van het doel en de strekking van de wet alsnog de fiscale waarde per ultimo 2015 van die

pensioenverplichting bij de overdragende bv voor de berekening van de korting worden toegepast. Is de staatssecretaris het met de Orde eens dat dit dan ook van toepassing is in geval van een overdracht van de pensioenverplichting in 2017, 2018 of 2019?

10.10 In situaties dat de (pensioen-)BV zodanig ‘onder water’ staat dat de bezittingen minder zijn dan de fiscale waarde van de eigen beheerreserve, is de onderdekking in feite zodanig dat deels sprake is van niet voor verwezenlijking vatbare rechten in de zin van artikel 19b, lid 1, letter c Wet LB. In dergelijke situaties kan afkoop van de pensioenverplichting wenselijk zijn waarbij dan om praktische redenen voor de berekening van het in aanmerking te nemen loonbedrag qua afkoopwaarde, wordt aangesloten bij het lagere bedrag qua pensioenaanspraken dat correspondeert met de aanwezige bezittingen. De Orde verzoekt te bevestigen dat ook dan de afkoop mogelijk is op basis van die lagere waarde qua aanspraken en de daarmee corresponderende bezittingen. Deze mogelijkheid sluit immers goed aan bij het reële stelsel van de wet op de loonbelasting alsook spoort dit met de uitdrukkelijke wens van de wetgever om meer eenvoud te bereiken door PEB-situaties nu zo veel mogelijk te beëindigen. De afkoopoplossing komt aldan ook bij veel meer DGA's als serieus alternatief in beeld ten opzichte van de tot nu toe gegeven uitleg van dit wetsvoorstel.

De Orde suggereert de staatssecretaris om een reactie te vragen op de hiervoor aangegeven punten.

Een afschrift van deze brief is heden verzonden aan de staatssecretaris van Financiën. Uiteraard is de Orde graag bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

drs. R.A. van der Jagt
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen