

WFR 2016/249

UITFASEREN PENSIOEN IN EIGEN BEHEER, SCHENKINGS- EN VERDRAGSASPECTEN

DR. R.P. VAN DEN DOOL EN MEVR. MR. H.F. VAN DER WEERD-VAN JOOLINGEN¹

1 Inleiding

Op 1 januari 2017 treedt naar verwachting het wetsvoorstel Uutfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen in werking.² Op 18 november 2016 is het aangenomen door de Tweede Kamer en het ligt nu bij de Eerste Kamer.³ Met dit wetsvoorstel wijzigt de fiscale regelgeving rondom het pensioen in eigen beheer voor de directeur-groootaandeelhouder (dga) drastisch. Het blijft mogelijk aan de dga een pensioen toe te zeggen, maar dat kan niet langer in eigen beheer. Op 31 december 2016 bestaande in eigen beheer verzekerde aanspraken kunnen evenwel in eigen beheer verzekerd blijven worden. Die worden in de terminologie van de parlementaire behandeling dan "bevroren".

Voor op 31 december 2016 in eigen beheer verzekerde aanspraken bestaat ook de mogelijkheid die in de jaren 2017 tot en met 2019 af te stempelen tot de fiscale balanswaarde, zonder dat ter zake daarvan een fictieve afkoop van de integrale pensioenaanspraak aan de orde is. Er wordt dan geen revisierente berekend. Voorwaarde is

wel dat de afgestempelde pensioenaanspraak gelijktijdig wordt afgekocht of omgevormd in een oudedagsverplichting (beide varianten hierna te duiden als uutfasering, de oudedagsverplichting als ODV). Bij afkoop van de afgestempelde pensioenaanspraken geldt een partiële vrijstelling⁴ van 34,5% in 2017 die vervolgens jaarlijks daalt.

2 Afstempeling

De kern van het wetsvoorstel is dat pensioenaanspraken zonder fiscale consequenties kunnen worden afgestempeld tot de fiscale boekwaarde van de aanspraak op het afstempelmoment. Afstempeling is zowel mogelijk voor ingegane pensioenregelingen als voor nog niet-ingegaan pensioen. Onder afstempelen wordt daarbij verstaan dat de pensioengerechtigde en zijn partner, indien die tevens rechten kan ontlenen aan de pensioenaanspraak, gedeeltelijk afzien van hun pensioenrechten. Daarbij heeft men slechts de mogelijkheid af te zien van het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak en de fiscale balanswaarde op het afstempelmoment.

Welke keuze voor de dga en zijn partner verstandig is, laat zich niet eenvoudig vaststellen. De vermogenspositie van het eigenbeheerlichaam, de te verwachten belastingheffing over de pensioenuitkeringen in verhouding tot die bij afkoop of omvorming in een ODV alsmede levensverwach-

1 Ruud van den Dool is zelfstandig gevestigd belastingadviseur te Rotterdam en Nijmegen, tevens verbonden aan het Fiscaal Economisch Instituut van de EUR, bureau vaktechniek van SRA en of counsel Delissen Martens advocaten en belastingadviseurs. Hedwig van der Weerd is belastingadviseur bij Londen & Van Holland te Amsterdam en verbonden aan de leerstoelgroep belastingrecht van de Universiteit van Amsterdam. Bij de afronding van deze bijdrage was de behandeling in de Eerste Kamer nog niet aangevallen.

2 Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 2.

3 Zie voor de hoofdlijnen J.T. Gommer, 'Wetsvoorstel uutfasering pensioen in eigen beheer', WFR 2016/193 voor een overzicht van de diverse aspecten van het voorstel. In januari 2017 verschijnt een TFO "special" van G.M.C.M. Staats die volledig aan het wetsvoorstel is gewijd.

4 In de wettekst is overigens geen sprake van een vrijstelling. Daar staat dat de afkoopwaarde wordt gesteld op de fiscale balanswaarde verminderd met een nader geduid procentueel bedrag dat over die balanswaarde wordt berekend. De duiding als vrijstelling heeft mogelijk uitstralingseffecten naar de verdragsrechtelijke duiding. Sommige woonstaten verlenen namelijk geen vrijstelling voor buitenlands inkomen dat in de bronstaat is vrijgesteld.

Lijnen spelen een rol. Als de dga emigratieplannen heeft naar een land met een afwijkende effectieve belastingheffing, zal de afweging ook anders kunnen uitvallen afhankelijk van het fiscale klimaat aldaar. Het effectieve tarief⁵ op dividend ligt lager dan het Nederlandse toptarief in de inkomstenbelasting. Los van dit tariefsvoordeel, geldt dat dividend ook flexibeler uitgekeerd kan worden. Pensioen dient immers periodiek te worden uitgekeerd, terwijl dividenduitkeringen incidenteel kunnen plaatsvinden.

Tijdens het parlementaire proces is een groot aantal vragen gesteld. Een belangrijk aantal vragen betrof de schenkingsaspecten verbonden aan het mogelijk prijsgeven van pensioenaanspraken door afkoop of omzetting in een ODV. Het betreft daarbij zowel de schenking aan de dga die aanwezig kan zijn bij instemming door de partner alsmede de (mogelijke) schenking aan andere (mede-)aandeelhouders in het eigenbeheerlichaam.⁶ Ook de internationale aspecten hebben de aandacht getrokken. In de volgende onderdelen van dit artikel beperken wij ons tot deze twee aspecten. Wij plaatsen ook nog een opmerking over enkele jaarrekeningrechtelijke aspecten.⁷

3 Schenkingsaspecten

De staatssecretaris gaat er tijdens de parlementaire behandeling van uit dat bij een gemeenschap van goederen geen sprake kan zijn van een schenking door de partner

aan de dga. Daarentegen meent hij dat bij buiten gemeenschap van goederen gehuwd wel sprake kan zijn van een schenking indien de partner onvoldoende wordt gecompenseerd voor zijn medewerking aan het afstemmen van de pensioenaanspraken en de daaropvolgende afkoop of omvorming in een ODV. Ook meent hij dat sprake zal zijn van een schenking aan andere aandeelhouders in het eigenbeheerlichaam indien de aandelen in het eigenbeheerlichaam in waarde stijgen.

3.1 Partner en andere aandeelhouders

De (ex-)partner moet schriftelijk instemmen met afkoop of omzetting in een oudedagsreserve (zo volgt uit het in te voeren art. 38n lid 4 Wet op de loonbelasting 1964, hierna Wet LB 1964). In de memorie van toelichting stond niet vermeld of het verlenen van toestemming zonder compensatie voor door de partner prijsgegeven rechten eventueel een schenking behelst. De Redactie van Vakstudie Nieuws⁸ vroeg zich af of een schenking aan de orde kon zijn, temeer omdat daarvan naar het oordeel van de staatssecretaris zonder meer sprake was indien en voor zover de aandelen in het eigenbeheerlichaam in andere handen waren. Dienaangaande was de Redactie van Vakstudie Nieuws kritisch, althans de stelligheid waarmee de staatssecretaris stelde dat bij derde-aandeelhouders sprake was van een schenking werd door de redactie niet terecht geacht.⁹ In de nota naar aanleiding van het verslag heeft de staatssecretaris zowel ten aanzien van de schenking door de partner aan de dga als ten aanzien van die aan andere aandeelhouders een genuanceerder standpunt ingenomen.¹⁰ Wat de positie van de laatsten betreft, zegt de staatssecretaris het volgende: "Als de dga niet de enige aandeelhouder van het eigenbeheerlichaam is maar er ook andere aandeelhouders zijn, kan bij het prijsgeven van pensioenaanspraken en als gevolg van de daaruit volgende waardevermindering van de aandelen, sprake zijn van een bevoordeling van de andere aandeelhouders door de dga tenzij die andere aandeelhouders de dga hiervoor compenseren. Over de waardevermindering van de aandelen zal schenkbelasting verschuldigd kunnen zijn."¹¹

De beoordeling of sprake is van een schenking is uiteraard feitelijk. Om die reden vindt Kappelle dat het voor de hand had gelegen om de waardevermindering van de andere aandeelhouders als gevolg van de uitfaseringsfaciliteiten als een fictieve schenking aan te merken, zoals dat nu ook bij overlijden op grond van art. 13a SW 1956 gebeurt.¹¹ Hoewel dat inderdaad alle discussie uit de lucht zou halen, sluiten wij ons daar niet bij aan. In de situatie waarop art. 13a SW 1956 ziet, is een fictie nodig om tot

5 *De thans op grond van de wettelijke winstbepalingsregels geldende beperkingen bij de bepaling van de omvang van de fiscale pensioenvoorziening leiden ertoe dat in de toekomst nog niet in aanmerking genomen pensioenlasten alsnog ten laste van de winst komen. Door uitfasering zullen die lasten (die in de vennootschappelijke jaarrekening tot uitdrukking komen in een actieve belastinglatentie) niet meer in aanmerking komen. Doordat men stelt dat voor een goede vergelijking van de belastingdruk tussen die op pensioenuitkeringen enerzijds en die op dividend anderzijds de gecombineerde inkomsten- en vennootschapsbelastingdruk op het dividend als uitgangspunt moet worden genomen en niet slechts de aanmerkelijkbelangclaim op het dividend.*

6 *Hoewel niet van fiscale aard vermelden wij tevens de discussie over de noodzaak om toestemming te verkrijgen van de partner om een pensioenregeling te bevroren en die over de noodzaak om een eventuele uitfasering door middel van een notariële akte vast te leggen. Volgens de Staatssecretaris van Financiën is geen van beide noodzakelijk, maar bijvoorbeeld Sander Schilder (zie <http://taxlive.nl/-/peb-waarom-is-het-verplichte-rondje-notaris-noodzakelijk->) betwijfelt dit. Omdat dit een uitermate belangrijk punt betreft, zou hierover geen twijfel mogen bestaan.*

7 *Wij wijzen ook op de bijdrage van H.M. Kappelle, 'Overgangsprikelen bij uitfasering pensioen in eigen beheer', WFR 2016/209.*

8 *V-N 2016/49.12, p. 250.*

9 *V-N 2016/49.12, p. 253.*

10 *Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 5, p. 19 e.v.*

11 *H.M. Kappelle, t.a.p.*

een verkrijging krachtens erfrecht te komen. Die zou er zonder fictie niet kunnen zijn omdat daar civielrechtelijk namelijk geen sprake van is. Hier ligt dat anders; er is geen fictie nodig om tot een schenking te komen. Ingeval het prijsgeven van de pensioenaanspraken leidt tot verarming van de dga en verrijking van de andere aandeelhouder en dit voortkomt uit "vrijgevigheid" (een bevoordelingsbedoeling) van de dga, is er sprake van een schenking in de zin van art. 1 SW 1956. Indien bij de feitelijke beoordeling blijkt dat één van deze drie elementen ontbreekt, komen we niet aan een schenking toe. Juist vanwege het feit dat er situaties denkbaar zijn dat het schenkingselement vrijgevigheid niet aanwezig is, is het van belang om hier niet met een fictie te werken.¹² Door een dergelijke fictie gaat alle nuance verloren en zouden derhalve ook gevallen als schenking worden geduid die dat niet zijn. De staatssecretaris ziet die nuance ook, want hij deelt de zienswijze van de NOB dat niet in alle gevallen van afkoop sprake zal zijn van een schenking. Hij wijst een fictie dan ook af. Dientengevolge zullen de feiten steeds op hun merites moeten worden beoordeeld.

Zelf betwijfelt Kappelle of sprake is van vrijgevigheid bij een pensioengerechtigde die instemt met afstempeling van zijn pensioen, terwijl de aandelen in de pensioenvennootschap in handen zijn van zijn kinderen. Hij wijst er in dat kader op dat de mogelijkheid tot afstempeling niet (altijd)¹³ voorzienbaar was op het moment van de eerdere aandelenoverdracht aan de kinderen. Daar valt niets tegenin te brengen, maar of ten tijde van de overdracht een bevoordelingsbedoeling ontbrak, achten wij niet relevant. De vrijgevigheid zou naar ons oordeel moeten worden getoetst op het moment dat de pensioengerechtigde van zijn aanspraken afziet. Daarbij is de familierelatie ouder/kind die hier speelt een eerste aanwijzing voor de aanwezigheid van een bevoordelingsbedoeling.¹⁴

12 Van vrijgevigheid is bijvoorbeeld alleen sprake als de een de ander (bewust) bedoelt te verrijken. Zie voor een voorbeeld van een zaak waar dat niet vaststond HR 21 januari 1976, nr. 17 722, BNB 1976/64. In de *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Successiewet* wordt in aantekening 5.1 bij art. 1 SW 1956 het voorbeeld gegeven van iemand die in dringende geldnood, bij volledige kennis van zaken zijn huis verkoopt voor een te lage prijs. Er is dan geen sprake van een schenking, omdat de rechtshandeling niet is gericht op de bevoordeling/verrijking van de koper. Dat de koper wordt verrijkt is in onze eigen woorden geen doel, maar een gevolg en dat is geen vrijgevigheid.

13 Vanaf het moment waarop onderzoek werd gedaan naar mogelijkheden om tegemoet te komen aan de problematiek van de eigenbeheerlijken, zou een dergelijke toekomstige afstempeling eventueel verwacht kunnen worden en derhalve zou vanaf dat moment mogelijk een bevoordelingsmogelijkheid bestaan kunnen hebben.

14 HR 23 mei 1980, nr. 11.544, NJ 1980, 432.

In de vergelijking met art. 13a SW 1956 rijst bij ons nog een andere vraag. De staatssecretaris geeft in de nota naar aanleiding van het verslag voorbeelden van andere aandeelhouders in de persoon van een broer, ouder of kind. De andere aandeelhouder kan echter ook de partner zijn. Als de dga in gemeenschap van goederen is gehuwd, wordt de partner voor de aanmerkelijkbelangregeling op grond van vaste jurisprudentie tevens als aandeelhouder aangemerkt. Art. 13a SW 1956 is sinds 1 maart 2003 ook van toepassing op de (langstlevende) echtgenoot. Als het overlijden van de dga leidt tot een waardestijging van de aandelen van de echtgenoot, is die waardestijging in beginsel belast. Die waardestijging was onder het oude art. 13a SW 1956 niet belast op grond van een tegemoetkoming, maar onder het huidige art. 13a SW 1956 geldt die tegemoetkoming niet meer. Van Vijfeijken heeft in 2009 in dit weekblad opgeroepen deze tegemoetkoming alsnog in de wet op te nemen.¹⁵ Onderhavig wetsvoorstel geeft daar opnieuw aanleiding toe, waarbij de staatssecretaris dan idealiter zou moeten bevestigen dat de uitzondering voor de partner niet alleen geldt bij overlijden, maar ook bij "schenking" door middel van uitfasering (in afwijking van de hoofdregel van art. 1 SW 1956). Wellicht kan dat laatste al worden afgeleid uit de opmerking van de staatssecretaris dat indien partners in algehele gemeenschap van goederen zijn getrouwd, er geen sprake is van een belaste schenking. Die uitleg strookt evenwel niet met (de huidige uitleg van) art. 13a SW 1956.

Tot slot nog een opmerking over de omvang van een eventuele schenking door de dga aan een andere aandeelhouder. Veronderstel dat vaststaat dat een dga door het prijsgeven van zijn pensioenrechten een andere aandeelhouder bevoordeelt. Naar ons oordeel kan deze schenking dan slechts bestaan uit de feitelijke waardestijging van de aandelen ten gevolge van het prijsgeven van de rechten en de eventuele omvorming van het afgestempelde deel tot een ODV. Die waardestijging van de aandelen bestaat theoretisch uit het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van de pensioenverplichting vóór afstempeling verminderd met de fiscale balanswaarde van de pensioenverplichting.¹⁶ Dit verschil kan (beduidend) hoger liggen dan de waardestijging van de aandelen. Dat is bijvoorbeeld aan de orde als sprake is van een negatieve

15 I.J.F.A. van Vijfeijken, 'De fictiebepalingen: vereenvoudiging of window dressing?', WFR 2009/713, onderdeel 7.3.

16 Als er wordt omgevormd in een ODV, is de waarde daarvan overigens niet per se gelijk aan de nominale waarde, maar kan die (thans) lager liggen. De oorzaak daarvan is dat de ODV wordt opgerent met het U-rendement. De waarde in het economische verkeer van laagrentende verplichtingen ligt veelal lager dan de nominale waarde. Om die reden zou de waardestijging zelfs groter kunnen zijn dan het beschreven verschil tussen de waarde in het economische verkeer en de fiscale balanswaarde.

ve (intrinsieke) waarde van het eigen vermogen. Voor zover de afstempeling tot gevolg heeft dat de negatieve waarde van de aandelen aangroeit tot nihil, is geen sprake van een schenking aangezien deze aangroei niet resulteert in een feitelijke waardestijging van de aandelen.

3.2 Uitsluiting en de positie van de partner

De partner van de dga is geen gerechtigde tot het pensioen. Als de dga ten behoeve van zijn partner een nabestaandenpensioen toegezegd heeft gekregen, dan is de partner slechts voorwaardelijk gerechtigd tot dat nabestaandenpensioen. Bij vooroverlijden van de dga wordt dit uitgekeerd, mits uiteraard voldoende dekking aanwezig is. Los daarvan heeft de partner bij scheiding mogelijk een vereveningsrecht. Zonder overlijden of scheiding heeft de partner dus geen direct uitoefenbare rechten. De partner dient volgens de staatssecretaris akkoord te gaan met afstempeling en afkoop of omvorming. Of zij enig (afgeleid) recht heeft op de pensioenaanspraak is daarbij kennelijk niet van belang. Er wordt geen uitzondering op het instemmingsvereiste gemaakt als de dga en zijn partner bijvoorbeeld de verevening van pensioenrechten in hun huwelijksvoorwaarden hebben uitgesloten.¹⁷

3.3 Compensatie voor het prijsgeven van rechten

In de loop van de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer bleek dat volgens de staatssecretaris sprake is van een schenking aan de dga als de partner geen afdoende compensatie krijgt voor de door hem prijs te geven (voorwaardelijke) rechten. Volledige duidelijkheid over de wijze waarop dient te worden beoordeeld of sprake is van een afdoende compensatie is er helaas niet, hetgeen uiteraard ook wordt veroorzaakt door het toepasselijke huwelijks-goederenregime, de inhoud van de pensioenovereenkomst

¹⁷ Op grond van art. 38n lid 4 Wet LB 1964 dient de partner in de zin van art. 1 PW toestemming te verlenen. Wij vragen ons af of de partner die geen enkel recht heeft op pensioenverevening, noch op een partnerpensioen daadwerkelijk toestemming moet verlenen. Wij hebben in de parlementaire geschiedenis van de PW of haar voorganger de PSW niet expliciet kunnen vinden of ook de partner zonder enig (afgeleid) recht tot de pensioenaanspraak daaronder valt. Het instemmingsvereiste is volgens de staatssecretaris echter niet beperkt tot partners "die recht hebben op een deel van het pensioen" (ter beperking van de uitvoeringslasten). Zie Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 5, p. 21.

Uit de parlementaire geschiedenis van de PSW als voorganger van de PW volgt dat het begrip partner niet is gedefinieerd maar dat het gaat om de definitie daarvan in de pensioenregeling (zie Kamerstukken II 1996/97, 25 407, nr. 3, toelichting bij art. 15).

en de overige verhouding tussen de partners. In ieder geval lijkt te gemakkelijk voorbij te zijn gegaan aan het feit dat de rechten van de partner voorwaardelijk zijn.

3.3.1 Algehele gemeenschap van goederen

Op grond van art. 1:94 lid 2 onderdeel b BW behoren pensioenrechten waarop de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (hierna: WVPS) van toepassing is, en met die pensioenrechten verband houdende rechten op nabestaandenpensioen, niet tot de goederengemeenschap. Deze pensioenrechten vormen dus privévermogen. Als het in eigen beheer opgebouwde pensioen wordt afgekocht, heeft dat onzes inziens twee gevolgen. Enerzijds vindt er een waardestijging van de aandelen in de pensioenvennootschap plaats door de afstempeling en anderzijds ontvangt de dga een netto afkoopsom in privé. Deze afkoopsom en de (waardestijging van de) aandelen vallen in de gemeenschap en die komen de dga en zijn partner dus (economisch gezien) ieder voor de helft toe.¹⁸ Bij afstempeling en afkoop is dan geen sprake van een schenking, zo volgt impliciet uit de Kamerstukken. In de Nota naar aanleiding van het verslag wordt gesuggereerd dat ongeacht of wordt gekozen voor afkoop of omvorming geen sprake is van een schenking ingeval de partners in algehele gemeenschap van goederen zijn gehuwd.

Bij omvorming van de afgestempelde aanspraak in een ODV ligt dat naar ons idee echter mogelijk toch anders. De waardestijging van de aandelen valt nog steeds in de gemeenschap, maar er is dan geen afkoopsom die in de gemeenschap valt. De ODV valt niet langer onder de WVPS en de rechten daaruit gaan bij vooroverlijden van dga ook niet "automatisch" naar de langstlevende partner. Die komen (ingevolge art. 38p lid 2 en lid 3 Wet LB 1964) aan de erfgenamen toe en in zoverre verliest de partner mogelijk toch rechten. Aan de andere kant kan er na de afstempeling weer dividend worden uitgekeerd, waardoor het gezinsinkomen stijgt. Daar kan de partner ook voordeel van hebben, zo stelt de staatssecretaris in de memorie van toelichting. Wellicht vormt dit de basis voor de staatssecretaris om bij in algehele gemeenschap van goederen gehuwde partners geen schenking te zien ongeacht de wijze van uitsluiting. Dat uitgangspunt beschouwen wij in ieder geval als een gegeven, maar is voor ons niet zo vanzelfsprekend als de staatssecretaris stelt.

3.3.2 Geen gemeenschap van goederen

Als de aandelen buiten de gemeenschap van goederen vallen, dient de partner volgens de staatssecretaris compensatie te eisen. Zonder afdoende compensatie is in zijn ogen sprake van een schenking aan de dga. In zijn reken-

¹⁸ Waarbij wij veronderstellen dat de aandelen tot de huwelijks-goederengemeenschap behoren (niet verkregen krachtens uitsluitingsclausule).

voorbeeld¹⁹ gaat de staatssecretaris uit van de fictieve toepassing van de WVPS. Op grond daarvan berekent hij het recht op de totale pensioenaanspraak, dat bij een veronderstelde scheiding op het uitsluitingsmoment aan de partner zou toekomen. Dat recht zou bestaan uit 50% van het ouderdomspensioen en 100% van het partnerpensioen (beide 73% van de totale pensioenaanspraak omvattende). Vervolgens legt de staatssecretaris impliciet een parallel met de in algehele gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten. Als de dga en de partner beiden voor de helft in de bv zijn gerechtigd, komt bij afstempeling de waardestijging van de aandelen hen beiden toe en hoeft er niets gecompenseerd te worden. Kennelijk speelt de afkoopsom die bij het ontbreken van een gemeenschap van goederen mogelijk niet aan beide partners toekomt (maar alleen aan de dga), geen rol. Daar wordt naar ons idee onvoldoende aandacht aan geschonken.

In dit rekenvoorbeeld maakt de staatssecretaris, anders dan ten aanzien van in gemeenschap van goederen gehuwden, wel onderscheid tussen afkoop en omzetting. Bij omzetting zou er ook een verdeling ten aanzien van de ODV moeten worden afgesproken (daar waar dat bij afkoop ten aanzien van de afkoopsom kennelijk niet nodig is). De partner zou dan recht hebben op 73% van de ODV. De Redactie van Vakstudie Nieuws heeft hierover opgemerkt dat het opvallend is dat de dga blijkbaar afspraken met zijn partner kan maken over de gerechtigdheid tot de ODV, terwijl de rechten daaruit volgens de wettekst op de erfgenamen overgaan. Wij vragen ons ook af hoe een en ander zich tot elkaar verhoudt. In ieder geval zou het prettig zijn als het mogelijk zou worden om bij omzetting in de ODV direct te kunnen bepalen dat de uitkeringen bij vooroverlijden van de dga aan zijn partner toekomen (ongeacht hetgeen in het testament van de dga is bepaald, zodat de partner daar niet van afhankelijk is; een testament kan immers altijd eenzijdig worden gewijzigd). Alleen in de situatie waarin daar niet voor is gekozen, zouden de rechten uit de ODV op de erfgenamen van de dga moeten overgaan. De wettekst zou hiervoor overigens aangepast moeten worden.

Wat ons verbaast in de parlementaire stukken en dit rekenvoorbeeld is dat de rechten uit hoofde van de WVPS maatgevend worden geacht, terwijl deze rechten pas ontstaan bij echtscheiding. Er wordt nu gerekend als ware er sprake van een scheiding op het uitsluitingsmoment van een concrete pensioenregeling en als ware de WVPS in dat fictieve geval ook daadwerkelijk van toepassing. Dat neigt naar een opeenstapeling van veronderstellingen, die voor de constatering van een schenking (sbedoeling) van deze omvang naar ons oordeel te ver gaat. De com-

pensatie die de staatssecretaris hier voor de voorwaardelijke rechten van de partner bepleit, neigt eerder naar een overcompensatie van (en dus mogelijk schenking aan) de partner.

Het staat uiteraard niet ter discussie dat de partner door akkoord te gaan met de afstempeling mogelijk rechten op een toekomstige vereveningsaanspraak of op een toekomstig nabestaandenpensioen prijsgeeft. Maar als die voorwaardelijke rechten op het uitsluitingsmoment geen of amper waarde hebben (bijvoorbeeld omdat de partner op sterven ligt), lijkt een bevoordeling niet snel aanwezig. Hoe in een concreet geval de veelheid aan feitelijke omstandigheden moet worden gewogen ter bepaling van de hoogte van een eventuele compensatie, lijkt ons nagenoeg onmogelijk te bepalen.

Wat het risico op echtscheiding betreft, gaat het er naar onze mening om dat de partner niet door de uitsluiting wordt benadeeld. De situatie bij "bevrozing" lijkt ons daarbij het referentiepunt te moeten zijn. Bij instemming met uitsluiting, zou de partner dus kunnen bedingen dat hem in geval van echtscheiding een bedrag toekomt dat gelijk is aan het vereveningsrecht dat hij gehad zou hebben in de bevrozingsvariant. Mogelijk dient dit in de huwelijksvoorwaarden te worden geregeld. De partner wordt dan voldoende gecompenseerd voor het verlies van zijn voorwaardelijke recht aangezien een gelijkwaardig recht wordt verkregen. Uiteraard kunnen de dga en zijn partner ook besluiten om dit vervangende voorwaardelijke recht direct te verrekenen, maar dat zal dan een (veel) lagere compensatie opleveren dan de staatssecretaris voorstaat. Er moet dan immers niet alleen rekening worden gehouden met de overigens praktisch moeilijk meetbare kans op scheiding en de kans op overlijden, maar ook met de bij eventuele afkoop betaalde belasting, de eventuele verhoging van het gezinsinkomen, enz.

Ons lijkt het behoud van het voorwaardelijke recht of de eventuele "afkoop" daarvan voor een lager bedrag een betere en vooral juistere benadering dan die van de staatssecretaris. Als de partner een recht eist langs de lijnen van de staatssecretaris, zal geen dga tot uitsluiting over gaan. De benadering van de staatssecretaris zal de dga namelijk juist als een schenking aan de partner ervaren. Er is gezien het beoogde doel van het wetsvoorstel, namelijk zo snel mogelijk van pensioenvoorzieningen in eigen beheer afgeraken, gepleit voor een vrijstelling voor de eventuele schenking tussen partners. Daardoor zou inderdaad een belangrijke praktische onzekerheid en derhalve hobbel om tot uitsluiting over te gaan worden weggenomen. Echter, zo'n vrijstelling is strijdig met de systematiek van de wet, doet geen recht aan de feitelijke omstandigheden en bergt ook een risico in zich dat bij gebrek aan huidig (fiscaal) belang de partner onvoldoende zicht heeft op hetgeen hij (moge-

¹⁹ Kamerstukken II 2016/17, 34 552, nr. 19 en nr. 38, V-N 2016/61.2 en 2016/61.3.

lijk) prijsgeeft. Om die redenen staan wij gereserveerd tegenover een dergelijke vrijstelling.

4 Internationale aspecten²⁰

4.1 Nationale regeling en samenloop met conserverende aanslag(en)

Ingeval de aanspraakgerechtigde vanuit Nederland emigreert, wordt de waarde in het economische verkeer van de opgebouwde aanspraken tot het loon gerekend ter zake waarvan (veelal) een conserverende aanslag (CA, bij meervoud CA'en) zal worden opgelegd (art. 3.83 Wet inkomstenbelasting 2001, hierna: Wet IB 2001). Ook indien de aanspraakgerechtigde al buitenlands belastingplichtige is, kan die waarde van de pensioenaanspraak tot het belastbaar loon worden gerekend indien de aanspraken geheel of gedeeltelijk niet langer zijn ondergebracht bij een erkende verzekeraar ex art. 19a lid 1 onderdeel a, b, d, e en f Wet LB 1964. Bij een buitenlands belastingplichtige kan de waarde van de aanspraken eveneens tot het loon worden gerekend (art. 7.2 lid 8 Wet IB 2001). Ook hiervoor wordt een CA opgelegd. Uiteindelijk kan kwijtschelding van belasting worden verleend voor deze CA-en (art. 28 lid 5 Invorderingswet 1990). Naast de genoemde CA'en kan ook sprake zijn van een CA op grond van art. 3.136 lid 3 Wet IB 2001.

Ter zake van toegekende pensioenaanspraken kan derhalve sprake zijn van zowel een CA op grond van (uiteindelijk) art. 3.83 als art. 7.2 Wet IB 2001. Ten aanzien van beide CA'en, die slechts volgtijds opgelegd kunnen zijn, bepaalt art. 25 lid 5 vierde volzin Invorderingswet 1990 dat het op grond van die bepaling verleende uitstel wordt beëindigd indien zich een omstandigheid voordoet als bedoeld in art. 19b Wet LB 1964. Op grond van art. 38n lid 2 Wet LB 1964 kan het prijsgeven tot op de fiscale balanswaarde plaatsvinden zonder toepassing van art. 19b Wet LB 1964, mits gelijktijdig de resterende pensioenaanspraak wordt afgekocht of omgevormd tot een ODV. Het prijsgeven van de pensioenaanspraak tot op de fiscale balanswaarde leidt doordat in zoverre art. 19b Wet LB 1964 niet van toepassing is, niet tot het beëindigen van het verleende uitstel van betaling. Evenmin wordt in zoverre revisierente berekend. Vanwege het buiten toepassing laten van art. 19b Wet LB 1964 volgt geen partiële beëindigen van het op grond van art. 25 lid 5 Invorderingswet 1990 verleende uitstel van betaling. Evenmin leidt het tot partiële toepassing van art. 26 lid 2 Invorderingswet 1990.

²⁰ Zie voor een uitvoerig overzicht van de verdragsrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende pensioenen B. Starink, *Belastingheffing over particulierpensioen en overheidspensioen in grensoverschrijdende situaties* (FM nr. 144), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Indien in samenhang met de afstempeling gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om een in eigen beheer verzekerde pensioenaanspraak op grond van art. 38n Wet LB 1964 af te kopen is art. 19b Wet LB 1964 wel van toepassing ter zake van de afkoop van de na afstempeling resterende pensioenaanspraak. Op grond van art. 38o Wet LB 1964 wordt dan echter niet (zoals art. 19b Wet LB 1964 in principe eist) de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak in de heffing betrokken, maar daarentegen de fiscale balanswaarde verminderd met de "vrijstelling". Daarbij wordt op grond van art. 38o lid 3 Wet LB 1964 geen revisierente berekend. Omdat ter zake van de afkoop van de afgestempelde pensioenaanspraak art. 19b Wet LB 1964 toepassing vindt, leidt dit tot beëindiging van het verleende uitstel voor de eerder opgelegde CA (art. 25 lid 5 Invorderingswet 1990). Alsdan wordt volgens bij ministeriële regeling te stellen voorwaarden kwijtschelding verleend (art. 70ca Invorderingswet 1990) tot, kort gesteld, de belasting die is verschuldigd over het loon uit vroegere dienstbetrekking zoals dat volgt uit art. 38o Wet LB 1964. Op het moment waarop wordt afgekocht overeenkomstig art. 38n en 38o Wet LB 1964 wordt derhalve de na de kwijtschelding ex art. 70ca Invorderingswet 1990 resterende conserverende aanslag ingevorderd. Tevens wordt op dat moment voor de toepassing van Wet LB 1964 belasting geheven over de overeenkomstig art. 38o Wet LB 1964 bepaalde afkoopwaarde. In zoverre zou derhalve sprake zijn van tweemaal eenzelfde te betalen bedrag. Echter, op grond van art. 7.2 lid 8 onderdeel c Wet IB 2001 wordt voor de toepassing van de inkomstenbelasting het voor die wet in aanmerking te nemen loon verminderd met, kort gesteld, het uiteindelijk ter zake van de conserverende aanslag betaalde bedrag. Daardoor is derhalve geen sprake van cumulatie. De op het afkoopmoment verschuldigde loonbelasting functioneert als voorheffing.²¹

Ingeval de pensioenaanspraak na het prijsgeven tot de fiscale balanswaarde niet wordt afgekocht, maar wordt omgevormd in een ODV, vindt dit geruisloos plaats (art. 38n Wet LB 1964). Bij omvorming vindt art. 19b Wet LB 1964 schijnbaar geen toepassing. Voor de situatie waarin omvorming plaatsvindt, bepaalt art. 70cb Invorderingswet 1990 dat, in afwijking van art. 25 lid 5 Invorderingswet 1990, het verleende uitstel van betaling voor de belasting begrepen in de CA alleen wordt beëindigd voor zover die belasting en revisierente niet toerekenbaar is aan het gedeelte van de aanspraak dat is omgevormd tot een ODV. Deze formulering suggereert dat art. 25 lid 5 Invorderingswet 1990 wel van toepassing is, hetgeen alleen zou kunnen als art. 19b Wet LB 1964 wel van toepassing zou

²¹ Het zou voor de hand liggen indien reeds voor de toepassing van de Wet LB 1964 zou zijn voorzien in een vermindering van de af te dragen loonbelasting aangezien de nu voorliggende wettelijke systematiek tot een liquiditeitsnadeel kan leiden.

zijn. Maar de duiding "geruisloos" in art. 38n lid 2 Wet LB 1964 suggereert anders. Vaststaat dat voor het geval van omvorming in een ODV nergens expliciet is bepaald dat art. 19b Wet LB 1964 geen toepassing vindt. Als art. 19b Wet LB 1964 ondanks het gebruik van het woord "geruisloos" toch wel van toepassing is, zou inderdaad het uitstel van betaling in principe op grond van art. 25 lid 5 Invorderingswet 1990 worden beëindigd en zou inderdaad art. 70cb Invorderingswet 1990 noodzakelijk zijn om het uitstel te behouden voor zover de aanspraak is omgevormd in een ODV.²² Voor het deel van de oorspronkelijk opgelegde conserverende aanslag die toerekenbaar is aan de prijsgegeven rechten, waarvoor wel beëindiging van het uitstel plaatsvindt, wordt kwijtschelding verleend (art. 70cb onderdeel b Invorderingswet 1990).

Bij omvorming in een ODV resteert anders dan bij afkoop derhalve een CA. Deze kan uiteindelijk worden kwijtgescholden (art. 26 lid 2 Invorderingswet 1990). Als gedurende de resterende bestaansduur van de CA een oneigenlijke afwikkeling van de ODV plaatsvindt, leidt dat enerzijds tot beëindiging van het uitstel van die resterende CA op grond van art. 38p lid 4 Wet LB 1964. Tevens zal alsdan op grond van diezelfde bepaling sprake zijn van loon uit vroegere dienstbetrekking tot het bedrag van de ODV op dat moment. Conform de hiervoor al beschreven systematiek zal uiteindelijk de CA worden geïncasseerd en door de werking van art. 7.2 lid 8 onderdeel c Wet IB 2001 geen inkomstenbelasting worden geheven.²³

4.2 Verdragstoepassing

Indien de aanspraakgerechtigde dga niet in Nederland woont, zal ook de woonstaat (mogelijk) consequenties verbinden aan toepassing van de uitfaseringsfaciliteit. Bijvoorbeeld België schijnt de omvorming van een bestaande pensioenaanspraak in een ODV aan te merken als afkoop van het pensioen en om die reden over de afkoop som te heffen. Het is de vraag of en in hoeverre een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in de weg

²² Als dit de benadering is bij omvorming in een ODV zou evenwel op grond van art. 30i AWR wel revisierente berekend moeten worden nu in het wetsvoorstel nergens is bepaald dat ingeval van een omvorming in een ODV art. 30i AWR niet van toepassing is. Als wij het goed zien, dient art. 30i AWR bij omvorming volledigheidshalve buiten toepassing te worden verklaard.

²³ Wij merken op dat door de gekozen systematiek ten aanzien van een ODV geldt dat een nog resterende CA wordt ingevorderd als die ODV oneigenlijk wordt afgewikkeld. Bij oneigenlijke afwikkeling wordt naar wij aannemen op grond van art. 7.2 lid 8 onderdeel a, laatste volzin Wet IB 2001 echter geen belasting geheven over de na emigratie toegepaste oprenting. Geheel duidelijk is dat echter niet.

staat aan (volledige) effectuering van de nationale heffingsmogelijkheden van de betrokken staten.

4.2.1 Pensioenartikel in verdragen ter voorkoming van dubbele belasting

Art. 18 van het OESO-modelverdrag (hierna: OESO) bepaalt dat pensioen en vergelijkbare betalingen betaald aan een inwoner van één van de verdragsstaten, alleen belast kunnen worden in die verdragsstaat. Op grond daarvan is derhalve sprake van een exclusief heffingsrecht voor de woonstaat.

In het modelcommentaar bij art. 18 OESO staat dat dit artikel niet alleen geldt voor betalingen aan de voormalige werknemer, maar ook voor betalingen aan andere gerechtigden, waaronder de partner. De bepaling geldt echter niet als de uitkeringen voortvloeien uit een niet als pensioenregeling te duiden aanspraak. De aard van de betalingen is bepalend. In § 5 modelcommentaar is aangegeven dat ook een lump-sum betaling ter vervanging van periodieke uitkeringen die als pensioen zouden kwalificeren onder de werking van het pensioenartikel valt. Op grond van § 6 modelcommentaar kan men aannemen dat ook uitkeringen uit hoofde van een ODV die in de plaats treden van (toekomstige) pensioenuitkeringen, onder de werking van art. 18 OESO vallen. Aldaar is immers bepaald dat "For example, if it is shown that the consideration for the payment is the commutation of the pension or the compensation for a reduced pension, then the payment may be characterized as 'other similar remuneration' falling under the Article." Op grond van de karakteristieken kunnen uitkeringen op grond van een ODV naar ons oordeel onder de werking van art. 18 OESO vallen. Immers, de uitkeringen gaan (in principe) in bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, zijn gefinancierd door middel van eerder opgebouwde pensioenaanspraken en bij overlijden gaan zij (in principe) over op de erfgenamen, veelal de echtgenoot en/of kinderen.²⁴ De ODV strekt er naar haar aard toe te voorzien in een verzorgingsbehoefte van de rechthebbende.²⁵ Voor de erfgenaam op wie de uitkeringen uit hoofde van een ODV overgaan, zou men bij een beperkte looptijd mogelijk kunnen twijfelen of dan sprake is van een pensioen in de zin van art. 18 OESO. De staatssecretaris heeft aangegeven van oordeel te zijn dat de ODV inderdaad als zodanig dient te worden aange-

²⁴ Zie uitvoeriger Ekkehart Reimer & Alexander Rust (ed.), Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, vierde druk, Vol. II, p. 1418, Jonathan Schwarz, Schwarz on Tax Treaties, London: Wolters Kluwer 2015, vierde druk, p. 318 ev, A.C.G.A.C. de Graaf e.a., Internationaal belastingdrukt, negende herziene druk (Fed's Fiscale studieserie), Deventer: Kluwer 2015, par. 6.8 en Cursus Belastingrecht IBR, 3.4.5.E.

²⁵ Vergelijk HR 20 mei 1987, nr. 23 792, BNB 1992/21 en HR 13 mei 2011, nr. 09/03847, BNB 2011/216.

merkt, maar maakt daarbij geen onderscheid tussen die kwalificatie bij de gewezen werknemer en bij zijn erfgenamen. Omdat het modelcommentaar evenwel ook uitdrukkelijk uitkeringen aan nagelaten betrekkingen onder de reikwijdte van het pensioenartikel brengt en Nederland het modelcommentaar dienaangaande (veelal) volgt, menen wij dat ook bij een beperkte looptijd het pensioenartikel van toepassing is. Uiteraard betekent het voorgaande niet dat andere verdragsstaten de Nederlandse kwalificatie (zonder meer) zullen volgen.

Het modelcommentaar gaat uitdrukkelijk in op de mogelijkheid van dubbele non-belasting indien, zoals in Nederland, de toekenning van pensioenaanspraken is vrijgesteld en de aanspraakgerechtigde na emigratie naar een ander land de periodieke uitkeringen of afkoopsom onbelast zou kunnen ontvangen. Voor die gevallen wensen sommige OFSO-lidstaten een heffingsrecht te behouden ter zake van pensioenuitkeringen en daarmee vergelijkbare betalingen aan niet-inwoners. Het kan dan gaan om een exclusief, gelimiteerd of gewoon heffingsrecht voor de bronstaat van de uitkeringen, eventueel afhankelijk te stellen van de mate van belastingheffing in de woonstaat.²⁶

Nederland volgt bij het sluiten van verdragen de lijn van het OESO-modelverdrag en voorheen het Nederlands standaardverdrag 1987 (hierna: NSV) en tegenwoordig de Notitie Fiscaal verdragsbeleid 2011 (hierna: NFV). Sinds 1998 zet Nederland in op heffingsbevoegdheid voor de bronstaat in gevallen waarin het pensioen wordt afgekocht²⁷ of waarin de woonstaat de uitkeringen aan een bijzonder regime onderwerpt. Nederland streeft tegenwoordig ook voor reguliere pensioenuitkeringen een (eventueel beperkte) bronstaatheffing voor pensioenen na. Gezien de hiermee in de tijd corresponderende inzet bij verdragsonderhandelingen kent Nederland verschillende verdragsbepalingen ten aanzien van pensioenuitkeringen.²⁸

4.2.2 Exclusieve toewijzing heffingsbevoegdheid aan de woonstaat

In de gevallen waarin de heffingsbevoegdheid ter zake van pensioenen inclusief de eventuele afkoopsommen exclusief aan de woonstaat is toegewezen, is Nederland in

het geheel niet heffingsbevoegd.²⁹ Dit geldt dan zowel bij een reguliere afwikkeling als bij afstempeling en afkoop van de pensioenaanspraak. Of en in hoeverre ter zake van de afstempeling van de pensioenaanspraak tot de fiscale balanswaarde in de woonstaat belasting wordt geheven, is dan afhankelijk van de vigerende wetgeving in de woonstaat. Dit geldt eveneens ten aanzien van de afkoop van de (resterende) pensioenaanspraak maar ook bij de omvorming in een ODV. De omvorming in een ODV zou naar het nationale fiscale recht van de woonstaat als een afkoop van het pensioen kunnen worden aangemerkt met de daarmee corresponderende belastingheffing. De belastingheffing op het uitfasingsmoment wordt in de gevallen waarin de aanspraakgerechtigde inwoner is van een verdragsstaat met een exclusieve heffingsbevoegdheid volledig bepaald in de woonstaat. Dit betekent dat ook primair op basis van de daar geldende fiscale wetgeving dient te worden bepaald of uitfasering voor de aanspraakgerechtigde verstandig kan zijn alsmede welke uitfaseringsvariant dan optimaal is.

Het feit dat de heffingsbevoegdheid exclusief is toegewezen aan de woonstaat, betekent evenwel niet dat de aanspraakgerechtigde geen belang heeft bij de Nederlandse uitfaseringsfaciliteit. Indien en voor zover ter zake van de pensioenaanspraken namelijk nog een CA bestaat, leidt de uitfaseringsfaciliteit er namelijk toe dat de CA wordt verminderd tot het bedrag dat op het uitfasingsmoment verschuldigd zou zijn volgens de bepalingen van de Wet LB 1964. Echter, op grond van art. 26 lid 3 onderdeel b Invoeringswet 1990³⁰ wordt kwijtschelding verleend voor het resterende deel van de CA indien de woonstaat op het uitfaseringsmoment exclusief heffingsbevoegd is. Dit betekent uiteindelijk dat die CA wordt verminderd tot nihil. Volgens de staatssecretaris zou Nederland de in aftrek gebrachte of vrijgestelde pensioenpremies nog kunnen terugnemen.³¹ Op grond van HR 15 april 2011, nr. 10/00990, *BNB* 2011/160c* is dat naar ons oordeel echter niet mogelijk.³²

De woonstaat zal op grond van de exclusieve toewijzing van de heffingsbevoegdheid geen voorkoming van dubbele

²⁶ Zie art. 18, § 15 ev. Modelcommentaar.

²⁷ Bijvoorbeeld in het verdrag met België is Nederland bij afkoop echter alleen heffingsbevoegd indien de afkoop plaatsvindt voor de uitkeringen zijn ingegaan.

²⁸ Zie B. Starink, t.a.p., bijlage 4 voor een overzicht van de verschillende toewijzingsregels ten aanzien van pensioen in belastingverdragen. Daarin nog niet opgenomen zijn verdragen met Kenia, Zambia (vernieuwd), Malawi en Ethiopië die alle een bronstaatheffing kennen voor pensioen.

²⁹ Tenzij Nederland de exclusief aan de woonstaat toegewezen pensioeninkomsten wel in de grondslag zou mogen begrijpen waarnaar de Nederlandse tarieven worden berekend. Voor zover ons bekend is dat in geen enkel verdrag met een exclusieve toewijzing van de heffingsbevoegdheid aan de woonstaat aan de orde.

³⁰ Welke bepaling is ingevoerd naar aanleiding van HR 15 april 2011, nr. 10/00990, LJN: BN8728, V-N 2011/20.7 en *BNB* 2011/160 met annotatie van P. Kavelaars.

³¹ Kamerstukken II 2016/17, 34555, nr. 5, V-N 2016/58.10, p. 231.

³² Zie ook P. Kavelaars in zijn annotatie bij *BNB* 2011/160 die stelt dat de Hoge Raad de reparatiewetgeving van art. 3.136 lid 3 Wet IB 2001 in één keer van tafel heeft gevergd.

belasting bieden. Voor gevallen waarin de aanspraakgerechtigde bij uitfasering derhalve woonachtig is in een staat waarmee Nederland een verdrag heeft met een exclusieve toewijzing van de heffingsbevoegdheid aan de woonstaat, is de woonstaatheffing bepalend. De afstempeling en daaraan gekoppelde afkoop of omvorming in een ODV leidt in die woonstaat afhankelijk van de daar geldende fiscale wetgeving tot belastingheffing. De Nederlandse uitfaseringsfaciliteit heeft voor de aanspraakgerechtigde geen materiële betekenis. In geval van omvorming in een ODV (die mogelijk al een belaste afkoop oplevert in de woonstaat) zullen de uitkeringen daaruit ook exclusief aan de woonstaat ter heffing zijn toegewezen.

De conclusie is derhalve dat in relatie tot verdragen waarin de woonstaat exclusief heffingsbevoegd is ter zake van pensioenuitkeringen, zowel bij reguliere afwikkeling als bij niet-periodieke afwikkeling, Nederland niet heffingsbevoegd is.

4.2.3 *Nederland is gedeeltelijk heffingsbevoegd*

Zoals hiervoor is aangegeven, is het Nederlandse beleid er op gericht om verdragen te sluiten waarin Nederland als bronstaat (al dan niet onder bepaalde voorwaarden) heffingsbevoegd is ter zake van pensioenuitkeringen. Indien Nederland heffingsbevoegd is ter zake van pensioenuitkeringen dan wel ter zake van een niet-periodieke afwikkeling daarvan, zal Nederland zijn nationale wetgeving kunnen toepassen. Dit betekent dat de CA zal worden ingevorderd tot het niveau van de op het uitfaseringsmoment verschuldigde belasting bij afkoop. Indien er voor zover de feitelijke heffing op grond van art. 38n Wet LB 1964 hoger zou zijn dan de op de CA te betalen belasting, zou bij afkoop ook dat hogere bedrag nog worden geheven. Ter zake van de afkoop zou tevens in de woonstaat belastingheffing kunnen plaatsvinden, waarbij de woonstaat voorkoming zal verlenen voor de in Nederland geheven belasting. Voor zover die in Nederland geheven belasting evenwel bestaat uit de geïnde belasting uit hoofde van de CA, is het de vraag of de woonstaat ter zake daarvan voorkoming zal verlenen omdat die krachtens de CA verschuldigde belasting Nederlandse belasting uit een eerder jaar betreft. Het valt niet uit te sluiten dat de woonstaat om die reden geen voorkoming zal verlenen. Voor zover in Nederland op het uitfaseringsmoment wel belasting is verschuldigd, zal de woonstaat daarvoor op grond van het verdrag voorkoming verlenen. Als de afkoopsom in Nederland op grond van art. 38o Wet LB 1964 niet in de heffing wordt betrokken, zal de woonstaat mogelijk geen voorkoming verlenen omdat in zoverre sprake is van een vrijstelling. Dit kan ook gelden ten aanzien van het bedrag van de afstempeling. Weliswaar vormt dit bedrag op grond van art. 38n Wet LB 1964 in Nederland geen loon, maar de woonstaat kan daar uiteraard anders over denken. Derhalve zien wij in relatie tot landen waarmee een verdrag is gesloten op grond waarvan Nederland wel heffingsbevoegd is, dat bij toepassing

van de uitfaseringsfaciliteit toch (dubbele) belastingheffing kan ontstaan ter zake van de CA die wordt ingevorderd. Voor het "vrijgestelde" inkomen bij afstempeling en afkoop zal de woonstaat mogelijk geen voorkoming verlenen en in zoverre zouden deze vrijstellingen derhalve dan geen betekenis hebben.

Indien geen sprake is van afkoop, maar van omvorming in een ODV, zien wij eveneens het risico dat sprake is van dubbele belastingheffing. Nederland zal de uitkeringen uit hoofde van de ODV in de Nederlandse belastingheffing betrekken. De woonstaat kan evenwel reeds op het moment van omvorming van de resterende aanspraak in een ODV van oordeel zijn dat die omvorming als een afkoop dient te worden aangemerkt en daaraan belastingheffing verbinden. Omdat Nederland geen belasting heft ter zake van de omvorming, zou de woonstaat op dat moment mogelijk geen voorkoming verlenen bij gebrek aan Nederlandse heffing. Mogelijk zouden ook de toekomstige uitkeringen uit de ODV in de woonstaat in de heffing worden betrokken. Alsdan is ook sprake van Nederlandse belastingheffing. De woonstaat zal voor de reguliere uitkeringen voorkoming bieden als die uitkeringen inderdaad door de woonstaat ook worden aangemerkt als pensioen in de zin van het verdrag.

4.3 Conclusie verdragsrechtelijke aspecten

Pensioenuitkeringen alsmede de afkoopsom van een pensioen vallen in de door Nederland gesloten verdragen onder het zogenoemde pensioenartikel. Ook de uitkeringen uit hoofde van een ODV vallen daar naar ons oordeel onder. Dit laatste is mogelijk anders vanaf het moment waarop de ODV-uitkeringen toekomen aan een erfgenaam en het aantal resterende termijnen (zeer) beperkt is.

Indien de aanspraakgerechtigde in een land woont waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten met een exclusieve woonstaatheffing over pensioenen, is Nederland in het geheel niet bevoegd tot enige belastingheffing ter zake van het pensioen of de ODV. De uitfaseringsfaciliteit inclusief de daarin begrepen vrijstelling bij afkoop heeft in die gevallen voor de aanspraakgerechtigde geen betekenis. De woonstaat bepaalt op grond van het daar geldende recht of en, zo ja, hoeveel belasting is verschuldigd bij afstempeling en afkoop of omvorming. Het kan daardoor zo zijn dat de aanspraakgerechtigde in de woonstaat met integrale belastingheffing wordt geconfronteerd.

Indien de aanspraakgerechtigde in een land woont waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten dat Nederland heffingsbevoegdheid verleent, kan Nederland de uitfaseringsfaciliteit toepassen. Bij afstempeling met afkoop zal Nederland heffen. Daarbij zal de woonstaat in principe voorkoming moeten bieden, maar het is de vraag of de woonstaat dat zal doen ter zake van de afstempe-

ling alsmede ter zake van de toegepaste vrijstelling. Indien dit niet geval is, resteert dubbele belastingheffing. Voor zover nog sprake is van een CA die wordt geïnd in verband met de uitfasering, is het eveneens de vraag of de woonstaat voor de CA voorkoming zal verlenen. Als dat niet gebeurt, is ook voor dat deel sprake van dubbele belastingheffing. Dubbele belastingheffing kan een reden zijn om niet tot uitfasering over te gaan.

Eventuele dubbele belastingheffing is een gevolg van het verschil in nationale heffingssystemen en van de wijze waarop de woonstaat voorkoming verleent. De dubbele belastingheffing vloeit derhalve niet voort uit de specifieke vormgeving van de uitfaseringsfaciliteit. Naar ons oordeel had echter reeds in een eerder stadium uitgebreider ingegaan kunnen worden op de verdragsrechtelijke duiding en gevolgen van het wetsvoorstel. Hopelijk maakt dat echter nog onderdeel uit van de toegezegde voorlichtingscampagne zodat dga's en hun adviseurs zich van deze aspecten voldoende bewust zijn.

5 Jaarrekeningrechtelijke aspecten ODV³³

De ODV vormt een juridisch afdwingbare verplichting. Ook voor de toepassing van het jaarrekeningenrecht geldt die kwalificatie. Er is uiteraard een wezenlijk verschil met een pensioenaanspraak aangezien de ODV niet van het leven afhankelijk is. Par. 271 van de Richtlijnen van de RJ (personeelsbeloningen) is naar ons oordeel ook van toepassing op een ODV. Een ODV is niet van het leven afhankelijk en derhalve geen pensioentoezegging. Gezien de tekst van par. 271.4 lijkt een ODV niet te vallen onder de VUT en andere non-activiteitsregelingen. Naar ons idee zouden de Richtlijnen daarom uitgebreid moeten worden met de waardering en presentatie van de ODV. Waar het de waardering van een op 31 december 2016 bestaande pensioenvoorziening in de vennootschappelijke of geconsolideerde jaarrekening betreft, komt de vraag op of rekening mag worden gehouden met een eventueel in 2017 doorgevoerde uitfasering. Als de uitfasering al heeft plaatsgevonden voor de jaarrekening wordt opgemaakt, mag dan rekening worden gehouden met de eventuele afstempeling enz.? Op grond van de Richtlijnen voor de Jaarrekening, par. 160.206 en 160.207 zal naar ons idee de pensioenvoorziening per 31 december 2016 niet afgevalueerd mogen worden tot de fiscale balanswaarde. Het betreft immers een feit dat geen licht werpt op feitelijke omstandigheden op balansdatum. Wij begrijpen dat de RJ na inwerkingtreding van het wetsvoorstel een uiting zal publiceren. Naar wij aannemen zal daarin op deze voorgaande aspecten worden ingegaan.

6 Slotbeschouwing en conclusie

Aan het wetsvoorstel gaat een lange voorbereidingstijd vooraf. Dit heeft naar ons idee waar het de fiscale wetgeving betreft, tot een uitvoerig en goed doordacht voorstel geleid. Uitfasering raakt evenwel ook aan niet fiscale wetgeving. Dit betreft bijvoorbeeld de Pensioenwet, de WVPS en het huwelijksvermogensrecht. Naar onze indruk is het belang van die wetgeving op het uitfaseringsproces mogelijk onderschat. Dienaangaande bestaat een veelheid aan vragen. Zie in die context bijvoorbeeld de brieven die NOB, SRA, RB en NOAB op 25 november 2016 naar de Eerste Kamer hebben gestuurd. Dat aan het einde van een langjarig wetgevingsproces nog zoveel vragen bestaan over op zich evidente aandachtspunten, is uit het oogpunt van kwalitatief hoogwaardige wetgeving te betreuren. Weliswaar betreffen de vraagpunten vooral de fiscale duiding van niet-fiscale regelgeving, maar het was zorgvuldig geweest als ook de niet-fiscale regelgeving een manifest en niet voor discussie vatbaar onderdeel van de memorie van toelichting zou zijn geweest. Thans ontbreekt het aan een eenduidige beschrijving van de relevante problematiek in de parlementaire stukken. Met name de hiervoor beschreven schenkingsproblematiek vloeit daaruit voort. De vrees bestaat dat de door ons beschreven schenkingsproblematiek en de wijze waarop afhankelijk van het huwelijksgoederenregime compensatie dient plaats te vinden, aan de feitelijke toepassing van uitfasering in de weg zal staan.

Los van het voorgaande, verbaast het ons dat niet is gekozen voor een integrale (her)beoordeling van het ondernemerspensioen, zowel dat voor de ondernemer als dat voor de dga. Het lijkt voor de hand liggend dat de wetgever voor beiden een gelijkwaardige oudedagsvoorziening voorstaat waarbij soliditeit van het te bereiken pensioen, maar bijvoorbeeld ook de financieringsfunctie een rol speelt. Dit zou onze voorkeur hebben gehad. Die financieringsfunctie maakte oorspronkelijk een fundamenteel belang uit van de afweging, maar die functie is volledig verlaten. De argumenten die ten grondslag hebben gelegen aan de afschaffing van het pensioen in eigen beheer, gelden in gelijke en zelfs grotere mate ook voor de oudedagsreserve van paragraaf 3.2.3 Wet IB 2001. Waarom derhalve het pensioen in eigen beheer thans wel wordt afgeschaft en de oudedagsreserve wordt gehandhaafd, is onduidelijk. In ieder geval levert dit een afwijkende behandeling tussen beide op. Wat ons verder verbaast is dat niet tevens de mogelijkheid is aangegrepen om stamrechtverplichtingen en "FOR-" en stakingslijfrenten bij de eigen BV op dezelfde manier uit te faseren. Ook voor die rechten geldt immers nagenoeg dezelfde problematiek als voor het pensioen in eigen beheer. De staatssecretaris wilde hier echter niet aan. Uit het oogpunt van eenvoudige en eenduidige wetgeving bestaan er echter wel argumenten voor een gecoördineerde en gelijktijdige uitfasering van alle genoemde regelingen.

³³ Na de afronding van het artikel is RJ-Uiting 2016-15 verschenen met een ontwerp richtlijn. Deze is niet meer verwerkt.