



AFKOOP NEDERLANDS PENSIOEN IN EIGEN BEHEER DOOR NEDERBELGEN

EINDHOVEN
15 januari 2018

BACHELORSRIPTIE BART F.J. VAN GERWEN
FONTYS HOGESCHOLEN 2018

Voorwoord

Deze afstudeerscriptie is geschreven in het kader van mijn afstuderen aan de opleiding Fiscaal Recht en Economie aan Fontys Hogescholen te Eindhoven. Sinds het najaar van 2013 volg ik deze opleiding. Voor de snelle rekenaar heb ik er dus langer dan 4 jaar over gedaan om mijn diploma te halen. Tussentijds heb ik een half jaar gewerkt omdat ik geen geschikt kantoor gevonden kreeg om bij af te studeren. Gelukkig mocht ik in september 2017 beginnen aan mijn afstudeerstage bij Wesselman in Eindhoven.

Het onderwerp van mijn scriptie is het afgelopen jaar veel ter sprake gekomen. Dit onderwerp sprak mij aan omdat er momenteel onduidelijkheid heerst over de fiscale behandeling van een pensioen in eigen beheer afkoop waarbij de directeur-grotoaandeelhouder niet in Nederland woont. De voortgang verliep niet altijd even soepel. Vooral de eerste deelvraag leek soms wel een verzamelbak van informatie. Deze heb ik later goed kunnen filteren.

Vanaf begin september 2017 tot eind december 2017 heb ik stage mogen lopen bij Wesselman Accountants | Adviseurs. Samen met mijn stagebegeleider Jeroen Giebels en scriptiebegeleider Johan Koolen heb ik de onderzoeksvraag en opzet afgestemd. Ik wil mijn begeleiders bedanken voor de fijne begeleiding en ondersteuning tijdens het lopen van mijn stage en het schrijven van mijn scriptie. Daarnaast wil ik Perry Hendriks bedanken voor de momenten die hij voor me vrij heeft gemaakt om te sparren over de indeling van mijn scriptie. Verder wil ik Patricia Vriens, mijn scriptiebegeleidster van Fontys Hogescholen bedanken voor haar snelle reacties en de prettige begeleiding. Het netwerk bij mijn stagebedrijf, mijn laptop en later mijn tablet werkten niet altijd mee op de momenten dat ik ze het meest nodig had, maar gelukkig had iedereen daar begrip voor. Als laatste wil ik mijn gezin en vriendin bedanken voor hun geduld en steun tijdens mijn stressminuten en later stressdagen.

Het voornaamste doel van de stage was het opdoen van in de praktijk, meedraaien in een organisatie en een steentje bijdragen. Ik heb veel mogen leren en mogen zien binnen Wesselman. Daarnaast is het doel geweest een stap dichterbij het behalen van mijn diploma te komen. Beide doelstellingen heb ik behaald. Tot slot wil ik alle medewerkers van Wesselman bedanken voor de leuke en leerzame stagetijd.

Eindhoven, 15 januari 2018

Bart F.J. van Gerwen

Samenvatting

Per 1 april 2017 is de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen in werking getreden. Deze wet biedt DGA's de mogelijkheid tot het afkopen of omzetten in een ODV van een pensioen in eigen beheer. Vanaf 1 juli 2017 mogen geen dotaties meer worden gedaan aan pensioenvoorzieningen in eigen beheer. De wetsinvoering verleent een fiscaal geruisloze afstempeling van de commerciële waarde van de pensioenvoorziening naar een waarde gelijk aan de fiscale waarde van deze voorziening. Voor belastingplichtigen die kiezen de pensioenvoorziening af te kopen geldt een aanvullende vrijstelling. Deze procentuele vrijstelling neemt af gedurende 2017 tot en met 2019. Daarnaast wordt in deze jaren geen revisierente geheven over de commerciële waarde van de afkoopsom. De wetgever beoogt op deze manier DGA's te stimuleren om het pensioen af te kopen. De DGA kan enkel de pensioenvoorziening afkopen of omzetten in een ODV als de (voormalig) partner, die in bezit is van een aanspraak in het pensioen, hiermee instemt. Tussen de DGA en (voormalig) partner kan een compensatie overeen gekomen worden voor het verlies van aanspraken door de omzetting in een ODV of afkoop.

De afkoop van een pensioenvoorziening door een buiten Nederland wonende DGA, met een Nederlands PEB, wordt onderworpen aan de belastingwetgeving geldend in het woonland alsmede in het bronland en internationale belastingwetgeving.

In het belastingverdrag tussen het woonland en het bronland is bepaald welk land heffingsbevoegd is over de afkoopsom. In deze scriptie wordt Nederland aangemerkt als bronland en België als woonland.

Het achttiende artikel van het Verdrag 2001 bevat bepalingen betreffende pensioeninkomsten. In beginsel is het woonland heffingsbevoegd. Echter kan het bronland heffingsbevoegd zijn als aan voorwaarden is voldaan. Als de pensioenvoorziening is ingegaan ten tijde van de afkoop dienen in het bronland, tijdens het opbouwen van de pensioenvoorziening, de dotaties in aftrek van de winst te zijn gebracht. Daarnaast moet de uitkering meer dan € 25.000,- bedragen in één kalenderjaar en moet het inkomstenbestanddeel in het woonland voor minder dan 90 procent betrokken zijn in de belastingheffing. Wanneer de pensioenvoorziening ten tijde van afkoop niet reeds tot uitkering is gekomen is het bronland in alle gevallen heffingsbevoegd.

Doordat Nederland een procentuele vrijstelling verleent, beroept België zich op artikel 23 lid 1 onderdeel a van het Verdrag 2001. België moet enkel dubbele belastingheffing voorkomen voor zover de afkoopsom in het bronland is belast. Hierdoor worden DGA's die niet in het bronland wonen niet bevoordeeld door de Wet uitfasering PEB.

De non-discriminatiebepalingen van het VWEU en het Verdrag 2001 bepalen dat geen onderscheid gemaakt mag worden tussen nationaliteiten en, met name in deze scriptie van belang, ingezetenen en niet-ingezetenen. Zowel de Nederlandse als de Belgische wetgeving blijkt niet te discrimineren. Daarnaast mag een nationale maatregel, de Wet uitfasering PEB, geen belemmering opleveren voor de verdragsvrijheden. Een belastingplichtige moet ongelimiteerd deel kunnen nemen aan het economische leven van een andere lidstaat. Ook mogen geen belemmeringen opgelegd worden voor het betalingsverkeer.

Echter kan de belemmering van verdragsvrijheden worden gerechtvaardigd. In het VWEU is opgenomen dat belemmerende maatregelen gerechtvaardigd kunnen worden als deze de openbare zedelijkheid, orde of gezondheid bevordert. Uit jurisprudentie heeft het HvJ EU de 'Rule of Reason' ontwikkeld. Rechtvaardiging vindt plaats als de belemmering toe ziet op fiscale samenhang tussen belastingheffing en belastingaftrek, opgelegd wordt om te kunnen toetsen welke inkomsten of verliezen aan een lidstaat toe te rekenen zijn, toe ziet op een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid of als deze beoogd belastingontwijking tegen te gaan.

Afkortingen

AOW	Algemene ouderdomswet
Art.	Artikel
AVA	Algemene vergadering van aandeelhouders
AWR	Algemene wet inzake rijksbelasting
BE	België
BNB	Beslissing in belastingzaken
B.V.	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
DGA	Directeur-groootaandeelhouder
HvJ	Hof van Justitie Europese Unie
Nederbelg	Persoon met een Nederlandse nationaliteit die woonachtig is in België
ODV	Oudedagsvoorziening
OESO-MV	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling ModelVerdrag
PEB	Pensioen in eigen beheer
Pensioenlichaam	Lichaam als bedoeld in art. 19a, eerste 1, onderdeel d, Wet LB 1964 zoals deze luidde per 31 december 2016
PW	Pensioenwet
Verdrag 1971	Verdrag Nederland Spanje 1971
Verdrag 2001	Verdrag Nederland België 2001
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet LB	Wet op de loonbelasting 1964
Wet uitfasering PEB	Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen
Wet VPB	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
Wet VPS	Wet verevening pensioenrechten bij scheiding
WIB 1992	Belgische wetboek van de inkomstenbelasting 1992

Inhoudsopgave

Voorwoord	I
Samenvatting	II
Afkortingen	III
Inhoudsopgave	4
1. Inleiding	6
1.1 Aanleiding	6
1.2 Korte casusbeschrijving	6
1.3 Probleemstelling en deelvragen	6
1.4 Doelstelling	7
1.5 Afbakening	7
1.6 Methode van onderzoek	8
1.7 Leeswijzer	8
2. Uitgebreide casusomschrijving	9
2.1 Inleiding	9
2.2 Uitgebreide casusbeschrijving	9
3. Pensioen in eigen beheer: wetwijziging	11
3.1 Inleiding	11
3.2 Pensioen in eigen beheer	11
3.2.1 Pensioenopbouw in de werkmaatschappij	11
3.2.2 Pensioenopbouw in extern eigen beheer	12
3.2.3 Waarderingsgrondslagen	12
3.3 Knelpunten pensioen in eigen beheer	13
3.4 Nieuwe wet vanaf 1 april 2017	14
3.4.1 De afkoopregeling	14
3.4.2 Omzetting in een oudedagsverplichting	15
3.4.3 In stand houden van de pensioenvoorziening	16
3.5 Motivatie tot afkoop	17
3.6 Positie van de (voormalig) partner	18
3.6.1 Teken en (voormalig) partner	18
3.6.2 Compensatie (voormalig) partner	19
3.7 Conclusie	20
4. Het verdrag en de afkoopregeling	21
4.1 Inleiding	21
4.2 Bilateraal belastingverdrag	21
4.2.1 Beginselen	21

4.2.2	Conflicten	22
4.3	Afkoop Nederlanden	22
4.3.1	Belastingverdrag Nederland-België	23
4.3.2	Heffingsbevoegdheid afkoopsom	24
4.3.3	Verlening voorkoming dubbele belasting	25
4.4	Conclusie	25
5.	Rechtvaardiging van het verschil	26
5.1	Inleiding	26
5.2	Non-discriminatie	26
5.3	Verdragsvrijheden	27
5.3.1	Vrijheid van vestiging	27
5.3.2	Vrijheid van kapitaal- en betalingsverkeer	27
5.3.3	Samenloop	28
5.4	Rechtvaardigingsgronden	28
5.4.1	Verdragsrechtelijke uitzondering	28
5.4.2	Rule of Reason	28
5.5	Conclusie	29
6.	Casusuitwerking	31
6.1	Gevolgen wetswijziging	31
6.2	Belastingheffing Nederland	31
6.3	Internationale gevolgen	32
6.3.1	Belastingheffing België	32
6.3.2	Discriminatie	33
7.	Eindconclusie	34
7.1	Conclusie	34
7.2	Eventuele aanbeveling	35
	Literatuurlijst	36
	Bijlage 1: Verklaring van authenticiteit	38

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

De Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige pensioenmaatregelen is per april 2017 in werking getreden. Deze wetswijziging biedt DGA's de mogelijkheid een pensioen in eigen beheer af te kopen of om te zetten in een ODV. Voor mijn afstudeerscriptie heb ik een casus gekozen die binnen Wesselman speelt. Naast Wesselman hebben veel andere belastingadvieskantoren te maken met soortgelijke casussen. In de casus wordt gekozen voor de mogelijkheid om het pensioen in eigen beheer af te kopen. Hiervoor geldt een vrijstelling. De pensioengerechtigde woont hierbij echter niet in Nederland. Het gedeelte van de afkoopsom van het pensioen in eigen beheer dat in Nederland is vrijgesteld, wordt mogelijk belast in het woonland van de pensioengerechtigde. In deze scriptie is ter referentie België in aanmerking genomen als woonstaat buiten Nederland.

Gezien de werking van belastingverdragen in combinatie met nationale wetgeving is deze scriptie mede bruikbaar voor situaties met andere woonlanden dan België.

1.2 Korte casusbeschrijving

In deze scriptiecasus staat mevrouw De Kort centraal. Mevrouw is een aantal jaar geleden samen met haar partner verhuisd vanuit Nederland naar België. Toen ze nog in Nederland woonde heeft ze een consultancybedrijf opgericht, genaamd Kort Consultancy. De fiscale structuur bestaat uit een holdingvennootschap en een werkmaatschappij. Mevrouw De Kort is enig aandeelhouder van de holding, genaamd Kort Consultancy Holding B.V. Die op haar beurt de aandelen van Kort Consultancy B.V. in bezit heeft. Beide vennootschappen zijn ondanks de verhuizing van mevrouw de Kort in Nederland gevestigd gebleven.

Tijdens het uitoefenen van haar onderneming heeft mevrouw jaarlijks een deel van haar winst gedoteerd aan een pensioenvoorziening. De pensioenvoorziening wordt gehouden in Kort Consultancy Holding B.V. De voorziening is inmiddels tot een flink bedrag opgelopen. De partner van mevrouw de Kort is inmiddels tien jaar geleden overleden en ze begint nu op leeftijd te raken. Dit heeft haar in 2012 doen besluiten de werkmaatschappij, Kort Consultancy B.V. te verkopen. De aandelen van Kort Consultancy Holding B.V. blijven in bezit van mevrouw De Kort.

Nu de Wet uitfasering PEB in werking is getreden kan de pensioenvoorziening niet verder worden opgebouwd door middel van dotaties uit het resultaat. Door mevrouw De Kort is besloten dat de pensioenvoorziening zal worden afgekocht.

In overleg met haar belastingadviseur is besloten te wachten met afkopen tot de overheid meer duidelijkheid heeft geboden over de fiscale behandeling van de afkoopregeling in combinatie met de Wet uitfasering PEB. Doordat mevrouw De Kort in België woont is naast de Nederlandse wetgeving ook de Belgische en internationale wetgeving van kracht.

1.3 Probleemstelling en deelvragen

In deze scriptie staat de volgende vraag centraal:

“In hoeverre zijn Nederland en België heffingsbevoegd bij de afkoop van een in eigen beheer gehouden pensioen in een Nederlandse vennootschap indien de belanghebbende woonachtig is in België en is dit gerechtvaardigd?”

Om bovenstaande probleemstelling te kunnen beantwoorden, wordt gebruik gemaakt van onderstaande deelvragen:

1. Welke gevolgen heeft de wetswijziging van het pensioen in eigen beheer voor de pensioenvoorzieningen van directeuren-groootaandeelhouders?

De deelvraag wordt uitgewerkt aan de hand van een beschrijving van de knelpunten die hebben geleid tot de wetswijziging. Vervolgens worden de uitfaseermogelijkheden en het in stand laten van de pensioenvoorziening behandeld. Tot slot zal de problematiek rondom de partner van de DGA uitgewerkt worden.

2. Hoe wordt de heffingsbevoegdheid over de afkoopsom van een pensioen in eigen beheer volgens het belastingverdrag tussen Nederland en België aan beide verdragslanden toegekend?

Uitwerking van deze deelvraag zal plaatsvinden aan de hand van de uitwerking van het bilaterale belastingverdrag. Aan de hand van afkoopmotieven, de heffingsbevoegdheid en de verlening van voorkoming van dubbele belastingheffing zal antwoord worden gegeven op de deelvraag.

3. In hoeverre is de afwijkende heffingsdruk op de afkoopsom van het pensioen in eigen beheer in verschillende woonstaten over dezelfde bron van inkomen gerechtvaardigd?

Aan de hand van Europese bepalingen zal worden getoetst in hoeverre de Nederlandse maatregel leidt tot discriminatie of verboden belemmering van belastingplichtigen. Een nationale maatregel mag een belastingplichtige niet bevoordelen of benadelen ten opzichte van een gelijkwaardig persoon.

1.4 Doelstelling

Het doel van deze scriptie is middels wetanalyse, jurisprudentieonderzoek en literatuuronderzoek inzicht te krijgen in het verlenen van heffingsbevoegdheid over de afkoop van een pensioen gehouden in eigen beheer. De heffingsbevoegdheid volgt doorgaans uit het belastingverdrag tussen twee verdragstaten. Als gevolg van de nieuw ingevoerde Nederlandse wetgeving zal mede gekeken moeten worden naar relevante jurisprudentie, literatuur en de standpunten die verdragslanden innemen.

1.5 Afbakening

Om de deelvragen te kunnen beantwoorden en vervolgens de probleemstelling op te kunnen lossen, is afbakening van een en ander nodig. De afbakening wordt hieronder weergegeven:

Relevant voor de scriptie:

- Algemene Wet inzake Rijksbelasting, alleen art. 4 en art. 31i.
- Belastingverdrag Nederland-België 2001, alleen art. 18, art. 23 en art 26.
- Burgerlijk Wetboek, boek 2, alleen art. 396.
- Hoofdstuk 3, tarief loonheffingen Wet LB 1964.
- Hoofdstuk 7, afdeling 7.2, belastbaar inkomen uit werk en woning Wet IB 2001.
- Hoofdstuk 8, overgangs- en slotbepalingen Wet LB 1964.
- Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, alleen art. 18, art. 36, art. 49 en art. 63.
- Verdrag Nederland België 2001.

Hierbij wordt in deze scriptie buiten beschouwing gelaten:

- Vennootschapsbelasting.
- Dividendbelasting.

1.6 Methode van onderzoek

In deze scriptie is een kwalitatief onderzoek gedaan naar de uitfasering van het pensioen in eigen beheer. Hierbij ligt de focus op belanghebbenden die buiten Nederland wonen en inkomen genieten vanuit Nederland. Ter afbakening wordt België in aanmerking genomen als woonland in deze scriptie en bijbehorende casus. Voordat ik begon met het schrijven van mijn scriptie heb ik me verdiept in de relevante wetgeving en de bijbehorende jurisprudentie. Daarbij heb ik gebruik gemaakt van onder andere Wetteksten, NDFR, Kluwer navigator, Vakstudienieuws, het Belastingverdrag Nederland-België, het VWEU, maar ook andere artikelen van specialisten op het gebied van pensioenen. Verder heb ik om kennis te vergaren en adviezen in te winnen contact gehad met interne specialisten op dit vakgebied, de heer J. Koolen en de heer P. Hendrikx.

1.7 Leeswijzer

De scriptie is opgemaakt uit een aantal onderdelen. Deze onderdelen worden onderverdeeld in een inleidend deel, een theoretisch deel, een uitwerking van de scriptiecasus, een conclusie en tot slot een literatuurlijst. Het inleidende gedeelte van deze scriptie wordt in deze paragraaf beëindigd. In het volgende hoofdstuk wordt een uitgebreide casusomschrijving gegeven. Hoofdstuk drie gaat in op de voorwaarden, de mogelijkheden van opbouw en de waardering van het PEB. Daarnaast worden de uitfaseermogelijkheden omschreven. In het vierde hoofdstuk wordt ingegaan op de heffingsbevoegdheid zoals deze is bepaald in het belastingverdrag tussen Nederland en België. De toetsing van de rechtvaardigheid van het verschil in belastingheffing tussen binnenland- en buitenlandsbelastingplichtigen wordt besproken in hoofdstuk 5. Vervolgens wordt in hoofdstuk 6 de scriptiecasus uitgewerkt. Tot slot is de conclusie geformuleerd in hoofdstuk 7.

2. Uitgebreide casusomschrijving

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk is een uitgebreide casusomschrijving weergegeven. Belastingplichtige mevrouw de Kort staat hierin centraal. De casus 'mevrouw De Kort' en haar bijbehorende wensen zullen als eerste worden geschetst. Ter verduidelijking wordt een overzicht gegeven van de fiscale balans. Vervolgens worden kort de uitfaseermogelijkheden van het PEB weergegeven. Deze zullen in een later hoofdstuk worden uitgewerkt. Tot slot wordt het probleem waar mevrouw de Kort en haar adviseur tegen aanlopen beschreven.

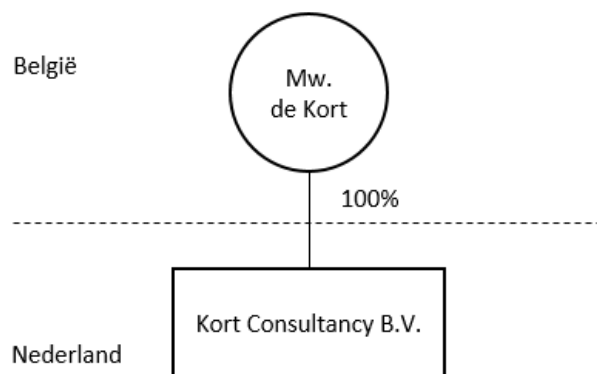
2.2 Uitgebreide casusbeschrijving

Mevrouw De Kort woont sinds 2007 in België. Daarvoor heeft zij haar hele leven in Nederland gewoond. Tot enkele jaren geleden is mevrouw ook in loondienst werkzaam geweest in België.. Naast haar werkzaamheden in loondienst heeft mevrouw de Kort een eigen consultancybureau. Dit bureau heeft ze ongeveer twintig jaar voordat ze naar België verhuisde opgericht naar Nederlands recht. In 2007 heeft mevrouw De Kort de werkmaatschappij verkocht aan een trouwe medewerker. De fiscale structuur van het consultancybureau bestond destijds uit een werkmaatschappij en een holding.

De werkmaatschappij is niet langer in handen van mevrouw De Kort en blijft in deze casus dus buiten beschouwing.

Mevrouw De Kort bezit alle aandelen in de Kort Consultancy Holding B.V. (hierna: holding). Deze holding bevat naast een pensioenvoorziening verschillende activa en passiva. In figuur 1 is de fiscale structuur weergegeven.

Figuur 1



Mevrouw De Kort heeft sinds de oprichting van het consultancybureau een deel van haar winst gedoteerd aan een pensioenvoorziening. Mevrouw is opgehouden met het opbouwen van de pensioenvoorziening toen ze in 2007 naar België verhuisde. Dit is tevens het jaar waarin de werkmaatschappij verkocht werd en mevrouw is gestopt met haar consultancy werkzaamheden. Naar aanleiding van de invoering van de Wet uitfasering PEB is mevrouw De Kort na gaan denken over haar pensioen. Hiertoe heeft ze besloten haar pensioenvoorziening af te kopen. Daarbij heeft ze duidelijk aangegeven gebruik te willen maken van de hoogste vrijstelling. Dat betekent dat ze haar pensioen voor 1 januari 2018 afgekocht moet hebben.

Hieronder is de fiscale balans van de holding in figuur 2 weergegeven. Deze zal voor de uitwerking van de scriptiecasus van belang zijn en ondersteuning bieden.

Figuur 2

Activa (Bedragen in €)		1 december 2017	Passiva (Bedragen in €)	
Materiële vaste activa			Eigen vermogen	
Inventaris	1.244		Gestort kapitaal	18.151
		1.244	Winstreserves	1.951
Vorderingen en overlopende activa				20.102
Handelsdebiteuren	1.017		Voorzieningen	
Rekening-courant	34.685		Pensioenverplichting	332.634
Belastingen	4.903			332.634
		40.605	Kortlopende schulden	1.231
Effecten	38.029			1.231
		38.029		
Liquide middelen	274.089			
		274.089		
Totaaltelling activa		353.967	Totaaltelling passiva	353.967

Later in deze scriptie zal blijken dat de waarde per 31 december 2015 ook van belang is bij de uitfasering van het PEB. De commerciële waarde van de pensioenvoorziening had op deze datum een waarde van € 685.146,-. De fiscale waarde op 31 december 2015 bedroeg € 319.812,-. Hoewel mevrouw De Kort in 2016 en 2017 vanuit het behaalde resultaat geen dotaties heeft gedaan aan haar pensioenvoorziening is deze wel gestegen. Over de voorziening wordt jaarlijks zowel commercieel als fiscaal rente in aanmerking genomen. Het moment waarop mevrouw De Kort haar voorziening af wil kopen is 1 december 2017. De fiscale waarde bedraagt die datum € 332.634,- en de commerciële waarde bedraagt € 708.952,-.

De Wet Uitfasering PEB is per 1 april 2017 in werking getreden. Deze wet omvat de mogelijkheid voor DGA's om het PEB af te kopen of om te zetten in een ODV. Ook kan de DGA kiezen om geen gebruik te maken van de uitfaseermogelijkheden. De pensioenvoorziening blijft dan onveranderd. Mevrouw De Kort heeft aangegeven in 2018 met pensioen te willen gaan. Hiervoor wil ze haar pensioenvoorziening afkopen. Ze geeft hierbij sterk de voorkeur aan de hoogste vrijstelling, een afkoop in 2017. De vrijstelling van de grondslag geldt over de waarde per 31 december 2015 en bedraagt in 2017 34,5%, in 2018 25% en in 2019 19,5%.

Doordat mevrouw De Kort niet in Nederland woont wordt haar pensioenafkoop bemoeilijkt. België zegt belasting te heffen over het in Nederland van belasting vrijgestelde deel van de afkoop op grond van het belastingverdrag. Staatsecretaris Wiebes heeft in reactie hierop gepoogd in overleg te treden met de Belgische autoriteiten. Dit heeft echter geen verheldering opgeleverd. Mevrouw De Kort en haar adviseur willen hierdoor het pensioen niet afkopen tot er duidelijkheid wordt gegeven door de Nederlandse overheid.

In de hierop volgende hoofdstukken wordt via een literatuuronderzoek beoordeeld welke factoren van belang zijn bij een pensioenafkoop. Daarnaast wordt beoordeeld over welk deel van de afkoopsom beide verdragslanden heffingsbevoegd zijn. Tot slot wordt beoordeeld of beide landen rechtvaardig handelen.

3. Pensioen in eigen beheer: wetswijziging

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt beschreven wat PEB inhoudt. Ten eerste worden de voorwaarden om pensioen op te bouwen in eigen beheer opgesomd. Ten tweede worden de mogelijkheden waarop pensioen in eigen beheer kan worden opgebouwd en de wijze van waardering behandeld. Daarna worden de knelpunten van het huidige PEB besproken. Nu de huidige wetgeving en bijbehorende knelpunten duidelijk zijn wordt de wetswijziging behandeld. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen de afkoopregeling en de ODV. Daarnaast wordt ook besproken wat de gevolgen zijn voor de pensioenvoorziening als de DGA niets doet. Tot slot zal in de conclusie antwoord gegeven worden op de vraag: 'Welke gevolgen heeft de wetswijziging van het pensioen in eigen beheer voor de pensioenvoorzieningen van directeurs-grotoaandeelhouders?'.

3.2 Pensioen in eigen beheer

Pensioen kan in eigen beheer worden opgebouwd door werknemers die ten minste tien procent van de aandelen in de vennootschap van de werkgever bezitten. Het is hierbij ook van belang dat deze werknemer ten minste tien procent van de stemrechten kan uitoefenen.¹ Een persoon wordt voor het besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangemerkt als DGA als deze, al dan niet samen met zijn partner, ten minste vijftig procent van de stemmen in de algemene vergadering bezit. Dit meerderheidsbelang houdt tevens in dat een DGA niet tegen zijn eigen wil ontslagen kan worden.² Een DGA heeft de mogelijkheid pensioen op te bouwen in eigen beheer of bij een externe verzekeraar.³

Een pensioenvoorziening wordt opgebouwd door middel van periodieke dotaties. De werkgever kan de pensioenvoorziening onderbrengen in verschillende vennootschappen. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen pensioenopbouw in de werkmaatschappij en pensioenopbouw in extern eigen beheer.⁴

3.2.1 Pensioenopbouw in de werkmaatschappij

Een DGA kan zijn pensioen opbouwen in de werkmaatschappij. Het behaalde resultaat uit de werkmaatschappij wordt in dezelfde vennootschap behaald als de dotaties aan de pensioenvoorziening worden verricht. Hierdoor vindt er geen daadwerkelijke betaling plaats door te doteren aan de pensioenvoorziening. De liquiditeit wordt hierdoor dus niet beïnvloed. Daarnaast zijn de dotaties aan pensioenvoorziening fiscaal aftrekbaar voor de vennootschapsbelasting. Het nadeel van pensioenopbouw in de werkmaatschappij is dat het PEB niet veilig is bij een faillissement. De pensioenvoorziening is hierbij namelijk onlosmakelijk verbonden aan de bedrijfsvoering.⁵

¹ Art. 1, definitie DGA, PW.

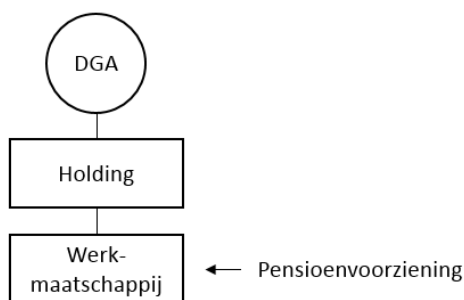
² Art. 2, eerste lid, Regeling Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2 juli 2015, nr. 2015-0000160660, Staatscourant 2015, 19073.

³ Art. 19a, eerste lid, onderdeel e Wet LB 1964, zoals dit artikel luidde op 31 december 2016.

⁴ Vp-bulletin, 2013/39, Vermogende Particulieren Bulletin, (Reduceren) fiscale gevolgen overlijden bij pensioen in eigen beheer, paragraaf 2.

⁵ Zie ook; figuur 3.

Figuur 3



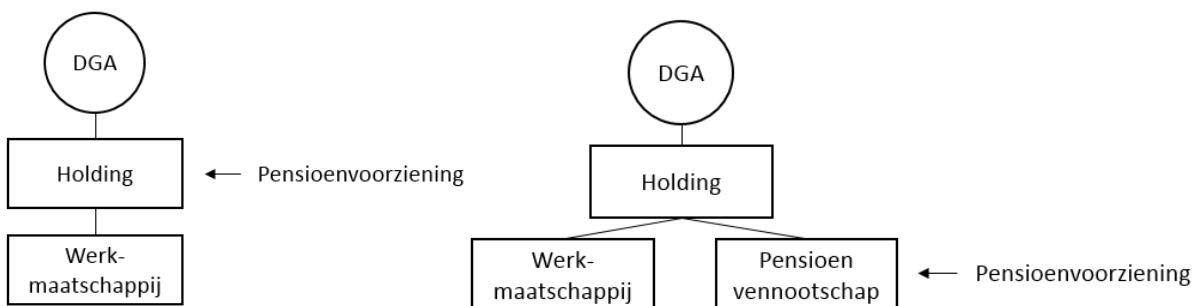
3.2.2 Pensioenopbouw in extern eigen beheer

Naast de bovenstaande mogelijkheid om PEB op te bouwen in de werkmaatschappij kan een pensioenvoorziening worden opgebouwd in een separate vennootschap. Ook wel genaamd pensioen in extern eigen beheer. Pensioen in extern eigen beheer kan worden opgebouwd binnen een holding vennootschap of een pensioenvennootschap.⁶ De pensioenvoorziening bevindt zich buiten de risicosfeer van de onderneming. Hierbij is het van belang dat er werkelijke pensioenpremiebetalingen plaatsvinden vanuit de werkmaatschappij aan de externe vennootschap. Het cashflowmatige voordeel van het PEB wordt hierdoor beperkt. Daarentegen is de pensioenvoorziening beschermd tegen faillissement van de werkmaatschappij.

Gevolgen voor de vennootschapsbelasting blijven uit zolang de externe vennootschap en de werkmaatschappij tot dezelfde fiscale eenheid behoren. Als de werkmaatschappij en de pensioenvennootschap samen niet tot een fiscale eenheid behoren moet een zakelijke pensioenpremie betaald worden. Deze premie is bij de werkmaatschappij fiscaal aftrekbaar.⁷

Voor de extern eigen beheer vennootschap kan een deel van de ontvangen pensioenpremie belast worden.⁸ In deze scriptie wordt hier echter verder geen aandacht aan besteed.

Figuur 4



3.2.3 Waarderingsgrondslagen

De pensioenvoorziening kan op grond van drie waarderingsgrondslagen worden bepaald. Alle waarderingsgrondslagen worden gewaardeerd op basis van een in Nederland algemene aanvaarde actuariële waarderingsmethodiek.⁹

1. De fiscale waarde dient jaarlijks berekend te worden op basis van actuariële grondslagen.¹⁰ De rekenrente waarmee gerekend dient te worden is gesteld op ten

⁶ Zie ook; figuur 4.

⁷ Art 3.26 tot en met art. 3.28 Wet IB 2001.

⁸ Kamerbrief van 6 december 2013, nr. DB/2013/576 p.3 en p.4.

⁹ RJ 271.318a.

¹⁰ Art. 3.29 Wet IB 2001 jo. Art. 8 Wet VPB 1969.

minste vier procent. Voor het vaststellen van de fiscale pensioenwaarde mag geen rekening worden gehouden met leeftijds- en loonwijzigingen.

2. De commerciële waarde wordt berekend op basis van grondslagen bepaald in RJ-Uiting 2014-04, ook wel de 'beste schatting' genoemd. De beste schatting benadering is ingevoerd in 2014. De reden van invoering is gelegen in de grote waarderingsverschillen tussen de fiscale- en commerciële waardering. Door middel van de 'beste schatting' wordt op de balans van de onderneming een realistischer beeld weergegeven. Kleine rechtspersonen mogen de jaarrekening publiceren op basis van fiscale grondslagen.¹¹ Om de grote en middelgrote rechtspersonen tegemoet te komen is het 'beste schatting' principe ingevoerd. Middels deze waarderingsmethodiek moet de toekomstige pensioenuitkeringstroom berekend worden. Hierbij moet waardering plaatsvinden op basis van de beste schatting van de variabelen van zowel de overlevingskans als de vaststelling van de disconteringsvoet op basis van de actuele marktrente.
3. De commerciële waarde wordt berekend met in achtneming van de dividendtoets. Deze dividendtoets is bepaald door de Belastingdienst en moet jaarlijks worden berekend. Bij deze berekening wordt rekening gehouden met de levensverwachting, uitkeringsduur en toekomstige marktrente.¹²

3.3 Knelpunten pensioen in eigen beheer

Per 1 januari 2007 is de Nederlandse Pensioenwet ingevoerd. Sinds de invoering van de Pensioenwet is deze veelvuldig aangepast met als doel discussie en onduidelijkheden weg te nemen. Onbedoeld heeft dit geleid tot verschillende knelpunten. Het doel van de wetgever om de wetgeving over het PEB te verduidelijken heeft dus een averechts effect gehad.

De wetgever heeft erkend dat de wetgeving rondom het PEB haar doel voorbijgaat en heeft daarom besloten maatregelen in te voeren. De Wet uitfasering PEB is per 1 april 2017 ingevoerd en beoogt de 'PEB-problematiek' aan te pakken. In deze paragraaf worden de knelpunten van de wetgeving vóór de invoering van de Wet uitfasering PEB opgesomd.

Ten eerste leiden de in paragraaf 3.2.2 besproken verschillende waarderingsmethoden tot problemen. Commercieel wordt de pensioenvoorziening tegen een hoger percentage jaarlijks opgerent dan fiscaal gezien. Fiscaal wordt opgerent tegen de disconteringsvoet.¹³ De disconteringsvoet geeft inzicht over het in te leggen bedrag om een bepaald bedrag in de toekomst te ontvangen. Hierbij wordt geen rekening gehouden met de verwachte loonstijging van de DGA en de stijgende levensverwachting. Commercieel wordt de pensioenvoorziening opgerent tegen de marktrente. De marktrente wordt vastgesteld met inachtneming van de leeftijdsverwachting door middel van leeftijdsterugstelling¹⁴ en na-indexatie.¹⁵

Het volgende knelpunt wordt voornamelijk door kleine rechtspersonen ervaren. Voor kleine rechtspersonen is bepaald dat de pensioenvoorziening in eigen beheer op de jaarrekening gepresenteerd mag worden tegen de fiscale waarde.¹⁶ Doordat de waarde vaak lager is dan in de realiteit, wordt de indruk gewekt dat de vennootschap meer eigen vermogen bezit dan in werkelijkheid wordt gedaan. Doorgaans is de commerciële waarde namelijk hoger dan de

¹¹ Art. 2:396 zesde lid BW.

¹² V&A 13-0096, 27 november 2013, Benaderde Marktwaaarde Methode.

¹³ Syllabus BV 2014 Discounted Cash Flow.

¹⁴ SRA-Praktijkhandleiding, 23 december 2015, pagina 15.

¹⁵ V&A 09-004, 27 november 2013, Rekenrente balanswaardering eigen beheer pensioen met open indexatie.

¹⁶ RJ-Uiting 2016-5 Handreiking fiscale waarderingsgrondslagen.

fiscale waarde. De DGA kan door de illusie van het hogere eigen vermogen geneigd zijn dividend uit te keren. Door deze dividenduitkering kan het eigen vermogen in werkelijkheid negatief worden. De Belastingdienst stelt in dit geval dat de pensioenvoorziening is afgekocht. De DGA is nu naast loonbelasting ook revisierente verschuldigd.¹⁷

Tot slot leidt de beperkte aanwezigheid van liquide middelen bij vennootschappen tot problemen bij uitkering van het pensioen. Jarenlang heeft de DGA een deel van het resultaat gedoteerd aan een pensioenvoorziening. Het uitkeren van deze pensioenvoorziening wordt vaak bemoeilijkt door het tekort aan liquide middelen. Dit tekort wordt veroorzaakt door het verschil in rekenrente tussen de commerciële en fiscale waarde. Hierdoor wijken de fiscale en commerciële waarde van de voorziening steeds verder van elkaar af. Daarnaast wordt dit tekort veroorzaakt door de bedrijfsvoering van veel vennootschappen waardoor de reservering van liquide middelen vaak vergeten of onvoldoende is. Hierdoor kan geen of gering pensioen worden uitgekeerd. Niet alleen de DGA loopt inkomsten mis maar ook de Belastingdienst kan niet heffen over uitkeringen.¹⁸

3.4 Nieuwe wet vanaf 1 april 2017

De nieuw ingevoerde wetgeving bevat de uitfasering van het PEB. Artikel 38n tot en met artikel 38q Wet LB 1964 zijn ingevoerd inzake de afkoopregeling en de omzetting in een ODV. Daarnaast kan de DGA opteren voor het in stand laten van de huidige pensioenverplichting. In deze paragraaf wordt de ingevoerde wetgeving betreffende de afkoopregeling en de omzetting in een ODV beschreven. Ook wordt het in stand laten van de pensioenverplichting uitgewerkt.

3.4.1 De afkoopregeling

Op grond van artikel 38n lid 2 onderdeel a Wet LB 1964 kan vanaf 1 april 2017 de commerciële waarde van de pensioenvoorziening geruisloos worden afgestempeld totdat deze een waarde heeft gelijk aan de fiscale waarde. Dit kan echter alleen als de aanspraak op hetzelfde tijdstip wordt afgekocht. De afkoopwaarde van de pensioenaanspraak wordt in aanmerking genomen als loon uit vroegere dienstbetrekking. De afkoopregeling heeft geen leeftijdsbeperking. De pensioenvoorziening kan dus op het moment van afkoop reeds tot uitkering zijn gekomen.

Artikel 38q Wet LB 1964 regelt dat dotaties in 2016 en 2017 gezamenlijk niet meer dan 150 procent mogen bedragen dan de dotatie in 2015. Indien de opbouw meer bedraagt in 2016 en 2017 dan zijn deze uitgesloten van geruisloze afstempeling onder gevolg van artikel 38n lid 2 Wet LB 1964. Hierdoor wordt voorkomen dat DGA's fors doteren aan hun voorziening om misbruik te maken van de geruisloze afstempeling van de commerciële waarde.

De wetgever heeft als stimulans voor de afkoopregeling een belastingvrijstelling ingevoerd.¹⁹ In beginsel is de Wet uitfasering PEB ingevoerd om in de toekomst te voorkomen dat heffing wordt misgelopen als gevolg van een pensioenvoorziening die niet tot uitkering komt. Om de uitfasering kracht bij te zetten heeft de wetgever gekozen voor een belastingkorting in de vorm van een vrijstellingspercentage. Deze vrijstelling wordt verleend in de vorm van een onbelast gedeelte berekend over de fiscale waarde²⁰ van de pensioenaanspraak, zoals de waarde hiervan was per 31 december 2015. Indien de pensioenverplichting reeds is ingegaan ten tijde van afkoop wordt de vrijstelling berekend over de resterende fiscale waarde van de pensioenaanspraak. De afkoopwaarde wordt in 2017 verminderd met 34,5 procent. In 2018 neemt de vermindering af tot 25 procent en in 2019 bedraagt de vermindering 19,5 procent.²¹

¹⁷ Kamerbrief 6 december 2013, nr. DB/2013/576, p.5.

¹⁸ Kamerbrief 6 december 2013, nr. DB/2013/576, p.5 en p.6.

¹⁹ Art. 38o, eerste lid, Wet LB 1964.

²⁰ Art. 8, zesde lid, Wet VPB 1969 zoals deze luidde per 31 december 2016.

²¹ Art. 38o, eerste lid, Wet LB 1964.

Na 31 december 2019 vervalt tevens de mogelijkheid om de pensioenaanspraak met inachtneming van bovenstaande tegemoetkoming af te kopen.

De pensioendotaties die in 2016 en 2017 plaatsvinden zijn uitgesloten van de bovengenoemde vrijstelling. Hierdoor wordt voorkomen dat de DGA forse dotaties voldoet en misbruik maakt van de verleende vrijstelling.

Naast de geruisloze afstempeling en het van heffing vrijgestelde gedeelte van de belaste (fiscale) waarde geeft de wetgever een vrijstelling van de revisierente²². De revisierente, ook wel 'de afkoopboete' genaamd, bedraagt 20 procent. Normaliter wordt deze geheven over de commerciële waarde van de pensioenaanspraak²³ op het moment van afkoop. Indien het PEB wordt afgekocht na 31 december 2019 zal opnieuw revisierente geheven worden.

Vervolgens is over de resterende grondslag loonheffing²⁴ verschuldigd. Deze heffing kent een progressief tarief en kan oplopen tot 52 procent. Het kalenderjaar waarin de afkoop geformaliseerd wordt, is bepalend voor het toepassen van het vrijstellingspercentage. Formalisering houdt in dat de notulen van de Algemene Vergadering opgesteld en getekend zijn, en dat de afkoop van het pensioen financieel is afgewikkeld.²⁵

Afkopen van het PEB is enkel mogelijk indien de partner of voormalig partner instemt met de afkoop²⁶. Hierop wordt in paragraaf 3.5 ingegaan. Daarnaast dient het pensioenlichaam te beschikken over voldoende liquide middelen om de verschuldigde loonbelasting, berekend over de afkoopsom van de pensioenvoorziening, te kunnen voldoen.

3.4.2 Omzetting in een oudedagsverplichting

Naast de afkoopregeling biedt artikel 38n tweede lid onderdeel b Wet LB 1964 de DGA mogelijkheid om de pensioenvoorziening geruisloos om te zetten in een ODV. Net als bij de afkoopregeling kan de pensioenaanspraak fiscaal geruisloos worden prijsgegeven voor zover de economische waarde de fiscale waarde overtreft. Overeenkomend aan de afkoopregeling heeft de DGA tot eind 2019 om de pensioenvoorziening om te zetten. De ODV staat vanaf dat moment op de balans gewaardeerd tegen de fiscale waarde. Deze aanspraak wordt jaarlijks verhoogd met de marktrente, die jaarlijks wordt vastgesteld bij ministeriële regeling.²⁷ Daarnaast kan het PEB worden omgezet in een ODV ter verwerving van een lijfrente, lijfrenterekening of lijfrentebelleggingsrecht²⁸.

De pensioenvoorziening die wordt omgezet in een ODV is verplicht in twintig jaar tot uitkering te komen.²⁹ Deze eis geldt enkel als de ODV wordt ondergebracht in de vennootschap van de DGA. De uitkeringstermijn geldend voor een ODV die ondergebracht is bij een verzekeringsinstelling kan afwijken van de uitkeringstermijn van twintig jaar.

De uitkeringen van de ODV in eigen beheer moeten in gelijke termijnen plaatsvinden en zijn geboden binnen een jaar na elkaar voldaan te worden. Voor een ODV in eigen beheer gelden drie aanvullende voorwaarden:

²² Art. 30i AWR.

²³ Art. 7.2, achtste lid, Wet IB 2001.

²⁴ Art. 20a Wet LB 1964.

²⁵ V&A 17 november 2017, 17-037; Hoogte afkoopkorting bij afkoop pensioen in eigen beheer na 2017.

²⁶ Art. 38n, vierde lid, Wet LB 1964.

²⁷ Art. 18a, derde lid, onderdeel c, Wet LB 1964.

²⁸ Art. 3.125 jo. art. 3.126a Wet IB 2001.

²⁹ Art. 38p, tweede lid, Wet LB 1964.

1. De uitkering van de ODV kan ten hoogste vijf jaar voor en twee maanden na het bereiken van de pensioengerechtigde³⁰ leeftijd ingaan.³¹
2. Laat de DGA de aanspraak voor het bereiken van voorgenoemde leeftijd ingaan, dan wordt de periode van twintig jaar verlengd met de termijn tussen ingang van de ODV en het bereiken van de pensioenleeftijd.³²
3. Wanneer de DGA de aanspraak meer dan twee maanden na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd omzet in een ODV, wordt geacht dat de eerste uitkering direct na het voorgenoemde moment plaatsvindt. De periode van twintig jaar wordt verminderd met het aantal jaren dat tussen de pensioengerechtigde leeftijd en het tijdstip van eerste uitkering zit.³³

Wanneer de DGA voor de uitkering van de laatste termijn overlijdt gaat het recht op de nog niet uitgekeerde termijnen over op de erfgenamen.³⁴ Net als bij de afkoopregeling moet de partner ofwel de voormalige partner instemmen met de omzetting.³⁵ Dit vereiste is ingevoerd om te voorkomen dat de (voormalig) partner ongewild pensioenaanspraken verliest door de afstempeling van de commerciële waarde naar de fiscale waarde.

3.4.3 In stand houden van de pensioenvoorziening

In de Wet LB 1964 heeft de wetgever twee mogelijkheden tot uitfasering van het PEB opgenomen, die eerder deze paragraaf zijn benoemd. Niet in de wetswijziging opgenomen, maar wel bepaald, is dat afkopen of omzetten in een ODV op grond van artikel 38n Wet LB 1964 tot en met artikel 38q Wet LB 1964 mogelijk is tot en met 31 december 2019. Jaarlijks zal het percentage in artikel 38o lid 1 Wet LB 1964 worden aangepast naar de voor dat jaar geldende vermindering.³⁶

De DGA houdt de pensioenvoorziening automatisch in stand als na 2019 niet gekozen is het pensioen af te kopen of om te zetten in een ODV. Vanaf 1 juli 2017 is verder opbouwen van de pensioenvoorziening niet meer mogelijk. De jaarlijkse actuariële oprenting zal echter nog wel plaatsvinden.

De pensioenvoorziening in stand houden levert geen fiscaal voordeel op zoals bij de afkoopregeling en de omzetting in een ODV. Het waarderingsverschil tussen de fiscale- en commerciële waarde van de pensioenaanspraak blijft van kracht doordat het pensioen commercieel niet afgestempeld mag worden. Het nadeel van het in standhouden van de pensioenvoorziening is dat de dividendklem van kracht blijft. Dit belemmert de DGA tot het doen van dividenduitkeringen.

Voordat een DGA dividend kan uitkeren moet een uitkeringstoets worden gedaan. De uitkeringstoets berekent hoeveel dividend een vennootschap uit kan keren zonder binnen redelijke termijn in betalingsproblemen te komen. Deze redelijke termijn wordt veelal gesteld op een jaar. Het vermogen dat uitgekeerd mag worden volgens de uitkeringstoets wordt berekend door het eigen vermogen te verminderen met de wettelijke en statutaire reserves. Vervolgens wordt dit bedrag verminderd met het verschil tussen de commerciële waarde en de fiscale

³⁰ Art. 18a, vierde lid, Wet LB 1964 juncto 7a, eerste lid, AOW.

³¹ Art. 38p, tweede lid, onderdeel a, punt 1, Wet LB 1964.

³² Art. 38p, tweede lid, onderdeel a, punt 2, Wet LB 1964.

³³ Art. 38p, tweede lid, onderdeel a, punt 3, Wet LB 1964.

³⁴ Art. 38p, derde lid, Wet LB 1964.

³⁵ Art. 38n, vierde lid, Wet LB 1964.

³⁶ Art. V jo. Art. VI Wet van 8 maart 2017 tot wijziging van de Wet uitfasering PEB.

waarde van de pensioenvoorziening. Dit verschil kan hoog oplopen waardoor geen dividend uitgekeerd kan worden.³⁷ De DGA heeft dus last van een dividendklem.

Als de DGA de pensioenvoorziening in stand houdt kan deze dus niet worden afgestempeld. Pensioen kan worden uitgekeerd zolang voldoende liquide middelen aanwezig zijn. Doordat er geen pensioenaanspraken verloren gaan hoeft de (voormalig) partner niet mee te tekenen voor de beslissing.

3.5 Motivatie tot afkoop

De Wet uitfasering PEB geeft de mogelijkheid tot kiezen uit drie manieren van uitfasering. In het voorgaande hoofdstuk is kort aandacht besteed aan de beweegredenen tot bevrozing van het PEB. De voornaamste redenen zijn gelegen in liquiditeitstekorten en de dividendklem. Een DGA zal zijn keuze weloverwogen willen maken. Niet enkel de consequenties op korte termijn zijn van belang, maar ook de consequenties op lange termijn kunnen van invloed zijn op het besluit.

In deze paragraaf zijn de voornaamste overwegingen die een DGA in zijn besluit kan betrekken uitgewerkt. Ten eerste kan de afkoop invloed hebben op de eigen bijdrage in een verzorgingstehuis. Ten tweede kan verkoop of bedrijfsopvolging van de onderneming een rol spelen. Tot slot kan in andere gevallen ook het opheffen van de onderneming een beweegreden zijn. Naast voorgenoemde redenen is de fiscaal gunstige afkoopregeling, behandeld in paragraaf 3.4.1, ook een mogelijke reden om het pensioen af te kopen.

De levensverwachting is voor een pensioenuitkering een belangrijke factor. Gemiddeld is de levensverwachting vanaf de AOW-leeftijd twintig jaar³⁸. De wetgever heeft deze termijn gebruikt in de wet betreffende omzetting van het PEB naar een ODV. Naarmate men ouder wordt, stijgt de kans dat zelfstandig wonen niet meer mogelijk is. Ouderen wonen echter steeds langer zelfstandig thuis.³⁹ De uitfaseringsmogelijkheden die de huidige wetgeving biedt hebben invloed op deze eigen bijdrage. De eigen bijdrage voor tehuizen wordt berekend en geïncasseerd door het CAK.⁴⁰ Het CAK is een publieke dienstverlener. Vertaling van wetten naar begrijpelijke dienstverlening en het uitvoeren van overheidsregeling behoren tot de werkzaamheden van het CAK.

Voor het berekenen van de eigenbijdrage wordt gekeken naar het verzamelinkomen, de grondslag voor sparen en beleggen, verschuldigde belasting over een kalenderjaar en het inkomen uit werk.

Afkopen van het PEB resulteert in een stijging van het privévermogen. Als gevolg hiervan blijven periodieke uitkeringen uit. Onder gevolg van de berekening van de eigenbijdrage kan de afkoopregeling ongunstig uitpakken, omdat dit enkel een beweegreden kan zijn tot het afkopen, of het juist niet afkopen wordt hierop verder niet ingegaan.

Het afkopen van een PEB kan de DGA de mogelijkheid geven zijn vennootschap op te heffen. Doordat een vennootschap periodiek voor mogelijk tientallen jaren pensioen uitkeert zal deze verplicht zijn te blijven bestaan. Door het pensioen af te kopen vervalt de periodieke pensioenuitkering. De pensioenvoorziening wordt immers overgeheveld naar de privésfeer van de DGA. Nu de vennootschap geen werkzaamheden meer verricht kan deze worden opgeheven. Voor de DGA vervallen de jaarlijkse financiële lasten die een vennootschap met

³⁷ Art. 216, Boek 2, Burgerlijk Wetboek.

³⁸ <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2017/44/levensverwachting-65-jarigen>.

³⁹ <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2011/28/ouderen-wonen-steeds-langer-zelfstandig>.

⁴⁰ <https://www.hetcak.nl/>.

zich meebrengt. Hierbij kan gedacht worden aan bijvoorbeeld advieskosten, jaarrekeningen en aangiften.

Naast liquidatie van de vennootschap kan deze ook aan een opvolger worden verkocht. De opvolger zet de werkzaamheden van de vennootschap voort. Een vennootschap waarin een pensioenvoorziening aanwezig is, is minder aantrekkelijk voor een koper. Deze koper heeft periodiek de verplichting om pensioen uit te keren aan de voormalig eigenaar. Afhankelijk van de pensioenovereenkomst kunnen deze uitkeringen jarenlang verschuldigd zijn. Door de pensioenvoorziening af te kopen verdwijnt deze uit de vennootschap.⁴¹

Het bovenstaande kan ook van toepassing zijn bij familiebedrijven. Hierbij is het belang tweeledig. Enerzijds wil de bedrijfsopvolger geen periodieke lasten hebben van pensioenuitkeringen. Anderzijds heeft de voormalig DGA niet het risico dat de pensioenuitkering niet kan worden uitgekeerd. Als het slechter gaat met de onderneming kan de bedrijfsopvolger mogelijk niet voldoen aan de pensioenuitkeringen. Afkopen van het pensioen kan dan een oplossing bieden.

3.6 Positie van de (voormalig) partner

Gehuwden of geregistreerd partners worden automatisch opgenomen in elkaars pensioenregelingen. Daarnaast kan in de pensioenovereenkomst op verzoek een persoon als partner aangemerkt worden. Bijvoorbeeld een persoon die duurzaam samenleeft met de DGA en voldoet aan de voorwaarden van het partnerbegrip.⁴² Onder duurzaam samenleven wordt verstaan het gezamenlijk voeren van een huishouding. In de laatstgenoemde situatie is registratie van de partner bij de vennootschap niet verplicht. Uit de feiten en omstandigheden blijkt welke persoon aan te merken is als partner.

Duurzaam samenleven is op zich een vaag begrip. Wanneer vangt dit aan en vanaf welk moment is de duurzame samenleving beëindigd? In de praktijk wordt onder dit begrip samenwonen van de DGA en de partner verstaan. Hierdoor is het melden bij de B.V. of de pensioenuitvoerder niet verplicht.

De (voormalig) partner kan op verschillende manieren uitkeringen ontvangen vanuit het pensioen van de pensioengerechtigde. Ten eerste als de gerechtigde komt te overlijden. De partner verkrijgt dan een partnerpensioen, ook wel een nabestaandenpensioen. Dit nabestaandenpensioen is meestal berekend op zeventig procent van het ouderdomspensioen van de overleden partner waarover de partner een aanspraak bezit. Ten tweede komt een ouderdomspensioen tot uitkering aan de voormalig partner voor zover deze aanspraken bezit en dit overeen is gekomen tussen beide voormalig partners. De verdeling van het ouderdomspensioen wordt vastgelegd in de huwelijke voorwaarden, de partnerschapvoorwaarden of in het echtscheidingsconvenant. Afgesproken kan worden dat het ouderdomspensioen niet wordt verdeeld, elke partner recht heeft op de helft van de opgebouwde aanspraken, een andere verdeling van het ouderdomspensioen tussen de partners of dat het ouderdomspensioen wordt gesplitst.⁴³

3.6.1 Tekenen (voormalig) partner

Artikel 38n lid 4 Wet LB stelt dat een DGA enkel over kan gaan tot afkoop, dan wel geruisloos omzetten in een ODV, indien een partner of een voormalig partner met een aanspraak schriftelijk heeft ingestemd. Een (voormalig) partner moet instemmen voor het deel waarop aanspraak is verkregen op het opgebouwde pensioen in eigen beheer. Opgebouwde

⁴¹ Tom Loonen, Vermogen Pensioenoverdracht DGA, 7 november 2015.

⁴² Art. 18a, eerste lid, onderdeel a, ten tweede, Wet LB.

⁴³ Informatieblad Verdeling van ouderdomspensioen bij scheiding, 1 oktober 2017.

pensioenaanspraken door partners tijdens een huwelijk of partnerschap blijven bestaan na beëindiging van het huwelijk.

Een voormalig partner moet instemming verlenen voor zover deze aanspraak heeft⁴⁴ op de pensioenvoorziening of een gedeelte ervan. De aanspraak van de voormalig partner op het ouderdomspensioen of het partnerpensioen kunnen geconverteerd zijn. Conversie van een pensioenaanspraak houdt in dat beide voormalig partners een zelfstandig pensioenrecht hebben verkregen. Het gevolg hiervan is dat instemming van de voormalig partner niet vereist is. De partners hebben geen aanspraken gehouden in elkaars pensioen.

Conversie van de aanspraak is afhankelijk van de afspraken die de DGA en de voormalig partner zijn overeengekomen bij de scheiding. In het echtscheidingsconvenant wordt veelal vastgelegd in hoeverre en of de voormalig partner recht heeft op het ouderdomspensioen, dan wel partnerpensioen. Toestemming van de voormalig partner is vereist als een pensioenaanspraak afhankelijk is van het in leven zijn van de DGA. Indien de aanspraak is geconverteerd naar het afhankelijk zijn van eigen leven van de voormalig partner, dan is voor de uitfasering geen toestemming vereist. De conversie wordt vaak bewerkstelligd door middel van afstorten bij een verzekeringsmaatschappij. Indien alle pensioenaanspraken zich ten tijden van uitfasering in de vennootschap bevinden heeft hoogstwaarschijnlijk geen conversie plaatsgevonden.⁴⁵

3.6.2 Compensatie (voormalig) partner

De afkoop van het pensioen in eigen beheer of de omzetting in een oudedagsvoorziening kunnen een mutatie van de pensioenaanspraak voor de (voormalig) partner met zich meebrengen. Bij voormalig partners is de waarde van deze mutatie vaak bekend. De pensioenaanspraak is dan overeengekomen in het echtscheidingsconvenant. Als er niets is overeengekomen wordt de voormalig partner beschermd door bepalingen in de Wet VPS. De compensatie wordt vervolgens op basis hiervan overeengekomen. In de scriptie wordt niet ingegaan op het overeenkomen van een echtscheidingsconvenant.

Tijdens een huwelijk wordt vaak de waarde van pensioenaanspraken niet vastgelegd. Hierdoor is op het moment van uitfasering de waarde van de aanspraak en de hieraan verbonden compensatie onbekend. De staatssecretaris heeft besloten dat de compensatie afhankelijk is van voornamelijk individuele factoren. Maatwerk is dus vereist. Aspecten zoals de leeftijd van de DGA en de partner, de vormgeving van de pensioenaanspraak en de mate van dekking van de pensioenverplichting bij de vennootschap zijn voorbeelden hiervan. Daarbij hoeft een berekening van compensatie pas gemaakt te worden op het moment van overlijden van de DGA of bij echtscheiding.⁴⁶

Een voormalig partner zal, in tegenstelling tot een huidige partner, mogelijk eerder neigen tot het eisen van een compensatie voor het verlies van pensioenaanspraak op het pensioen van de voormalig partner.

Ter compensatie van het verlies van aanspraken in het pensioen van de (voormalig) partner kan een overlijdensrisicoverzekering dan wel een partnerpensioenpolis worden afgesloten.⁴⁷ Daarnaast kan de partner gecompenseerd worden door middel van een waardestijging van de aandelen in de vennootschap. Hierbij moet de partner wel een deel van de aandelen in bezit hebben. De compensatie is niet verplicht in het jaar van afkoop of omzetting plaats te vinden.⁴⁸

⁴⁴ Art. 3a, tweede lid, Wet VPS.

⁴⁵ Nota naar aanleiding van het verslag, d.d. 25 oktober 2016, punt 6.1.

⁴⁶ Kamerstukken 1 2015/16, 34552, E, onderdeel 5, p. 68 en 69.

⁴⁷ VP-Bulletin 4 april 2017, 2017/15, p. 14 en 15.

⁴⁸ VP-Bulletin 4 april 2017, 2017/15, p. 13 en 14.

Indien de (voormalig) partner besluit niet gecompenseerd te willen worden, wordt dit mogelijk aangemerkt als belaste schenking door de (voormalig) partner aan de DGA. De Staatssecretaris stelt dat bij gehuwden in gemeenschap van goederen en bij gehuwden met een wederkerig finaal verrekenbeding bij overlijden en echtscheiding geen sprake is van een belaste schenking indien er geen compensatie wordt bedongen. Onder wederkerig finaal verrekenbeding wordt verstaan een beding waarbij echtgenoten na ontbinding van hun huwelijk afrekenen alsof ze in gemeenschap van goederen waren gehuwd. Indien bijvoorbeeld de DGA gehuwd is in koude uitsluiting met een periodiek verrekenbeding dat niet is uitgevoerd of in koude uitsluiting zonder een verrekenbeding is een compensatie volgens de staatssecretaris wel aan de orde. Voor een belaste schenking dient nagegaan te worden of de vennootschap van de DGA over voldoende vermogen beschikt om te kunnen voldoen aan de pensioenverplichting. Indien de vennootschap over een vermogen lager dan de fiscale pensioenverplichting beschikt dient hierbij rekening gehouden worden met het betalen van schenkbelasting.⁴⁹

3.7 Conclusie

De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat luidt: 'Welke gevolgen heeft de wetswijziging van het pensioen in eigen beheer voor de pensioenvoorzieningen van directeuren-groootaandeelhouders?'. De wetgever wil door middel van de wetswijziging enerzijds de knelpunten van het huidige PEB wegnemen. Anderzijds moet de wetswijziging zorgen voor minimalisatie van het mislopen van belastinginkomsten. Doordat vennootschappen over onvoldoende liquide middelen beschikken bestaat de mogelijkheid dat de pensioenvoorziening slechts deels tot uitkering komen. Jarenlang is er fiscale facilitatie verleend voor de dotaties aan deze pensioenvoorzieningen. De belastingaftrek wordt vervolgens gecompenseerd door te heffen over de pensioenuitkeringen. Als deze pensioenuitkeringen slechts deels plaatsvinden loopt de overheid inkomsten mis.

De wetswijziging geeft DGA's tot eind 2019 de mogelijkheid om hun pensioenvoorziening fiscaal gunstig af te kopen of om te zetten in een ODV. De regeling is fiscaal gunstig omdat de commerciële waarde van het pensioen fiscaal geruisloos afgestempeld mag worden naar de fiscale waarde. Daarnaast wordt bij de afkoopregeling geen revisierente geheven en wordt er een vrijstelling van een deel van de afkoopsom verleend. Welke uitfaseermogelijkheid het meest gunstig is voor een DGA hangt af van de persoonlijke omstandigheden.

Tot slot is het belang van de (voormalig) partner een belangrijke factor. Omzetting in een oudedagsvoorziening of afkopen leidt tot een vermindering of zelfs een eliminatie van de pensioenaanspraak van de (voormalig) partner. Enkel door middel van instemming en meetekening van de (voormalig) partner met een aanspraak kan een DGA overgaan tot afkoop of omzetting. Vervolgens kan de (voormalig) partner eisen dat het verlies van aanspraak gecompenseerd wordt. Compensatie kan plaatsvinden door middel van een overlijdensrisicoverzekering of door een partnerpensioenpolis af te sluiten.

⁴⁹ Kamerstukken I 2015/16, 34552, E, onderdeel 5, p. 69 en 70.

4. Het verdrag en de afkoopregeling

4.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk zijn de uitfaseermogelijkheden en het in standhouden van de pensioenvoorziening besproken. Daarnaast is aandacht besteedt aan de ingevoerde wetgeving betreffende de afkoopregeling. In dit hoofdstuk worden als eerste de relevante bepalingen van het belastingverdrag tussen Nederland en België uitgewerkt. Daarbij komen de standpunten van beide landen als gevolg van de Nederlandse wetwijziging aan bod. De deelvraag die in dit hoofdstuk beantwoord gaat worden luidt: 'Hoe wordt de heffingsbevoegdheid over de afkoopsom van een pensioen in eigen beheer volgens het belastingverdrag tussen Nederland en België verleend?'.

4.2 Bilateraal belastingverdrag

Belastingverdragen worden gesloten met het doel om discussie en onenigheid over dubbele belastingheffing te vermijden door wederzijds een overeenkomst aan te gaan. Een verdrag ziet toe op het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting.⁵⁰ In beginsel zijn er twee soorten verdragen. Ten eerste kunnen multilaterale verdragen worden gesloten tussen drie of meer partijen. Multilaterale verdragen kunnen tussen staten of organisaties worden gesloten. Ten tweede is er een bilateraal verdrag, de tegenhanger van een multilateraal verdrag. Deze wordt tussen twee partijen gesloten. Naast belastingen kunnen verdragen mensenrechten, milieu, vrij verkeer van personen en goederen en soortgelijke onderwerpen.

De hiervoor genoemde internationale dubbele belastingheffing ontstaat op het moment dat meerdere landen hetzelfde inkomen- of vermogensbestanddeel willen belasten. Belasting wordt geheven op grond van heffingsbeginselen. Doordat twee lidstaten verschillende heffingsbeginselen toepassen ontstaat dubbele belastingheffing. Vervolgens is in een belastingverdrag bepaald welke staat op basis van welk heffingsbeginsel belasting mag heffen. In belastingverdragen wordt uitgegaan van het bronlandbeginsel, het nationaliteitsbeginsel en het woonlandbeginsel.

4.2.1 Beginselen

Het bronlandbeginsel is een zakelijk beginsel. Er wordt geheven over het object verkregen uit dat land. Hieruit volgt een beperkte belastingplicht. Belastingheffing kan immers enkel op het object in kwestie plaatsvinden.

Het nationaliteitsbeginsel gaat uit van de nationaliteit van een persoon. Hierbij wordt in beginsel het wereldinkomen onderworpen aan de heffing in het land van de nationaliteit van een persoon. De feitelijke woonplaats van deze persoon is bij toepassing van dit beginsel niet van belang.

Het woonlandbeginsel is een persoonlijk, ofwel subjectief, heffingsbeginsel. De verbinding tussen een natuurlijk persoon of lichaam en het land is leidend voor de heffingsbevoegdheid. De staat waar de belastingplichtige woonachtig is verkrijgt onbeperkte belastingplicht.

In Nederland is het woonplaatsbeginsel via jurisprudentie verduidelijkt. Ieder land mag de criteria voor het woonlandbeginsel nationaal bepalen.⁵¹

In Nederland wordt de fiscale woonplaats bepaald naar aanleiding van de feitelijke omstandigheden. De fiscale woonplaats is de centrale plaats van het persoonlijke leven.⁵² De plaats van het persoonlijke leven wordt bepaald door de plaats van vrijetijdsbesteding.

⁵⁰ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011.

⁵¹ Art. 4, eerste lid, OESO-MV.

⁵² Art. 4, eerste lid, AWR jo. Hof Amsterdam 22 december 2016, zaak 14/00741 t/m 14/00745.

Daarnaast kan de woonplaats van een belastingplichtige bepaald worden door de bepalingen in het belastingverdrag. In het Verdrag 2001 is bepaald dat het woonland van de werknemer heffingsbevoegd is indien wordt voldaan aan drie voorwaarden.⁵³ Het verblijf van de werknemer in het werkland mag maximaal 183 dagen bedragen, de werknemer wordt betaald door de werkgever die niet is gevestigd in het werkland en de werknemer werkt niet in een vaste inrichting in het werkland. De 183 dagen voorwaarde is in een arrest van de Hoge Raad toegelicht.⁵⁴ Voor deze regeling worden naast werkdagen mede weekenden, vakantiedagen en privébestedingen aangemerkt als dagen besteed in het werkland.

Naast de bovenstaande heffingsbeginselen kan in een belastingverdrag een exclusief woonlandbeginsel opgenomen worden.⁵⁵ Hierbij is het woonland in alle gevallen heffingsbevoegd over het inkomensbestanddeel.

4.2.2 Conflicten

Het doel van een belastingverdrag is het voorkomen van dubbele belastingheffing. Het ontstaan van dubbele heffing heeft drie mogelijke oorzaken. Ten eerste ontstaat er een conflict wanneer meer dan één land eenzelfde persoon beschouwt als inwoner. Het wereldinkomen zal dan belast worden in twee of meer landen, zoals beschreven in de vorige paragraaf. Dit komt voor indien de fiscale woonplaats afwijkt van de nationaliteit. Ieder verdragsland is vrij om haar criteria voor heffingsbeginselen te bepalen.⁵⁶ Als gevolg hiervan kan een persoon aangemerkt worden als inwoner in meerdere landen tegelijk. Ten tweede ontstaan conflicten wanneer meerdere staten stellen dat de bron van inkomen ontstaat binnen de grenzen van dat land. Beide landen zijn van mening dat de oorsprong van het inkomen binnen hun grenzen plaatsvindt, bijvoorbeeld als een onderneming zich bevindt in één land en een vaste inrichting in een ander land. In deze scriptie zijn deze twee conflicten niet van belang, om waardoor hier niet verder op ingegaan wordt. Ten derde ontstaan conflicten indien één staat de persoon als inwoner aanmerkt en in één ander land inkomen wordt behaald. De woonstaat belast het wereldinkomen. Het bronland belast het inkomen dat in dat land is behaald. Het belastingverdrag bepaald vervolgens welk land een voorkoming van belastingheffing moet verlenen.

4.3 Afkoop Nederbelgen

Het begrip Nederbelg is een benaming voor Nederlanders die in België wonen. Inkomen dat een belastingplichtige ontvangt uit een andere staat dan zijn woonland kan resulteren in belastingheffing door meerdere landen. Deze dubbele belastingheffing komt voort uit de verschillende heffingsbeginselen die de landen in aanmerking nemen. De heffingsbeginselen bieden beide landen de mogelijkheid belasting te heffen over dat inkomen. In het belastingverdrag is bepaald welk land terug moet treden en een voorkoming moet verlenen van dubbele belastingheffing. In het vervolg van de scriptie is Nederland aangemerkt als bronland en België als woonland.

Grensoverschrijding vindt plaats als het bronland een ander land is dan het woonland. Een DGA die zijn Nederlandse PEB afkoopt en woonachtig is in België is hiervan een voorbeeld. De fiscale gevolgen van deze pensioenafkoop worden vastgesteld aan de hand van de nationale wetgeving van het woonland, de nationale wetgeving van het bronland en het internationaal geldende recht tussen deze landen. In paragraaf 3.4.1 is uitgewerkt op welke wijze het bronland

⁵³ Art. 15, tweede lid, onderdeel a, Verdrag 2001.

⁵⁴ HR 14 juli 2017, zaak 16/03578.

⁵⁵ Art.19 Verdrag 1971.

⁵⁶ RB 27 februari 2007, zaak 01/996040-05 (Hiddink-case).

belasting heft over de pensioenafkoop. In deze paragraaf wordt bepaald welk land heffingsbevoegdheid heeft over de afkoop van een Nederlands PEB.

4.3.1 Belastingverdrag Nederland-België

Het huidige bilaterale belastingverdrag tussen Nederland en België is sinds 31 december 2002 van kracht. Artikel 18 van het Verdrag 2001 ziet op inkomsten uit vroegere dienstbetrekkingen, zijnde pensioenen en overige uitkeringen als lijfrenten, socialezekerheidsuitkeringen en alimentatie-uitkeringen.

In artikel 18 lid 1 Verdrag 2001 staat de hoofdregel beschreven. Op grond van deze hoofdregel is het woonland in beginsel heffingsbevoegd over pensioenen en dergelijke beloningen, mits deze periodiek worden uitgekeerd. De uitzonderingen zijn bepaald in de leden volgend op het eerste lid.

Indien de DGA kiest om het pensioen in eigen beheer om te zetten in een oudedagsvoorziening of besluit om de huidige pensioenvoorziening in stand te houden, zal er periodiek pensioen worden uitgekeerd. De uitkeringen worden op grond van artikel 18 lid 1 van het Verdrag 2001 belast in het woonland. Het bronland is niet bevoegd tot belastingheffing over deze periodieke pensioenuitkeringen.

Artikel 18 lid 2 Verdrag 2001 voorkomt dat een belastingplichtige, voor emigratie naar België, in Nederland gefacilieerd een pensioenvoorziening opbouwt en fiscaal gezien bevoordeeld wordt ten opzichte van een vergelijkbaar persoon die in Nederland blijft wonen.⁵⁷

De woonstaat is daarentegen niet heffingsbevoegd als inkomsten vanuit de pensioenaanspraak worden genoten en de onderstaande cumulatieve voorwaarden van toepassing zijn:

1. De in het verleden gedoteerde bedragen aan de pensioenvoorziening zijn in aftrek gebracht van het belastbare inkomen, of zijn in aanmerking gekomen voor fiscale faciëring. Fiscale faciëring⁵⁸, omkeerregel, houdt in dat de belastingheffing plaats vindt op het moment van genieten van de pensioenuitkering en is vrijgesteld op het moment van toekennen van de pensioenuitkering.
2. De tweede cumulatieve voorwaarde is dat pensioenuitkeringen bruto per kalenderjaar meer dan € 25.000,- moeten bedragen.
3. Daarnaast dient het inkomensbestanddeel in de woonstaat voor minder dan 90 procent van het bruto bedrag betrokken te zijn in de belastingheffing of dient het inkomensbestanddeel verkregen uit niet-zelfstandige beroepen⁵⁹ niet belast te zijn tegen het algemene belastingtarief.

De bepaling van artikel 18 lid 2 is de oorzaak van de frustraties tussen Nederland en België. Voor de invoering van de Wet uitfasering PEB was afkopen van een pensioenvoorziening in vrijwel alle gevallen fiscaal minder aantrekkelijk dan periodieke uitkeringen. Afkopen had zelfs tot gevolg dat de belastingplichtige een afkoopboete moest betalen. Ingegane pensioenvoorzieningen waaruit jaarlijks voor minder dan € 25.000,- uitgekeerd wordt mogen belast worden in België. Nu Nederland de afkoopregeling fiscaal aantrekkelijk heeft gemaakt loopt België mogelijk veel belastinginkomsten mis. Een pensioenvoorziening die jaarlijks minder dan € 25.000,- uit zou keren kan nu worden afgekocht. Deze afkoop resulteert in een eenmalige uitkering die € 25.000,- vele malen overtreft. Hierdoor verliest België haar heffingsbevoegdheid en verschuift deze naar Nederland.

⁵⁷ Kamerstukken II, 2001-2002, 28 259, nr. 4.

⁵⁸ Art. 11 Wet LB 1964.

⁵⁹ Art. 15 Verdrag 2001.

Artikel 18 lid 3 Verdrag 2001 ziet op pensioenuitkeringen die geen periodiek karakter hebben. Het afkopen van een pensioenvoorziening leidt tot een eenmalige uitkering en is dus niet periodiek. De bronstaat mag de afkoopsom belasten indien het inkomensbestanddeel geen periodiek karakter heeft en de afkoop plaatsvindt voordat de pensioenvoorziening tot uitkering is gekomen.

Artikel 18 lid 4 Verdrag 2001 ziet op pensioenvoorzieningen die zijn opgebouwd en in aanmerking zijn gekomen voor fiscale faciëring in een verdragsluitende staat en worden over gesloten naar een pensioenfonds of dergelijke in de andere verdragsluitende staat. De voorziening dient dan gesplitst te worden in een deel wat opgebouwd is in Nederland en een deel dat opgebouwd is in België.

4.3.2 Heffingsbevoegdheid afkoopsom

De heffingsbevoegdheid over de afkoop van een Nederlands PEB kan volgens het Verdrag 2001 op twee manieren worden verleend. Het periodiek uitkeren van pensioen vanuit de pensioenvoorziening in eigen beheer op het moment van afkoop is doorslaggevend voor de verlening van heffingsbevoegdheid.

Als het PEB ten tijde van afkoop niet tot periodieke uitkeringen is gekomen, is volgens het derde lid van artikel 18 het bronland heffingsbevoegd over de afkoopsom. Het woonland moet namelijk dubbele belastingheffing voorkomen.

In beginsel is het woonland heffingsbevoegd als het PEB op het moment dat de pensioenvoorziening wordt afgekocht periodiek tot uitkering is gekomen. Dit is de hoofdregel van artikel 18 en staat beschreven in het eerste lid. Volgens het tweede lid van artikel 18 is het bronland toch heffingsbevoegd als voldaan wordt aan drie cumulatieve voorwaarden. Deze voorwaarden staan beschreven in paragraaf 4.4.1.

Naar aanleiding van de Nederlandse wetswijziging is een meningsverschil ontstaan tussen de Nederlandse en Belgische overheid. België is het niet eens met de afkoopkorting die in Nederland wordt verleend en heeft aangegeven belasting te willen heffen over dit vrijgestelde deel van de afkoopsom. Als gevolg hiervan hebben in maart 2017 gesprekken over de fiscale behandeling van de afkoop van het in een in Nederlandse vennootschap gehouden PEB plaatsgevonden tussen staatssecretaris Wiebes en de Belgische autoriteiten. Uit deze gesprekken vloeiden geen overeenkomsten voort. België en Nederland hebben dus nog steeds een meningsverschil over de voorkoming van dubbele belastingheffing.

De vrijstelling die in Nederland wordt verleend over de afkoopsom kan daarentegen worden belast in België. Het Verdrag 2001 bepaalt dat het woonland dubbele belastingheffing moet voorkomen als de inkomsten in het bronland feitelijk worden belast.⁶⁰ België verleent als gevolg van de subject-to-tax-benadering⁶¹ geen voorkoming van dubbele belasting voor inkomsten die niet in de belastingheffing betrokken zijn. Doordat Nederland een deel van de afkoopsom niet belast stelt België dat zij heffingsbevoegd is over dat gedeelte. De subject-to-tax-benadering houdt in dat België in beginsel belasting heft over alle inkomsten die door een belastingplichtige worden ontvangen.

⁶⁰ Art. 23, eerste lid, onderdeel a, Verdrag 2001.

⁶¹ Aldus; een staat betreft naar nationaal recht een bepaald vermogens- of inkomensbestanddeel in de heffing, echter op grond van een belastingverdrag is deze staat niet heffingsbevoegd over dat belastingobject.

4.3.3 Verlening voorkoming dubbele belasting

Artikel 23 eerste lid onderdeel a van het Verdrag 2001 ziet op het verlenen van een voorkoming van dubbele belasting door België als woonland. Inkomsten waaronder pensioenuitkeringen die ingevolge het Verdrag 2001 in Nederland belastbaar zijn, stelt België vrij van belasting. Het deel van de afkoopsom dat in Nederland is vrijgesteld van belastingheffing mag dus als gevolg van het belastingverdrag door het woonland worden belast.

4.4 Conclusie

De Wet uitfasering PEB is duidelijk bepaald voor DGA's met een Nederlands PEB voor zover deze woonachtig zijn in Nederland. Op het moment dat de DGA buiten Nederland woont moet naar nationale wetgeving rekening worden gehouden met de wetgeving van het woonland en wetgeving tussen beide landen. Het Verdrag 2001 bepaald dat de bronstaat heffingsbevoegd is voor zover het PEB wordt afgekocht voordat deze tot uitkering is gekomen. De woonstaat is in beginsel heffingsbevoegd als de DGA reeds pensioenuitkeringen ontvangt op het moment van afkoop. De heffingsbevoegdheid wordt echter aan de bronstaat toegekend als voldaan is aan drie cumulatieve voorwaarden. Ten eerste moeten de dotaties aan de pensioenvoorziening aftrekbaar zijn geweest van het belastbare inkomen. Ten tweede moet de uitkering van het bruto bedrag van de afkoopsom meer bedragen dan € 25.000,-. Ten derde moet de afkoopsom voor ten minste negentig procent betrokken zijn in de belastingheffing of moet de deze afkoopsom verkregen zijn uit een niet-zelfstandig beroep en belast zijn tegen het algemene belastingtarief in de woonstaat.

De procentuele vrijstelling van de belaste fiscale afkoopwaarde is voor inwoners van Nederland vrijgesteld van belastingheffing. Voor inwoners van België met een afgekocht pensioen uit een Nederlandse vennootschap is het in Nederland vrijgestelde deel in de woonstaat wel belast. België beroept zich op artikel 23 eerste lid onderdeel a Verdrag 2001. Hierover verkrijgt de Belgische staat heffingsbevoegdheid. De afkoopregeling van artikel 38o Wet LB leidt voor een Nederbelg niet tot een fiscaal voordeel. De stimulans om het PEB af te kopen is er dan dus niet.

5. Rechtvaardiging van het verschil

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is aan de hand van het Verdrag 2001 bepaald dat Nederland het recht van heffing krijgt over de fiscale waarde van de pensioenaanspraak verminderd met de vrijstelling van artikel 38o eerste lid Wet LB 1964. België verkrijgt vervolgens het heffingsrecht over het in Nederland vrijgestelde deel van de fiscale balanswaarde. Hierbij beroept België zich op artikel 23 eerste lid onderdeel a Verdrag 2001. Een belastingplichtige die zijn in een Nederlandse vennootschap gehouden PEB afkoopt en in België woont heeft hierdoor geen fiscaal voordeel zoals artikel 38o Wet LB 1964 beoogt. Een Nederbelg wordt fiscaal niet bevoordeeld. In dit hoofdstuk wordt getoetst of dit verschil in belastingdruk gerechtvaardigd is. Toetsing van de rechtvaardigheid vindt plaats aan de hand van de verdragsvrijheden⁶², rechtvaardigingsgronden⁶³ en de non-discriminatiebepaling op basis van nationaliteit⁶⁴. De deelvraag die in de conclusie beantwoord zal worden luidt: 'In hoeverre is de afwijkende heffingsdruk op de afkoopsom van het pensioen in eigen beheer in verschillende woonstaten over dezelfde bron van inkomen gerechtvaardigd?'.

5.2 Non-discriminatie

Discriminatie op grond van nationaliteit is in het Europese recht verboden. Het verbod tot maken van onderscheid door benadeling of bevoordeling is in beginsel in artikel 18 van het VWEU neergelegd. Het doel van non-discriminatie is om iedere persoon gelijke toegang te geven tot de faciliteiten en mogelijkheden van de samenleving.⁶⁵ Natuurlijke- of rechtspersonen die verkeren in vergelijkbare situaties hebben recht op een vergelijkbare behandeling.

Hierbij wordt onder discriminatie verstaan het direct en expliciet onderscheid maken tussen nationaliteiten. Bijvoorbeeld dat enkel inwoners gebruik kunnen maken van een bepaalde faciliteit. Indirect wordt gediscrimineerd als een maatregel tot gevolg heeft dat voornamelijk buitenlandse belastingplichtigen worden benadeeld.

In het OESO-MV is ook een non-discriminatiebepaling opgenomen. Deze is in het Verdrag 2001 opgenomen in artikel 26. Het OESO-MV dient als leidraad voor het opstellen van een belastingverdrag. Artikel 26 lid 1 Verdrag 2001 bepaald eventuele discriminerende aspecten die in strijd zijn met het Verdrag 2001. Zowel ingezetenen als niet-ingezetenen mogen niet bevoordeeld of benadeeld worden met enige of zwaardere belastingheffing. In de bronstaat zijn ingezetenen en niet-ingezetenen ongeacht de woonplaats gelijk onderworpen aan loonbelasting.⁶⁶ In de woonstaat zijn ingezetenen en niet-ingezetenen voor de Belgische personenbelasting eveneens gelijk belast. Het standpunt van de Belgische autoriteiten dat België heffingsbevoegd is over het vrijgestelde deel van de afkoopsom van het PEB volgens artikel 23 eerste lid Verdrag 2001 is niet discriminatoir. België maakt voor de belastingheffing geen onderscheid tussen ingezetenen en niet-ingezetenen. Uit het Schumacker-arrest⁶⁷ blijkt dat gelijke behandeling tussen ingezetenen van een lidstaat en niet-ingezetenen beperkt wordt getoetst. Objectief gezien is een niet-ingezetene die enkel inkomsten geniet uit een andere lidstaat geen andere situatie dan een ingezetene van die lidstaat.

⁶² Zoals deze beschreven staan in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

⁶³ Zoals deze ontstaan zijn vanuit de rechtspraak van het Hof van Justitie.

⁶⁴ Artikel 18 VWEU jo. art. 26, eerste en tweede lid, Verdrag 2001.

⁶⁵ http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/nondiscrimination_principle.html?locale=nl.

⁶⁶ Artikel 20a, eerste lid, Wet LB 1964.

⁶⁷ HvJ 14 februari 1995, zaak C-279/93.

5.3 Verdragsvrijheden

In deze paragraaf wordt ingegaan op de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaal- en betalingsverkeer. Hierbij wordt specifiek gekeken naar de voorwaarden van deze verdragsvrijheden en de schending van deze vrijheden.

De lidstaten van de Europese Unie zijn gezamenlijk een verdrag overeengekomen. In dit verdrag zijn de bevoegdheden van de Europese Unie beschreven. In het VWEU zijn verschillende verdragsvrijheden opgenomen. Deze bepalingen zijn in het verdrag weergegeven in de vorm van verbodsbepalingen. Het is voor lidstaten verboden belemmeringen op te leggen in grensoverschrijdende situaties met betrekking tot verkeer van goederen, kapitaal en diensten.

5.3.1 Vrijheid van vestiging

Artikel 49 VWEU bepaalt dat onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat geen beperkingen opgelegd mogen worden die de vrijheid van vestiging belemmeren. De vrijheid van vestiging houdt in dat een onderdaan ongelimiteerd kan deelnemen aan het economische leven van een andere lidstaat dan deze van herkomst.⁶⁸ Daarnaast betekent de vrijheid van vestiging ook dat een persoon het recht heeft in een andere lidstaat op gelijke wijze behandeld te worden. Een persoon die volgens het nationale recht van een lidstaat de nationaliteit van die lidstaat bezit wordt gezien als een onderdaan.

Een nationale maatregel kan in strijd zijn met deze fundamentele vrijheid in de vorm van discriminatie, maar ook via belemmering van het vrije verkeer. Door de directe werking van de vrijheid van vestiging kan inbreuk gemaakt worden op een nationale wetsregel.⁶⁹ De directe werking houdt in dat ingezetenen rechtstreeks beroep kunnen doen op deze verdragsvrijheden. Het HvJ EU hanteert een stappenplan om te beoordelen of sprake is van een inbreuk.⁷⁰ Dit stappenplan is door jurisprudentie van het HvJ EU tot stand gekomen. In alle gevallen moet sprake zijn van een grensoverschrijdend belang. Het HvJ EU toets vervolgens of de nationale maatregel een belemmering oplevert van de Europese verdragsvrijheden. Vervolgens wordt getoetst of de maatregel gerechtvaardigd kan worden doordat een doelstelling van algemeen belang hierdoor beoogd wordt te bereiken. Als daarvan sprake is toets het HvJ EU of de nationale maatregel geschikt is om die doelstelling te bereiken. Tot slot wordt getoetst of deze maatregel proportioneel is voor de doelstelling. De rechtvaardigingen en proportionaliteit worden verder uitgewerkt in paragraaf 5.4.

5.3.2 Vrijheid van kapitaal- en betalingsverkeer

De vrijheid van betalingsverkeer is opgesteld in artikel 63 VWEU. In dit artikel is bepaald dat alle beperkingen van het betalingsverkeer, waaronder loonuitkeringen, tussen lidstaten onderling en derde landen verboden is. De beperking hoeft hiervoor geen discriminerend karakter te hebben. Ook deze bepaling heeft een directe werking. De vrijheid van vestiging is in veel gevallen van toepassing in combinatie met de vrijheid van kapitaal- en betalingsverkeer.⁷¹

⁶⁸ HvJ 12 september 2006, zaak C-196/04, punt 53.

⁶⁹ B.J.M. Terra en P.J. Wattel, 'European Tax Law', Fiscale Handboeken, Kluwer, Deventer, 2012, 3.2.5, p.49.

⁷⁰ P.J.J.M. Peeters, 'Meerderheidsdeelnemingen: bestaat er een rangorde tussen art. 43 en art. 56 EG?', WFR 2007/777, paragraaf 2.

⁷¹ B.J.M. Terra en P.J. Wattel, 'European Tax Law', Fiscale Handboeken, Kluwer, Deventer, 2012, 3.2.5, p.51.

5.3.3 Samenloop

In de praktijk komt het vaker voor dat de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaal- en betalingsverkeer elkaar overlappen. De verhouding tussen deze fundamentele vrijheden heeft voornamelijk te maken met de doorwerking van de vrijheid van kapitaal- en betalingsverkeer naar derde landen. Dit is van belang als bepaald wordt tegen welke verdragsvrijheid in beroep wordt gegaan. Het HvJ EU heeft voor de toepassing van beide verdragsvrijheden uit jurisprudentie laten blijken dat het doel van de nationale maatregel van belang is.⁷² Het achterliggende doel van de algehele wetswijziging tot uitfasering pensioen in eigen beheer is enerzijds het mislopen van belastinginkomsten voor de Nederlandse overheid, doordat pensioenvoorzieningen niet uitgekeerd kunnen worden in verband met liquiditeitstekorten. De dotaties die de pensioenvoorziening hebben gevormd zijn steeds vrijgesteld van belasting geweest. Anderzijds heeft de staatssecretaris bedoeld de rekening-courant verhoudingen tussen de DGA en de vennootschap aan te pakken. Ter aflossing van het krediet kan via een fiscaal gunstige regeling vrijgekomen pensioenaanspraak gebruikt worden.

5.4 Rechtvaardigingsgronden

De belemmeringen van fundamentele vrijheden door een nationale maatregel kunnen gerechtvaardigd worden. Rechtvaardigingsgronden zijn bepaald in het VWEU en volgen uit jurisprudentie. Als een belemmering gerechtvaardigd kan worden is geen sprake van een verbod. In deze paragraaf worden eerst de verdragsrechtelijke rechtvaardigingsgronden uitgewerkt. Hierna worden rechtvaardigingsgronden besproken die afgeleid zijn uit de rechtspraak op basis van 'rule of reason'.⁷³

5.4.1 Verdragsrechtelijke uitzondering

Uit artikel 36 VWEU volgt dat opgelegde kwantitatieve beperkingen of maatregelen gerechtvaardigd kunnen worden. Indien de nationale maatregel de openbare zedelijkheid, openbare orde, de openbare gezondheid of de bescherming van commerciële eigendommen bevordert, kan deze gerechtvaardigd worden. De maatregel wordt dan geacht proportioneel te zijn. Als een minder beperkte maatregel dezelfde bescherming tot gevolg heeft wordt deze niet als proportioneel beschouwd.

De verbodsuitzonderingen op de vrijheid van kapitaal- en betalingsverkeer staan beschreven in artikel 65 VWEU. Het eerste lid onderdeel a bepaalt dat lidstaten onderscheid mogen maken tussen binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen of binnenlands en buitenlands inkomen. Volgens het derde lid mag een lidstaat daarentegen geen verkapte beperking van het betalingsverkeer of willekeurige discriminatie opleveren.

Het limitatieve karakter van artikel 36 VWEU zorgt ervoor dat de gronden niet toereikend zijn om aan de belangen vanuit de praktijk te voldoen. Het HvJ heeft hiervoor de 'rule of reason' geïntroduceerd.⁷⁴

5.4.2 Rule of Reason

Het Europese Hof heeft ter rechtvaardiging van de verdragsvrijheden buitenwettelijke rechtvaardigingsgronden ontwikkeld. Hoewel de in de voorgaande paragraaf genoemde vrijheden fundamenteel zijn, volgen vanuit jurisprudentie uitzonderingen. Uit jurisprudentie volgt dat beperkingen van vrij verkeer worden gerechtvaardigd indien deze worden toegepast zonder discriminatie of zijn ingevoerd op basis van dwingende redenen van het algemene belang.

⁷² HvJ 21 oktober 2010, zaak C-81/09, punt 48.

⁷³ HvJ 20 februari 1979, zaak C-120/78.

⁷⁴ HvJ 20 februari 1979, zaak C-120/78.

Deze rechtvaardigingsgronden zijn:

1. Een belemmering van de verdragsvrijheden kan gerechtvaardigd worden indien deze zien op de fiscale samenhang van de belastingheffing en aftrek. Deze dienen binnen hetzelfde belastingmiddel plaats te vinden of dienen bij dezelfde belastingplichtige te gelden;⁷⁵
2. Belemmeringen die opgelegd worden om nauwkeurig te toetsen welke belaste inkomsten of verrekenbare verliezen toe te rekenen zijn aan een lidstaat, bijvoorbeeld uiteenlopende boekhoudvereisten;⁷⁶
3. Belemmeringen als gevolg van een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid in een bilateraal belastingverdrag op basis van nationaliteit en territorialiteit;⁷⁷
4. Een nationale maatregel die bijdraagt aan het niet verstoren van evenwicht van belastingheffing met staten die niet behoren tot de Europese Unie;⁷⁸
5. Bestrijding van belastingontwijking is een rechtvaardigingsgrond van de vrijheid van vestiging.⁷⁹ Later is deze rechtvaardiging aangescherpt. De belemmering is gerechtvaardigd wanneer beperkingen enkel van toepassing zijn op kunstmatige constructies om fiscaal voordeel te behalen.⁸⁰

Uit bovenstaande jurisprudentie en de zaak Kraus⁸¹ kan worden afgeleid dat het belemmeren van een fundamentele vrijheid mogelijk gerechtvaardigd wordt indien de nationale maatregel aan het volgende voldoet. De maatregel mag geen toepassing vinden met discriminatie als gevolg en moet gerechtvaardigd worden door een van de rechtvaardigingsgronden die blijken uit de rule of reason. Daarnaast moet de maatregel het achterliggende doel waarborgen zonder dat deze maatregel verder gaat dan hiervoor nodig is. Dit laatste wordt ook wel de 'evenredigheidstoets' genoemd. De evenredigheidstoets is te onderscheiden in de gelijkheidstoets en de noodzakelijkheidstoets. De gelijkheidstoets houdt in dat gekeken moet worden of de betreffende maatregel geschikt of om het doel te bereiken. De noodzakelijkheidstoets beoordeelt of de maatregel niet verder gaat dan noodzakelijk is om het gewenste effect te bereiken.

5.5 Conclusie

Het Europese recht heeft een voorrangspositie ten opzichte van het nationale recht. Het HvJ kan een nationale maatregel vernietigen als deze in strijd blijkt te zijn met een fundamentele vrijheid.

De non-discriminatiebepaling van het Verdrag 2001 wordt niet geschonden. Lidstaat België maakt bij haar belastingheffing over de afkoopsom geen onderscheid tussen ingezetenen en niet-ingezetenen. Nederland maakt in haar wetgeving eveneens geen onderscheid. De fiscaal ongelijke behandeling van de afkoopsom van het PEB tussen inwoners van Nederland en inwoners van België volgt uit de bepalingen van het belastingverdrag tussen deze twee staten.

De fundamentele vrijheid van vestiging houdt in dat in belastingplichtige ongelimiteerd deel kan nemen aan het economische leven in een andere lidstaat. Daarbij dient deze persoon op gelijke wijze behandeld te worden als de overige inwoners van deze lidstaat. België legt in haar wetgeving hiervoor geen beperkingen op. Ook de vrijheid van betalingsverkeer lijkt door de

⁷⁵ HvJ 6 juni 2000, zaak C-36/98.

⁷⁶ Cursus Belastingrecht: Europees Belastingrecht, 2013/2014, 5.1.3.A, Kluwer, 2013.

⁷⁷ HvJ 12 mei 1998, zaak C-336/96.

⁷⁸ HvJ 21 september 1999, zaak C-307/97.

⁷⁹ HvJ 16 juli 1998, zaak C-264/96.

⁸⁰ HvJ 12 september 2006, zaak C-196-04.

⁸¹ HvJ 31 maart 1993, zaak C-19/92.

Nederlandse belastingmaatregel niet geschonden te worden. De uitkering van de afkoopsom van het PEB wordt niet belemmerd. Uit het Verdrag 2001 volgt enkel dat de belastingplichtige die woonachtig is in Nederland, in Nederland heffing is verschuldigd over de afkoopsom verminderd met het vrijgestelde deel.⁸² In België wordt vervolgens belasting geheven over het in Nederland onbelaste deel.

Als gevolg van de conclusie dat de verdragsvrijheden niet worden geschonden door de Nederlandse nationale maatregel vinden de rechtvaardigingsgronden geen toepassing. Doordat geen belemmering van fundamentele vrijheden plaatsvindt kan worden geconcludeerd dat de nationale maatregel zonder discriminatie wordt toegepast.

⁸² Art. 38o Wet LB 1964.

6. Casusuitwerking

In dit hoofdstuk wordt de theorie die in deze scriptie behandeld is toegepast op de casus. In de casus speelt de vraag of mevrouw De Kort haar pensioenvoorziening af kan kopen met de fiscale voordelen die de Nederlandse wetswijziging biedt. Deze vraag is relevant omdat mevrouw De Kort niet in Nederland woont. Hierdoor is het belastingverdrag tussen het bronland en het woonland leidend voor de verlening van heffingsrecht voor beide landen.

6.1 Gevolgen wetswijziging

De problematiek van dit vraagstuk is ontstaan als gevolg van de invoering van de Wet uitfasering PEB in april 2017. Een belastingplichtige die zijn PEB wilde afkopen had niet alleen te maken met het progressieve belastingtarief van box 1, maar ook met de afkoopboete.⁸³ Deze afkoopboete bedraagt twintig procent en is berekend over de commerciële waarde van de pensioenvoorziening. De pensioenvoorziening heeft al snel een afkoopwaarde die valt binnen de vierde schijf van box 1. Het cumulatieve belastingpercentage kan hierdoor zonder moeite oplopen tot boven de zeventig procent.

Nu de overheid besloten heeft het niet langer mogelijk te maken pensioen in eigen beheer op te bouwen, is een wetswijziging ingevoerd. DGA's hebben de mogelijkheid hun PEB fiscaal gunstig af te kopen of om te zetten in een ODV. Hoewel mevrouw De Kort standvastig is in haar wil het PEB af te kopen, kan dat fiscaal gezien waarschijnlijk niet de meest voordelige optie zijn.

De afkoopregeling biedt allereerst een geruisloze afstempeling van de commerciële waarde naar de fiscale waarde. Pensioendotaties vanuit de winst in 2016 en 2017 die anderhalf keer de waarde hebben van de dotaties uit de winst in 2015 zijn uitgesloten van geruisloze afstempeling. De Kort heeft geen dotaties vanuit de winst van de vennootschap gedaan in elk van deze drie kalenderjaren.

Mevrouw De Kort is sinds enkele jaren weduwe. Ze heeft verder geen voormalige partners die een aanspraak hebben in haar pensioen. Meetekenen door of compenseren van een (voormalig) partner is in casus mevrouw De Kort daarom niet aan de orde.

6.2 Belastingheffing Nederland

Als gevolg van het voornemen de pensioenvoorziening per 1 december 2017 af te kopen is op basis van tussentijdse cijfers een balans opgesteld per voorgenoemde datum. Op deze datum bedraagt de commerciële waarde € 708.952,-. De commerciële waarde mag worden afgeboekt met € 376.318,-, naar een bedrag van € 332.634,-. Deze waarde is gelijk aan de fiscale waarde van de pensioenvoorziening.

Vervolgens wordt een deel van de afkoopsom vrijgesteld van belastingheffing.⁸⁴ In 2017 bedraagt de afkoopkorting 34,5 procent. Deze afkoopkorting wordt berekend over de fiscale balanswaarde per 31 december 2015. De fiscale waarde van de pensioenvoorziening bedroeg op dat moment € 319.812,-. Als gevolg hiervan wordt € 110.335,- vrijgesteld van belastingheffing. Het van belasting vrijgestelde bedrag wordt in mindering gebracht op de afkoopsom.

⁸³ Art. 30i AWR.

⁸⁴ Art. 38o, eerste lid, Wet LB 1964.

Hieronder is een berekening gemaakt van de in Nederland verschuldigde loonbelasting en de netto afkoopsom:

Berekening netto afkoopsom		Berekening loonbelasting			
Brutoloon	€ 332.634,-	Schijf 1	36,55%	€ 7.303,-	
Af: afkoopkorting	€ 110.335,-	Schijf 2	40,80%	€ 5.634,-	
Belastbaar loon	€ 222.299,-	Schijf 3	40,80%	€ 13.578,-	
Af: Loonheffing	€ 107.233,-	Schijf 4	52%	€ 80.718,-	
Nettoloon excl. afkoopkorting	€ 115.066,-	Totaal		€ 107.233,-	
Bij: afkoopkorting	€ 110.335,-				
Nettoloon incl. afkoopkorting	€ 225.401,-				

6.3 Internationale gevolgen

Mevrouw De Kort woont sinds 2007 niet meer in Nederland. Om de fiscale gevolgen van de afkoop van haar PEB in kaart te brengen moet naast Nederlandse wetgeving ook rekening worden gehouden met internationale wetgeving en de wetgeving van het woonland. Allereerst wordt aan de hand van het belastingverdrag tussen Nederland en België beoordeeld welk land heffingsbevoegdheid heeft over de pensioenafkoop.

In het artikel uit het Verdrag 2001 waarin de heffingsbevoegdheid over een afkoopsom is weergegeven is gebruik gemaakt van de termen bronland en woonland. In deze casus is het woonland van mevrouw De Kort België en het bronland Nederland

De pensioenvoorziening is per 1 december 2017 nog niet tot uitkering gekomen. Mevrouw De Kort heeft dus nog geen pensioenuitkeringen vanuit Kamp Consultancy B.V. ontvangen. Het Verdrag 2001 bepaald dat Nederland, het bronland, bevoegd is tot belastingheffing over de afkoopsom van het PEB.⁸⁵ Uit de bovenstaande berekening volgt dat Nederland een bedrag van € 107.233,- aan inkomstenbelasting zal heffen over de afkoopsom.

In het Verdrag 2001 is echter medebepaald dat het woonland heffingsbevoegd is over de inkomsten die niet feitelijk zijn belast in het bronland. Doordat Nederland een deel van de afkoopsom vrijstelt van belastingheffing wordt dit deel niet feitelijk belast. Op grond van artikel 23 lid 1 onderdeel a Verdrag 2001 mag België belasting heffen⁸⁶ over het van belasting vrijgestelde gedeelte.

6.3.1 Belastingheffing België

Het in Nederland van belasting vrijgestelde gedeelte van de afkoopsom bedraagt € 110.335,-. De Belgische belastingwet kent evenals de Nederlandse Wet IB een progressief tarief.

⁸⁵ Art. 18, derde lid , Verdrag 2001.

⁸⁶ Art. 130 WIB 1992.

Hieronder is een berekening gemaakt van de verschuldigde inkomstenbelasting in België:

Berekening inkomstenbelasting België

Schijf 1	25%	€ 2.767,-
Schijf 2	30%	€ 495,-
Schijf 3	40%	€ 3.388,-
Schijf 4	45%	€ 7.938,-
Schijf 5	50%	€ 35.752,-
Totaal		€ 50.340,-

Over de bruto afkoopsom van het PEB wordt dus belasting betaald in zowel Nederland als België. De totale belastingheffing bedraagt € 157.573,-. Een DGA die in Nederland woont en verder in een volledig gelijke situatie verkeerd als mevrouw De Kort is enkel in Nederland belasting verschuldigd over de afkoopsom. Het verschuldigde bedrag bedraagt € 107.233,-.

6.3.2 Discriminatie

Op basis van de non-discriminatie bepalingen in het VWEU⁸⁷ en het Verdrag 2001⁸⁸ wordt mevrouw De Kort niet gediscrimineerd. Daarnaast worden het verbod op vrijheid van vestiging en op vrijheid van kapitaal- en betalingsverkeer⁸⁹ door beide verdragslanden niet geschonden. Mevrouw De Kort kan zich hier dus niet op beroepen. Rechtvaardigingsgronden van de schending van verdragsvrijheden kunnen niet worden toegepast. De belastingheffing in Nederland en België is dus niet in strijd met Europese verboden.

Mevrouw De Kort besluit de afkoop van haar pensioenvoorziening uit te stellen totdat de Nederlandse en Belgische overheden een verduidelijking over de fiscale behandeling hebben gegeven.

⁸⁷ Art. 18 VWEU.

⁸⁸ Art. 26, eerste lid, Verdrag 2001.

⁸⁹ Art. 49 jo. art. 63 VWEU.

7. Eindconclusie

De probleemstelling die in deze scriptie centraal staat luidt:

“In hoeverre zijn Nederland en België heffingsbevoegd bij de afkoop van een in eigen beheer gehouden pensioen in een Nederlandse vennootschap indien de belanghebbende woonachtig is in België en is dit gerechtvaardigd?”

7.1 Conclusie

In de praktijk bestaat op het moment veel onduidelijkheid over de fiscale behandeling van een pensioenafkoop op grond van artikel 38n Wet LB 1964 en volgenden waarbij de DGA buiten Nederland woont. Deze onduidelijkheid richt zich tot de bevoegdheid van belastingheffing over de afkoopsom door het bronland en het woonland. Daarbij zal getoetst moeten worden of het verschil van verschuldigde belasting tussen een in Nederland wonende DGA en een in België wonende DGA gerechtvaardigd kan worden.

Vanaf april 2017 is de wetswijziging rondom de Wet uitfasering PEB in werking getreden. Het afkopen van de pensioenvoorziening wordt door de wetgever op verschillende manieren gestimuleerd. De DGA mag de pensioenvoorziening commercieel fiscaal geruisloos afstempelen tot een waarde die gelijk is aan de fiscale waarde. Van deze afstempeling zijn dotaties die in 2016 en 2017 meer dan anderhalf keer de waarde van de dotaties in 2015 bedragen uitgezonderd. Vervolgens wordt een belastingvrijstelling verleend in de vorm van een procentueel vrijgesteld gedeelte van de afkoopsom. Dit percentage wordt berekend over de fiscale waarde per 31 december 2015. Voor een pensioenafkoop in 2017 bedraagt de vrijstelling 34,5 procent. Deze wordt in 2018 verlaagd naar 25 procent en naar 19,5 procent in 2019. Na 2019 wordt deze vrijstelling niet meer verleend. Tot slot is de DGA tot en met 2019 geen afkoopboete verschuldigd. Normaliter bedraagt deze boete 20 procent van de commerciële waarde van de pensioenvoorziening.

Op het moment dat de belastingplichtige in België woont krijgt deze naast Nederlandse wetgeving ook te maken met Belgische wetgeving en internationale wetgeving. Door middel van het Verdrag 2001 wordt bepaald of de belastingheffing over de afkoopsom toekomt aan het bronland of het woonland. In het Verdrag 2001 wordt onderscheid gemaakt tussen pensioenafkopen die op het moment van afkoop reeds over zijn gegaan tot uitkeringen en afkopen die op het moment van afkoop nog niet zijn overgegaan tot uitkering.

Het afkopen van een pensioenvoorziening die op het moment van afkoop tot uitkering is gekomen wordt in beginsel belast door de woonstaat. De bronstaat is echter heffingsbevoegd als aan drie cumulatieve voorwaarden voldaan wordt. Het bronland is ten alle tijden heffingsbevoegd over een afkoopsom als de pensioenvoorziening op het moment van afkopen niet tot uitkering is komen.

Indien blijkt dat Nederland heffingsbevoegd is over de afkoopsom zal op grond van artikel 38o Wet LB 1964 een procentueel gedeelte worden vrijgesteld van belasting. Artikel 23 lid 1 sub a van het Verdrag 2001 schrijft voor dat het woonland heffingsbevoegd is over inkomsten die in Nederland niet feitelijk worden belast. Hiermee wordt gedoeld op het vrijgestelde deel van de afkoopsom.

Hieruit kan geconcludeerd worden dat een binnenlandsbelastingplichtige wel wordt bevoordeeld door de Wet uitfasering PEB en een buitenlandsbelastingplichtige niet. Het is de vraag of dit verschil in belastingheffing gerechtvaardigd kan worden.

Zowel de Nederlandse als de Belgische belastingwet discrimineert niet op grond van nationaliteit. Daarbij discrimineren beide landen niet door ingezetenen en niet-ingezetenen te bevoordelen of benadelen met enige of zwaardere belastingheffing. De vrijheid van vestiging houdt in dat een belastingplichtige ongelimiteerd deel kan nemen aan het economische leven in een andere lidstaat. De vrijheid van kapitaal- en betalingsverkeer houdt in dat de afkoopsom zonder enige belemmering uitgekeerd moet kunnen worden. Beide verdragsvrijheden worden niet geschonden door de Nederlandse wetwijziging. Hierdoor hoeft niet getoetst te worden of de verdragsrechtelijke uitzondering van het VWEU en de rechtvaardigingsgronden die volgen uit jurisprudentie op de Nederlandse wetwijziging van toepassing zijn. Het verschil in belastingheffing tussen een in Nederland binnenlands- en buitenlandsbelastingplichtige leidt niet tot discriminatie en schendt geen verdragsvrijheid en is dus rechtvaardig.

De wetgever had naar mijn mening dit probleem voor april 2017 moeten voorzien. Ik vermoed dat de Nederlandse overheid geen moment stil heeft gestaan bij het opstellen van de wetwijziging dat buitenlandsbelastingplichtigen te maken zouden krijgen met heffing over het in Nederland vrijgestelde gedeelte van de afkoopsom. In maart 2017 heeft Wiebes een poging gedaan met de Belgische autoriteit in gesprek te gaan over eventuele mogelijkheden. België had hier geen oren naar waardoor het sinds maart het lange tijd stil bleef. Op 7 november besloot de SRA namens belastingplichtigen en hun adviseurs een zorgenbrief te schrijven aan de Belastingdienst. Het is echter de vraag of de Belastingdienst met het voorstel akkoord gaat. In een 'Vraag&Antwoord' op de belastingdienst pensioen site heeft de Belastingdienst op 17 november 2017 laten weten dat de afkoopkorting van 34,5 procent onder geen enkele voorwaarde kan worden toegepast op een pensioenafkoop die plaatsvindt na 31 december 2017.

De Staatssecretaris van Financiën liet op 7 december weten dat België zeer binnenkort met een mededeling zou komen. Wanneer dit plaats zal vinden en wat het gevolg hiervan gaat zijn is nog altijd onduidelijk.

7.2 Eventuele aanbeveling

Het systeem van artikel 38n Wet LB 1964 zorgt ervoor dat een deel van de afkoopsom onbelast blijft. Hierdoor is België gerechtigd tot belastingheffing over dit gedeelte. De wetgever had naar mijn mening beter een systeem in kunnen voeren waarbij naar de gevolgen voor binnenlandsbelastingplichtigen en specifiek naar de gevolgen voor buitenlandsbelastingplichtigen is gekeken. Dit zou veel discussie en onduidelijkheid hebben geschied.

Daarnaast heb ik ook nog een eventuele aanbeveling voor de buitenlandsbelastingplichtige. In de casusuitwerking is inzichtelijk gemaakt dat het verschil in belastingdruk tussen een binnenlands- en een buitenlandsbelastingplichtige van grote mate kan zijn. Waarbij de binnenlandsbelastingplichtige wel bevoordeeld wordt door de Nederlandse wetgeving. De afkoopregeling kan, afhankelijk van persoonlijke omstandigheden, voor een buitenlandsbelastingplichtige fiscaal minder gunstig zijn dan de omzetting in een ODV. Doordat de Nederlandse en Belgische autoriteiten tot op heden geen duidelijkheid hebben gegeven, is het mogelijk beter voor de DGA om te wachten met afkopen. Mogelijk wordt de afkoopregeling nog aangepast en vindt deze een fiscaal gunstigere toepassing voor buitenlandsbelastingplichtigen. Indien dit niet het geval is kan de pensioenvoorziening tot eind 2019 worden omgezet in een ODV. De omzetting kent geen degressief karakter zoals toegepast bij de afkoopregeling. Omzetten in 2017 of 2019 maakt voor de DGA geen verschil.

Literatuurlijst

Artikelen

- Dieleman, B., 'Einde pensioen in eigen beheer; stand van zaken ultimo 2016', MBB 2017/01
- Ligthart, N.M., 'Vermogende Particulieren Bulletin, (Reduceren) fiscale gevolgen overlijden bij pensioen in eigen beheer', Vp-bulletin 2013/39
- Loonen, T., 'Vermogen Pensioenoverdracht DGA', FD 7 november 2015
- P.J.J.M. Peeters, 'Meerderheidsdeelnemingen: bestaat er een rangorde tussen art. 43 en art. 56 EG?', WFR 2007/777, paragraaf 2
- P. van den Brink, 'Afschaffing pensioen in eigen beheer. Actie noodzakelijk!', Tijssen accountants | adviseurs, nr. 4 2016
- RJ-uiting 2016-5, Handreiking fiscale waarderingsgrondslagen

Boeken

- B.J.M. Terra en P.J. Wattel, 'European Tax Law', Fiscale Handboeken, Kluwer, Deventer, 2012
- Cursus Belastingrecht: Europees Belastingrecht, 2013/2014, 5.1.3.A, Kluwer, 2013

Internet

- [Http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/nondiscrimination_principle.html?locale=nl](http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/nondiscrimination_principle.html?locale=nl)
- <https://europadecentraal.nl/onderwerp/vrij-verkeer/grondbeginselen-vrij-verkeer/>
- <https://www.boek9.nl/boeken/ie-beginselen/2-internationale-harmonisatie-ie-rechten/2-9-europees-non-discriminatie-beginsel>
- <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2011/28/ouderen-wonen-steeds-langer-zelfstandig>
- <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2017/44/levensverwachting-65-jarigen>
- <https://www.hetcak.nl/>
- www.ndfr.nl
- www.kluwnavigators.nl

Jurisprudentie

Hoge Raad

- HR 14 juli 2017, nr. 16/03578, BNB 2017/188

Rechtbank

- RB 27 februari 2007, nr. 01/996040-05

Hof van Justitie EU

- HvJ 20 februari 1979, nr. C-120/78
- HvJ 31 maart 1993, nr. C-19/92
- HvJ 14 februari 1995, nr. C-279/93
- HvJ 12 mei 1998, nr C-336.96
- HvJ 16 juli 1998, nr. C-264/96
- HvJ 21 september 1999, nr. C-307/97
- HvJ 6 juni 2000, nr. C-36/98
- HvJ 12 september 2006, nr. C-196/04, punt 53
- HvJ 21 oktober 2010, nr. C-81/09, punt 48

Kamerstukken

- Kamerstukken I 2015/16, 34 552, nr. E, onderdeel 5
- Kamerstukken II 2001/02, 28 259, nr. 4
- Kamerstukken III 2001/02, 28 259, nr. 6

- Kamerbrief 6-12-2013, "Pensioen in eigen beheer, ontklemming fiscale oudedagsreserves en stakingslijfrenten en verruiming kleine afkoopregeling lijfrenten", DB/2013/576

Overig

- Aanbiedingsbrief Pensioen in eigen beheer, ontklemming fiscale oudedagsreserves en stakingslijfrenten en verruiming kleine afkoopregeling lijfrenten
- Brief SRA 7 november 2017, PEB onduidelijkheid buitenlands belastingplichtigen
- Fiscale non-discriminatie, P. te Boekhorst, KMPG Audit & Advisory
- Nieuwsbrief Belgium-Holland Country Desk, oktober 2016
- Nota naar aanleiding van het verslag, 25 oktober 2016
- Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011
- Rechtstaete Nieuws Pensioen in Eigen Beheer – Acties?, 16 mei 2017
- Rekenvoorbeeld Pensioen in eigen beheer, Konings Meeuwissen accountants en belastingadviseurs
- Sheets DGA-pensioen afgeschaft, Venrooij, A. van, FSV
- SRA-Praktijkhandreiking Pensioen in eigen beheer
- Syllabus BV 2014 Discounted Cash Flow
- V&A 20 november 2017, 17-037 d.d. 171117; Hoogte afkoopkorting bij afkoop pensioen in eigen beheer na 2017
- Uitfasering pensioen in eigen beheer – deel 2: Pensioengerechtigde woont in het buitenland, C. Douven

Bijlage 1: Verklaring van authenticiteit

Verklaring van authenticiteit

Ik heb deze scriptie zelf geschreven en ik heb daarbij geen teksten overgenomen uit andere scripties, literatuur en overige geschriften zonder de bron op juiste wijze te hebben vermeld. Ik verklaar derhalve dat ik geen plagiaat heb gepleegd en niet ongeoorloofd met anderen heb samengewerkt of gebruik heb gemaakt van het gedachtegoed van anderen.

Datum:

Handtekening

Bart F.J. van Gerwen