Het einde van de eigen BV als pensioenuitvoerder?

06-01-2016 I Door mr. Remko Hesse
werkzaam bij Foseti advies

Eigenlijk staat de pensioenwereld niet stil. Niet qua ambitieniveau, niet qua uitvoerder en niet qua prijs. Als bestuurder van een pensioenfonds heb ik de discussie over volledig herverzekeren (wat het was) of volledig eigen beheer (wat het is geworden) van nabij mee mogen maken. En als adviseur zie ik ook het pensioen in de eigen BV bij de directeur-grootaandeelhouder (dga). Echte buffers of voorzieningen zijn er niet nodig, de rekenrente staat vast op 4% en er is - volgens de Belastingdienst - mogelijk sprake van afkoop van het pensioen bij het uitkeren van dividend.
In deze bijdrage wordt ingegaan op de problemen die de Staatssecretaris ziet bij pensioen in eigen beheer en welke voorstellen hij doet om de ze op te lossen. Kort gezegd komt het er op neer dat zijn oplossing bestaat uit het afschaffen van pensioen in eigen beheer. Althans, dat is de wens die de Staatssecretaris uitspreekt in zijn brief van 17 december 2015 en eigenlijk al bestond bij de invoering van de Brede Herwaardering. De Staatssecretaris gaat uit van een internetconsultatie in de eerste helft van 2016, waarna eventuele noodzakelijke wetswijzigingen per 1 januari 2017 ingevoerd kunnen worden. Gerekend vanaf december 2013 zou dan in krap drie jaar het pensioen in eigen beheer afgeschaft zijn.

Algemeen

In de afgelopen periode heeft de Staatssecretaris diverse brieven naar de Tweede Kamer gestuurd over het pensioen in eigen beheer.[1] Tezamen met het verslag van het algemeen overleg van 24 september 2015 geeft het een mooi overzicht van de huidige situatie:

- De vaste wettelijke rekenrente van 4% voor pensioen in eigen beheer is een bewuste invulling op het begrip goedkoopmansgebruik en eigenlijk niet meer van deze tijd. Fiscaal is 34 miljard euro gereserveerd, waar de commerciële waardering, met toepassing van de marktrente, 73 miljard euro is. Dit is ongeveer 7% van de totale pensioenverplichting in Nederland en betreft zo'n 140.000 dga's. Het - ineens - loslaten van deze 4% ten gunste van de marktrente is, volgens de Staatssecretaris echter een (te grote) aanslag op de belastingopbrengsten. Op zich bijzonder, aangezien de overgang naar marktrente (lees UFR) bij pensioenfondsen en verzekeraars meestal leidde tot verliezen bij verzekeraars en hogere premies die bij de werkgevers met ook een lager belastbaar bedrag als gevolg; en daarmee minder belastingopbrengsten.
- Deze fiscale reservering blijft binnen de onderneming. Dat is positief voor de financiering van de onderneming. Daarmee bestaat het risico dat op de pensioendatum er onvoldoende kapitaal in kas is om de uitkeringen te doen.
- En het uitkeren van dividend is, vanwege het grote verschil tussen de fiscale en commerciële waardering, niet eenvoudig. In de brief van 2 juni 2014 staat daarover het volgende: *".... Het toekennen van een pensioen betekent dat vanuit de bv bewust levenslange verplichtingen worden aangegaan en rechten worden toegekend om te voorzien in een oudedagsvoorziening. In het algemeen wordt dit pensioen van de directeur-grootaandeelhouder opgebouwd met toepassing van de fiscale omkeerregel. Het doen van tussentijdse dividenduitkeringen <u>ten koste van deze pensioenverplichtingen</u> betekent dat de pensioenverplichting wordt aangetast. Dit is een vorm van voortijdige afkoop en is in strijd met de eerdere bewuste keuze...."* (onderstreping jrh). Deze stellingname wordt door de Belastingdienst betrokken als het beschikbare vermogen van de BV na de dividenduitkering lager is dan de commerciële waarde van het pensioen.[2] Het standpunt wordt zodanig uitgedragen dat een geringe onderdekking al leidt tot afkoop, los van de potentie van de onderneming. Met andere woorden: het standpunt kent geen nuance en dat leidt tot een starheid die mijns inziens niet meer past bij hetgeen de huidige Belastingdienst wil zijn. Of dit standpunt standhoud bij een rechter is lastig in te schatten. Mij zijn geen (lopende) procedures over dit onderwerp bekend.

[1] Op 6 december 2013, 2 juni 2014, 1 juli 2015 en 17 december 2015 heeft de Staatssecretaris de Tweede Kamer geïnformeerd. Op 24 september 2015 heeft er een algemeen overleg plaatsgevonden over dit onderwerp.

[2] Zie ook www.belastingdienstpensioensite.nl, vraag&antwoord 12-008

- De berekening van de voorziening is niet - meer - eenvoudig. Dit klopt volledig. Voor de aardigheid heb ik het volgende overzicht van wettelijke maatregelen, met elk hun eigen berekening, in de afgelopen 20 jaar opgenomen:
    a. maatschappelijke opvatting voor Witteveen was een opbouw van 2,33% OP op leeftijd 60;
    b. bij de invoering van Witteveen werd dit 2,% OP op leeftijd 60;
    c. een TOP voor het gemis aan AOW tussen 60 en 65;
    d. bij afschaffing Witteveen opbouw van 2% OP op leeftijd 65;
    e. bij verhoging pensioenleeftijd naar 67 verlaging van het opbouwpercentage naar 1,9% voor één jaar! (of 1,63% bij behoud pensioenleeftijd van 65 jaar);
    f. en als voorlopig laatste een opbouwpercentage van 1,657% (of 1,428% bij behoud pensioenleeftijd van 65 jaar) gecombineerd met een aftopping van het pensioengevend loon.

  De opbouw van het pensioenrecht is daarmee niet eenvoudig uit te leggen, wat overigens niet ligt aan het feit dat het in eigen beheer wordt gehouden. Ook de gewone werknemer loopt hier tegen aan, maar die weet niets van de moeilijke actuariële berekeningen. Daarnaast zijn zowel een fiscale als een commerciële berekening nodig, vanwege de fiscale en de commerciële balans.
- De Belastingdienst is teveel tijd kwijt aan deze problematiek (zo'n 75 FTE).

Samengevat zie ik als grootste probleem het verschil tussen de huidige lage marktrente en de wettelijk voorgeschreven rekenrente van 4%. Dat maakt dat het benodigde pensioenkapitaal niet - meer - strookt met de gedane toezegging. En veelal is het benodigde kapitaal ook niet aanwezig. Daarvoor schetst de Staatssecretaris in eerste instantie enkele mogelijke oplossingen.

Oplossingrichtingen

De Staatsecretaris benoemt de volgende mogelijke oplossingen:

1. De fiscale waardering van de pensioenverplichting vindt plaats op commerciële grondslagen.
2. De fiscale pensioenverplichting vormt het uitgangspunt voor een eenmalige herrekening van de pensioenaanspraken (afstempelen).
3. Afschaffen van pensioen in eigen beheer met een - eenmalige - afkoopmogelijkheid.
4. Een geheel nieuw systeem in de vorm van een fiscale reserve in eigen beheer voor de oude dag.

De eerste oplossing, van fiscale waardering naar commerciële waardering, wordt direct afgeserveerd vanwege een te grote aanslag op de belastingopbrengst. Dat dit komt doordat de wetgever jaren geleden al verzuimd heeft deze wettelijke bepaling aan te passen, daar wordt voor het gemak aan voorbij gegaan. Het lost echter het probleem van echte reserveringen niet op.

De tweede oplossing, de gedane toezegging qua niveau aan de fiscale waardering koppelen zou de charme van de eenvoud hebben, ware het niet dat in de brieven gesproken wordt over een eenmalige afstempeling over de reeds opgebouwde rechten. Daarmee ontstaat er wederom een knip. Dat is niet wenselijk en volgens de Staatssecretaris kleven er ook juridische bezwaren aan deze oplossing.
Deze charme van de eenvoud wordt volgens mij wel bereikt als de fiscale reservering uiteindelijk de basis voor de toezegging is. Er is daarmee simpelweg een lagere pensioentoezegging. Een soort hybride pensioentoezegging die bestaat uit een eindloonregeling die begrensd wordt door de fiscale reservering! De berekening kan eenvoudiger, de discussie over dividend of afkoop is achter de rug en er wordt mijns inziens aangesloten bij de systematiek van pensioenfondsen: de theoretische dekkingsgraad is de maatstaf. En ook op momenten dat pensioen aan een derde wordt overgedragen - bijvoorbeeld bij echtscheiding - is de fiscale reservering bepalend voor de omvang van het recht. Het doorstaat tevens de discussie over de (on-)mogelijkheid van een beschikbare premieregeling in de BV ook glansrijk, want het rendement staat vast, namelijk 4%. Uiteraard vergt dit aanpassing van de huidige pensioenregeling en aanvullende wetgeving of een goedkeurende beleidsbesluit.
Dan blijft als enig probleem nog over de mogelijkheid dat de BV onvoldoende middelen heeft om het verlaagde pensioen daadwerkelijk uit te keren? Dat is niet anders dan nu, en daarvoor geeft de wet een oplossing. Naar mijn mening is dit een zeker verder te onderzoeken oplossing.

Het verder onderzoeken heeft alleen nut als het uitgangspunt van de eigen BV als pensioenuitvoerder behouden blijft. Dat lijkt steeds minder de wens van de Staatssecretaris. In zijn brief van 17 december 2015 geeft hij een opsomming waarom pensioen in eigen beheer eigenlijk niet meer goed voldoet. Hij schrijft vervolgens: "*...Al deze aspecten en ontwikkelingen maken dat het PEB vandaag de dag eigenlijk niet meer aantrekkelijk is. De financiële voordelen van de regeling zijn in de loop van de tijd steeds kleiner geworden of zelfs verdwenen en wegen in verreweg de meeste gevallen niet meer op tegen de nadelen: het gebrek aan flexibiliteit en de hoge administratieve lasten. Inmiddels hebben mij signalen uit de praktijk bereikt die de bevindingen van de door de Werkgroep Ondernemerspensioen van Tilburg University geïnterviewde adviseurs bevestigen, namelijk dat in veel gevallen de (verdere) opbouw van het PEB door adviseurs momenteel zelfs wordt ontraden....". (*jrh: PEB is Pensioen in eigen beheer).

Vervolgens wordt daaraan gekoppeld de conclusie dat de praktijk al bezig is met het uitfaseren van het pensioen in eigen beheer. In mijn omgeving zie ik inderdaad dga's die worstelen met hun pensioenvoorziening en daarom stoppen met de verdere opbouw van pensioen, zowel in eigen beheer als extern. Hun motieven zijn divers, maar een rode lijn is de alsmaar wijzigende wetgeving en daarmee gepaard onzekerheid.

Deze conclusie doet de Staatssecretaris vervolgens besluiten om de eigen BV af te schaffen als pensioenuitvoerder, de eerder voorgestelde fiscale reserve af te raden, de afkoopmogelijkheid te promoten en het volledig afzien van pensioen ten gunste van het resultaat van de BV te ontraden.[3] Met dat laatste heb ik moeite, maar daarover hierna meer.

Afzien van pensioen als oplossing

Met de Tweede Kamer is gesproken over het fiscaal vriendelijk afkopen van het pensioen. Dat gaat dan als volgt:

- de fiscale waarde is de maatstaf voor de afkoop. Daarmee wordt fiscaal acceptabel afgezien van het verschil tussen de commerciële en fiscale waarde.
- van de fiscale waarde wordt 80% als loon aangemerkt (effectief is dat een belastingtarief van 41,6%);
- er wordt geen revisierente in rekening gebracht;
- afkopen is gedurende een korte periode (bijvoorbeeld een kalenderjaar) mogelijk.

Met wijze van afkopen is al ervaring opgedaan bij de afkoop van stamrechten en levensloopsaldi.

Overigens zijn door de afkoop de betreffende opbouwjaren ook verloren voor eventuele toekomstige opbouw bij een professionele uitvoerder, zo die er nog zijn na de invoering van de APF. Achmea bijvoorbeeld stopt met het aanbieden van verzekerde regelingen. Het individu is daarmee vooral aangewezen op de lijfrente.

Kiest een dga niet voor afkoop, dan stopt de verdere pensioenopbouw in eigen beheer. Hiervoor moet wel de pensioenregeling aangepast worden. Anders is sprake van een onzuivere pensioenopbouw, want dan bij een niet kwalificerende uitvoerder.

Dit betekent dat effectief 41,6% van de fiscale voorziening de BV uitgaat. Dit kan in veel situaties een (te) forse aderlating zijn in de financiering van de BV. De Staatssecretaris erkend dit, maar ziet het niet als probleem. Bij 34 miljard euro vermogen en 140.000 deelnemers is het toch gemiddeld €101.000 dat de onderneming verlaat.[4] Menig dga c.q. BV zal dit niet kunnen dragen immers, anders dan bij levensloop en stamrechten, is veelal sprake van een actieve onderneming. Voor pensioen in de uitkeringsfase kan dit wel een goede oplossing zijn. Ik wil opmerken dat in alle brieven de Staatssecretaris geen onderscheid maakt tussen de opbouw- en uitkeringsfase. Er wordt alleen gesproken over de problematiek van de opbouw van pensioen.

[3] In de brief van 6 december 2013 werd hierover het volgende geschreven: *"... Voor dit laatste – nieuwe – systeem zou het volgende kunnen gelden. Gelet op de hiervoor genoemde uitgangspunten kan de fiscale reserve voor de oude dag van de DGA alleen worden gevormd door de vennootschap waarin de materiële onderneming wordt gedreven. Deze vennootschap wordt de mogelijkheid geboden om jaarlijks te doteren mits er dat jaar winst is. Ingeval er geen winst in dat jaar gemaakt wordt, kan er niet worden gedoteerd. De hoogte van de jaarlijkse dotatie aan de reserve bedraagt maximaal een bepaald bedrag doch ten hoogste een percentage van de jaarwinst..... Op het moment waarop de AOW-gerechtigde leeftijd wordt bereikt (of – als dat eerder is - het moment waarop gestopt wordt met werken, sprake is van overlijden, dan wel er geen materiële onderneming meer wordt gedreven door het lichaam, of bijvoorbeeld de aandelen in de vennootschap worden verkocht) valt de reserve vrij ten bate van de winst. Deze vrijval kan worden voorkomen door met de gereserveerde middelen een lijfrente ten behoeve van de DGA aan te kopen, of in geval van diens overlijden diens nabestaanden. Het kan hierbij gaan om een lijfrente in de vorm van een verzekering of een bankspaarproduct (geblokkeerde spaarrekening of geblokkeerd beleggingsrecht). Indien geen lijfrente wordt aangekocht zal een revisierente over de belaste vrijval worden berekend."*

[4] De berekening is als volgt: (34.000.000.000 / 140.000) * 0,416 = €101.000. In één jaar stroomt in die situatie bijna 14,2 miljard de staatskas in.

Een tweede punt van zorg is de situatie waarin de fiscale waarde hoger is dan de het aanwezige vermogen. Bij stamrechten heeft dit geleidt tot stevige discussies en hield de Belastingdienst vast aan de fiscale waarde (gebaseerd op de overeenkomst). Het zou goed zijn, het voorstel tot pensioenafkoop zo in te kleden dat het gaat om ten hoogste de fiscale waarde. Daar waar minder vermogen beschikbaar is, moet uitgegaan worden van deze lagere waarde. Dit verhoogt de deelname aan een dergelijke afkoopmogelijkheid.

Een derde punt voor mij is de onduidelijkheid van deze afkoop voor toekomstige lijfrenteopbouw. Blijft de factor A zoals die voor de laatste - zeven - jaren is vastgesteld in stand, of kan een deel van het pensioenverlies gerepareerd worden binnen het regime van de lijfrente?

Alternatief voor afkoop, volledig afzien van het pensioen

De Staatssecretaris ontraadt in zijn brief van 17 december 2015 van het volledig afzien van pensioen ten gunste van het resultaat van de BV.[5] Dat vindt ik bijzonder spijtig. Deze variant lost namelijk in veel situaties het nadeel van de directe belastingheffing op, waardoor minder dga's met een pensioen in eigen beheer blijven zitten. Het dan verschuldigde tarief (20% of 25%) is beter op te brengen dan de loonheffing bij afkoop. De eventueel later verschuldigde heffing in box 2 voor het geval er winst aan de dga wordt uitgekeerd, maakt de totale belastingdruk tenminste 40% van de fiscale waarde van het pensioen. De door de Staatssecretaris genoemde budgettaire onzekerheid herken ik niet. Immers zowel bij de afkoop als het afzien wordt toekomstige belastingheffing naar voren gehaald. Dit kan anders zijn als de Staatssecretaris nu al een bestemming in gedachten heeft voor deze belastingopbrengst. Uit zijn brieven blijkt dat niet.

Tweede Kamer aan zet

De Staatssecretaris sluit 2015 voor wat betreft het pensioen in eigen beheer af met de opmerking dat het vormen van een of andere pensioenvoorziening in eigen beheer toch wenselijk geacht wordt door 'het veld'. Dat is de hierboven genoemde fiscale reserve (punt 4). Aan deze reserve wordt jaarlijks een bedrag gedoteerd mits er winst is. Dit levert uiteindelijk, net als de FOR voor IB-ondernemers enig belastinguitstel op, dat gebruikt kan worden voor de financiering van de onderneming. Het heeft niet meer de directe voorkeur van de Staatssecretaris. Als de Tweede Kamer voor het krokusreces 2016 een keuze maakt, kan een conceptvoorstel voor internetconsultatie in de eerste helft van 2016 voorgelegd worden. Vervolgens kan wetgeving per 1 januari 2017 in werking treden.

Samenvatting

In diverse brieven laat de Staatssecretaris zijn overwegingen en voortschrijdend inzicht zien op het huidige pensioen in eigen beheer. De uiteindelijke conclusie is dat afschaffen van eigen beheer, in combinatie met een aantrekkelijke afkoopregeling, het beste is. De keuze voor een ander soort voorziening in eigen beheer, een mogelijke wens van 'het veld' laat hij aan de Tweede Kamer.

Naar mijn mening laats de Secretaris zien dat hij serieus met dit onderwerp omgaat. Ik kan meegaan met het argument dat pensioen in eigen beheer - op de huidige wijze vastgesteld - niet meer van deze tijd is. Het is niet meer eenvoudig en de dividendklem drukt zwaar op menig dga/BV. Afkoop, afzien of de fiscale waarde onderbrengen bij een professionele uitvoerder zijn goede oplossingen. Daarbij zou ik een lans willen breken voor het volledig afzien van het pensioen. Daarmee wordt een situatie geschapen dat de dga echt na kan denken over zijn oudedagsvoorziening, zonder de ballast van een pensioenvoorziening die hij mogelijk heeft gekozen op verkeerde gronden.

[5] De Staatssecretaris schrijft in noot 10*: "Ook kan worden gedacht aan een afschaffingsvariant waarin niet wordt gekozen voor een fiscaal gefaciliteerde afkoop van het PEB maar voor een variant waarin fiscaal gefaciliteerd kan worden afgezien van het PEB. Afzien is met meer juridische en budgettaire onzekerheden omgeven dan afkoop en is om die reden niet wenselijk".*