

Financiën wil eigen beheer ten grave dragen op basis van zelf gecreëerde knelpunten

In een brief van 6 december 2013 heeft oud-staatssecretaris Weekers van Financiën zijn visie gegeven op de knelpunten bij de uitvoering van het pensioen in eigen beheer. Die knelpunten zijn volgens hem zo ernstig dat het de voorkeur verdient om eigen beheer maar af te schaffen en in plaats daarvan voor dga's een FOR-achtige regeling in te voeren. Op deze 'visie' valt het nodige af te dingen. Bovendien is het een geruststellende gedachte dat Weekers zijn brief met weinig gezag schreef en inmiddels is afgetreden. Toch blijft waakzaamheid geboden; Weekers is weliswaar weg, maar niet de ambtenaren die hem de afschaffing van eigen beheer hebben ingefluisterd.

■ WAARDE ECONOMISCH VERKEER

De problemen vloeien voornamelijk voort uit het verschil tussen de fiscale en de (hogere) commerciële waardering van de pensioenverplichting in eigen beheer, c.q. de waarde in het economisch verkeer (wev).² Voor fiscale doeleinden is vaststelling van de wev bijvoorbeeld van belang bij de overdracht van een pensioenverplichting naar een verzekeraar of een andere bv, of bij de vaststelling van de ruimte om dividenden uit te keren zonder dat dit tot het fiscaal gesanctioneerd afkopen van pensioenaanspraken leidt.

De fiscale invulling van het begrip wev van een pensioenverplichting kan op verschillende manieren plaatsvinden. Men kan bijvoorbeeld aansluiten bij het wettelijke tarief voor individuele waardeoverdrachten uit de Pensioenwet of bij Richtlijn RJ 271 van de Raad voor de Jaarverslaggeving. Het ministerie van Financiën daarentegen kiest voor een invulling die tot de hoogste mogelijke wev leidt. In een besluit stelt het zich, op basis van een interpretatie van een gese-

lecteerd arrest van de Hoge Raad, op het standpunt dat de wev van een (open geïndexeerd) pensioen gelijk moet worden gesteld met de koopsom voor een bij een professionele verzekeraar aan te kopen gegarandeerd (2% vast stijgend) pensioen.³

Dit standpunt is nogal kort door de bocht. De Hoge Raad heeft in dat arrest inderdaad geoordeeld dat de aan een verzekeraar te betalen koopsom voor een gegarandeerd, vast stijgend pensioen een zakelijke overdrachtprijs vormt voor een in eigen beheer gehouden pensioenverplichting. Maar dat betekent nog niet dat een andere, volgens een afwijkende systematiek vastgestelde, lagere overdrachtprijs, niet zakelijk zou

De Hoge Raad heeft geen dwingend universeel waarderingsvoorschrift gegeven, terwijl Financiën handelt alsof dit wel het geval is

kunnen zijn.⁴ Met andere woorden, de Hoge Raad heeft geen dwingend universeel waarderingsvoorschrift gegeven, terwijl Financiën handelt alsof dit wel het geval is. Ter verduidelijking het volgende voorbeeld. Een dga heeft voor zijn werk een fatsoenlijke auto nodig. Stel dat een BMW uit de 3 serie fatsoenlijk is, maar de dga neemt er een uit de 5 serie. De rechter concludeert dat een 5 serie nog geen onzakelijk grote auto is. Vervolgens zegt de fiscus dat alleen een 5 serie een fatsoenlijke auto is. En met die BMW gaat de fiscus dus te kort door de bocht. Pensioentoezeggingen die in eigen beheer worden uit-



David Bakker
Drs. D.W. Bakker is vennoot bij Topic Pensioen Consultancy te Amersfoort¹

gevoerd, zijn vaak eindloonregelingen die een voorwaardelijke (na-)indexatie bevatten. Op papier is een eindloompensioen een gegarandeerd pensioen. Maar voor de duiding van het pensioen is de wijze van uitvoering ook van belang. De zekerheidsmaatstaf van 99,5% die verzekeraars moeten bieden, en die zich vertaald weet in een lage rekenrente en hoge leeftijds-terugstellingen, is niet te vergelijken met de zekerheidsmaatstaf die eigen beheer biedt. Het wezenskenmerk van eigen beheer is dat de gelden risicodragend worden belegd in de onderneming, en dit is tot nu toe ook altijd als reden aangevoerd om eigen beheer toe te staan. Dat risico zou ook tot uitdrukking moeten komen in de vaststelling van de wev, en wel middels een rekenrente die hoger is dan de tariefrente die verzekeraars hanteren. Anders gezegd, € 10.000 aan in eigen beheer opgebouwd pensioen kan niet op één lijn worden gesteld met € 10.000 aan pensioen ondergebracht bij een verzekeraar, maar met bijvoorbeeld € 7000 of € 8000 verzekerd pensioen. Voorts betekent het rekenen met een 2% vaste (dus gegarandeerde) stijging een miskenning van het feit dat sprake is van een voorwaardelijke indexatie.

■ EXTERN EIGEN BEHEER

Wanneer sprake is van extern eigen beheer en de werkgever-bv betaalt – niet binnen een fiscale eenheid – jaarlijks pensioenpremies aan de pensioenuitvoerende bv, geldt volgens eerdergenoemd besluit dezelfde maatstaf voor het vaststellen van een zakelijke pensioenpremie. Het besluit stelt namelijk dat ook de te betalen pensioenpremie moet worden gebaseerd op tarieven bij professionele verzekeraars voor gegarandeerde pensioenen. Overigens kan de fiscus, voor de toepassing van de vennootschapsbelasting, niet eisen dat daadwerkelijk zakelijke premies worden betaald. Hooguit kan bij de vaststelling van de belastbare winst van de betrokken rechtspersonen worden verondersteld dat een zakelijke premie is betaald. Het valt buiten het kader van dit artikel om hierop – en op de relevante jurisprudentie (de kostenarresten) – nader in te gaan.

■ KNELPUNTEN

Hierna behandel ik een aantal van de in de brief van de staatssecretaris gesignaleerde knelpunten.

Te hoge dividenduitkeringen

In de commerciële jaarrekening van kleine bedrijven wordt vaak de (lage) fiscale pensioenverplichting overgenomen.⁵ Hierdoor lijkt er voldoende ruimte om dividend uit te keren, aldus de staatssecretaris. Van belang is dat sinds 1 oktober 2012 het uitkeren van dividend alleen mogelijk is na goedkeuring door het bestuur van de bv. Dat moet toetsen of de continuïteit van de onderneming niet in gevaar komt door de dividenduitkering. Een ten onrechte goedgekeurde dividenduitkering kan tot gevolg hebben dat het bestuur door benadeelde schuldeisers aansprakelijk wordt gesteld (zie art. 2:216 BW).

Deze civielrechtelijke dividendtoets was voor de Kennisgroep pensioenen van de Belastingdienst aanlei-

ding om een eigen fiscale dividendtoets te ontwikkelen: wanneer (te veel) dividend wordt uitgekeerd, kan dit ertoe leiden dat er niet voldoende middelen meer zijn om het pensioen uit te keren en er derhalve pensioenaanspraken zijn afgekocht, hetgeen leidt tot belastingheffing over de gehele pensioenaanspraak. Om te beoordelen of na dividenduitkeringen voldoende middelen achterblijven in de bv, dient de pensioenverplichting, c.q. de waarde van de opgebouwde pensioenrechten tegen eerdergenoemde wev te worden gewaardeerd.⁶

De civielrechtelijke dividendtoets was voor de Kennisgroep pensioenen van de Belastingdienst aanleiding om een eigen fiscale dividendtoets te ontwikkelen

De Kennisgroep gaat nog verder, door te stellen dat er voldoende middelen moeten achterblijven om bij overlijden van de dga het levenslange partnerpensioen en het wezenpensioen te kunnen uitkeren wanneer dit niet extern is verzekerd. Dit betekent dat er ten minste middelen ter grootte van het risicokapitaal – uiteraard berekend tegen de wev-grondslagen – aanwezig dienen te zijn. Het risicokapitaal is vaak een stuk hoger dan de wev van de opgebouwde pensioenrechten. Het behoeft geen betoog dat door de invulling van het begrip wev door de Belastingdienst veel dga's zullen zakken voor de dividendtoets.

Waardeoverdracht bij echtscheiding

Bij echtscheiding kan het zo zijn dat het pensioen tegen de wev dient te worden afgestort naar een profes-

- 1 Met dank aan mr. P.J.M. Akkermans voor zijn commentaar bij de conceptversie van dit artikel.
- 2 Voor details verwijs ik naar mr. J.J. Buijze, Is er nog een fiscale toekomst voor pensioenen in eigen beheer?, Pensioen Magazine, januari 2014.
- 3 Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, Stcrt. nr. 133, respectievelijk HR 14 april 2006, nr. 41 569.
- 4 In HR 14 juli 2000, nr. 35.489, werd de WEV van een pensioenverplichting vastgesteld met inachtneming van een netto-rekenrente van 4%.
- 5 Dit was toegestaan o.b.v. RJ-uiting 2005-4 van de Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ). Op 10 januari 2014 heeft de RJ heeft middels RJ-Uiting 2014-1 besloten om waardering volgens de fiscale grondslagen alleen nog toe te staan als dit niet leidt tot belangrijke verschillen t.o.v. het toepassen van de grondslagen van de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving.
- 6 www.belastingdienstpensioensite.nl, Pensioen/stamrecht eigen beheer en terugbetalen aandelenkapitaal of uitkeren dividend (Vraag & Antwoord 12-008 d.d. 21-09-2012).

sionele verzekeraar, terwijl er met een lagere, conform fiscale waarderingsregels vastgestelde waarde rekening is gehouden, aldus de staatssecretaris. Wanneer een lagere waarde wordt afgestort, zou de fiscus kunnen stellen dat sprake is van het prijsgeven van pensioenrechten, met als gevolg dat de hele pensioenaanspraak wordt belast. De eis van de Belastingdienst dat tegen de wev dient te worden overgedragen, zorgt voor extra complicaties in echtscheidingszaken, waar het vaak toch al moeilijk is om tot overeenstemming te komen en de bv vaak niet voldoende middelen heeft. Een soepele opstelling van de Belastingdienst zou hier maatschappelijk wenselijk zijn. Overigens doet het probleem dat er niet voldoende middelen zijn om de wev over te dragen, zich natuurlijk niet alleen bij echtscheidingen voor, maar kan het bij alle vormen van waardeoverdracht optreden.

Ingewikkelde berekeningssystematiek en complicaties extern eigen beheer

De actuariële waarderings- en berekeningssystematiek om de fiscale pensioendotatie vast te stellen, is ingewikkeld en leidt volgens de staatssecretaris zowel bij de belastingplichtige als de Belastingdienst tot extra kosten. In het algemeen kan men stellen dat dit knelpunt wat zwaar wordt aangezet. Er is immers software beschikbaar waarbij de berekeningen eenvoudig te maken zijn. Er zijn echter situaties denkbaar waarin de berekeningen erg ingewikkeld kunnen worden. En dan belanden we gelijk bij een ander genoemd knelpunt: bij extern eigen beheer (geen fiscale eenheid) kan het zo zijn dat de pensioenpremies bij de werkgever-bv gedeeltelijk niet aftrekbaar zijn, terwijl de ontvangsten bij de pensioenuitvoerende bv in de winst worden betrokken, aldus de staatssecretaris. Dit leidt inderdaad tot extra ingewikkelde berekeningen en boekhoudkundige complicaties; denk aan het bijhouden van een indexatieboekhouding door de werkgever-bv in verband met niet-aftrekbare indexatielasten.

Het is van belang vast te stellen dat deze complicaties het gevolg zijn van de voorschriften uit eerdergenoemd besluit van 3 juli 2008. Vervolgens doet de fiscus er nog een schepje bovenop door te stellen dat een deel van de te betalen pensioenpremies, die nota bene volgens dit besluit zouden moeten worden betaald, niet aftrekbaar is. Dit deel ziet op het verschil tussen de in de wet genoemde 4% rekenrente en de lagere marktrente. Er zou dan sprake zijn van een fictieve indexatielast. Dit standpunt is al door diverse rechters afgewezen.⁷

Hoge uitvoeringskosten

Voorts vermeldt de brief van de staatssecretaris dat het pensioen in eigen beheer hoge uitvoeringskosten voor de Belastingdienst met zich meebrengt. Gezien het bovenstaande kunnen we vaststellen dat deze uitvoeringskosten voor een belangrijk deel door Financiën, c.q. de Belastingdienst zelf worden veroorzaakt.

■ MODELPENSIENOVEREENKOMSTEN

Vanaf 2002/2003 is eerdergenoemde Kennisgroep mo-

delpensioenovereenkomsten gaan publiceren. Wanneer deze modellen ongewijzigd worden overgenomen, zijn ze voor de Belastingdienst zonder meer fiscaal aanvaardbaar. Veel dga's hebben van deze gratis modellen gebruik gemaakt. Het is van belang vast te stellen dat pensioenopbouw op basis van deze modellen leidt tot hoge wev's en risicokapitalen. Reden is dat de modellen alle mogelijke pensioensoorten, risico- en indexatie-elementen bevatten. Afgezien van de vraag of het een taak van de Belastingdienst is om dergelijke modellen op te stellen, heeft publicatie ervan de problemen en knelpunten de facto verergerd. Tegelijkertijd is er een uitgebreide, door de Kennisgroep aangemoedigde praktijk ontstaan waarbij advieskantoren zelf modelpensioenovereenkomsten ontwikkelen en deze ter fiscale goedkeuring voorleggen aan de Kennisgroep. Vervolgens ontstaat er dan vaak ook nog een uitgebreide correspondentie over punten en komma's. Tja, gek hè, die hoge uitvoeringskosten?

■ FOR IN EIGEN BEHEER

Na de inventarisatie van de knelpunten bespreekt de staatssecretaris vluchtig een aantal mogelijke oplossingen die snel als onuitvoerbaar aan de kant worden geschoven, om vervolgens door te stomen naar de ultieme oplossing, te weten afschaffing van pensioen in eigen beheer en invoering van een fiscale pensioenreserve voor de oude dag op de balans van de bv. Deze pensioenreserve is vergelijkbaar met de FOR voor IB-ondernemers en kan worden omgezet in een lijfrente. Naar mijn mening gaat deze 'oplossing' veel te ver,

Pensioenopbouw op basis van de modelpensioenovereenkomsten leidt tot hoge wev's en risicokapitalen

omdat de huidige knelpunten binnen het huidige systeem kunnen worden opgelost en op zijn minst zouden kunnen worden verzacht door een soepeler opstelling van Financiën, c.q. de Belastingdienst.

■ BESCHIKBAREPREMIEREGELING

De verschillen tussen de fiscale en commerciële waardering en de daarmee samenhangende knelpunten doen zich voor bij eindloon- en middelloonregelingen die in eigen beheer worden uitgevoerd. Bij beschikbaarpremieregelingen (BPR), die in eigen beheer nog niet zo veel voorkomen, zijn de problemen een stuk minder, omdat in de opbouwfase de commerciële verplichting gelijk is aan de fiscale verplichting. De BPR in eigen beheer kan op verschillende manieren worden vormgegeven. De premies kunnen bijvoorbeeld apart op een beleggingsrekening worden gezet, waarbij de waarde van de beleggingsrekening gelijk kan worden gesteld aan de pensioenverplichting, in zowel fiscale als commerciële zin. Denkbaar is ook om de premies

niet apart te zetten, maar op te renten met een bepaald percentage. Dit is vergelijkbaar met de oprenting van stamrechten. Het gaat hier dan vooral om een boekhoudkundige exercitie; van een echte premiestroom is geen sprake. Dit laatste, zo is mij ter ore gekomen, lijkt voor Financiën opeens een probleem te zijn. Omdat er geen sprake is van een premiestroom, is er geen sprake van een premie die ter beschikking wordt gesteld, en dus kan er geen sprake zijn van een beschikbare-premiestelsel als bedoeld in de Wet LB 1964, zo luidt de *fraus legis*-achtige redenering. Deze opvatting lijkt te worden bevestigd in de brief van de staatssecretaris. Daarin vraagt hij zich af 'in hoeverre het DC-systeem met het beleggen van de premie in de onderneming binnen eigen beheer past'.

Ook moet de brief ons doen geloven dat het oprenten van de premies een ongelooflijk gecompliceerde exercitie is. Het tegendeel is waar; de waardering van een BPR-pensioenverplichting in eigen beheer in de opbouwfase is kinderlijk eenvoudig, omdat er geen actuariële berekeningen nodig zijn.

Nieuw probleem

Vervolgens wordt er een nieuw probleem in het leven geroepen. Ik citeer: 'Voorts geldt dat er in het kader van de winstbepaling jaarlijks moet worden bepaald hoe hoog de beschikbare premie is. Zou hiervoor aangesloten worden bij de staffels die worden gehanteerd bij beschikbarepremieregelingen van werknemers, niet zijnde dga's, dan zou dit tot hogere pensioenpremies en dus een substantiële budgettaire derving leiden ten opzichte van de huidige situatie. Om de beschikbare premie niet hoger te laten zijn dan de premies die onder de huidige situatie in aftrek kunnen komen, zouden voor de dga aparte staffels moeten worden vastgesteld (uitgaande van de huidige uitgangspunten die bij de pensioenopbouw van een dga worden gehanteerd).'

Omdat de wettelijke rekenrekels voor de vaststelling van de fiscaal maximale beschikbare premie onduidelijk zijn – zie art. 18a, derde lid Wet LB 1964 – publiceert Financiën sinds 2000 beschikbarepremiestaffels. Alle staffelbesluiten die tot en met 2009 zijn verschenen, waren ook toepasbaar voor beschikbarepremieregelingen in eigen beheer.⁸ De besluiten bevatten daarvoor specifieke bepalingen: uiteraard moest de hogere AOW-franchise worden toegepast en daarnaast diende de opslag voor kosten en premievrijstelling uit de staffels te worden geëlimineerd. De hoogte van de fiscaal toegestane beschikbare premies was voor dga's dus altijd al lager dan voor gewone werknemers. Echter, het meest recente staffelbesluit, dat uitgaat van pensioenleeftijd 67 en voor het jaar 2014 geldt, is opeens niet meer toepasbaar voor in eigen beheer uitgevoerde regelingen.⁹ Als reden wordt aangevoerd dat het besluit een aanwijzing behelst in de zin van art. 19d Wet LB 1964. Dergelijke aanwijzingen gelden niet voor in eigen beheer uitgevoerde regelingen. De vraag is waarom dit formalistische argument nu opeens een reden is om de staffels niet voor eigen beheer toepasbaar te verklaren, terwijl dit eerder nooit een probleem vormde.

Ten slotte wordt nog het volgende knelpunt genoemd. Op de pensioeningangsdatum moet het pensioenkapitaal dat in een beschikbarepremieregeling is opgebouwd, tegen commerciële tarieven worden omgerekend naar een pensioenuitkering. Omdat bij de fiscale waardering van de pensioenverplichting lichtere grondslagen worden gehanteerd, ontstaat er fiscale vrijval in de winst. Dit knelpunt kan naar mijn mening eenvoudig worden opgelost door een tegemoetkoming te bieden die inhoudt dat de fiscale pensioenverplichting wordt vastgesteld door op het pensioenkapitaal de verrichte uitkeringen in mindering te brengen totdat de reguliere fiscaal-actuariële waardering hoger uitkomt.

De slotconclusie van de staatssecretaris ten aanzien van de beschikbarepremieregeling in eigen beheer luidt: 'Het invoeren van een dergelijk systeem specifiek voor eigen beheer (en zonder uitstralingseffecten naar andere gebieden), naast de al bestaande mogelijkheden zou ten slotte kunnen leiden tot een verdere complicering van het systeem met daaraan verbonden uitvoeringskosten voor de Belastingdienst.' Deze conclusie is volstrekt ongeloofwaardig. De beschikbarepremieregeling in eigen beheer is een bestaand pensioensysteem dat weliswaar momenteel nog op beperkte schaal voorkomt, maar een prima en eenvoudig uitvoerbare regeling waarmee veel problemen kunnen worden voorkomen, mede omdat er (in de opbouwfase) geen verschil is tussen de fiscale en commerciële waardering. Eigenlijk is de BPR heden ten dage de ideale regeling voor pensioen in eigen beheer.

TEN SLOTTE

Het verschil tussen de fiscale waardering en de wev van de pensioenverplichting kan tot problemen leiden bij de uitvoering van in eigen beheer uitgevoerde eindloon- en middelloonregelingen. Die problemen worden in forse mate vergroot door de wijze waarop Financiën invulling geeft aan het begrip wev en door de introductie van een rigide fiscale dividendtoets. Vervolgens worden de door Financiën aangescherpte en aangedikte knelpunten als argument opgevoerd om het pensioen in eigen beheer maar af te schaffen. Daarnaast is er al een ontmoedigingsbeleid ingezet ten aanzien van de BPR in eigen beheer. Dat is jammer, want in een beschikbarepremieregeling kunnen de problemen grotendeels en op een eenvoudige wijze worden voorkomen. Kortom, er zijn geen doorslaggevende argumenten voor het afschaffen van pensioen in eigen beheer. ●

7 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag, 17 juli 2013, nr. BK-12-00368.

8 Zie de besluiten van 4 november 2000, nr. RTB2000/969M, 28 april 2003, nr. CPP2003/308M, 23 oktober 2007, nr. CPP2007/552M, Stcrt. nr. 212 en 21 december 2009, nr. CPP2009/1487M, Stcrt. 2009, 20523.

9 Besluit van 12 februari 2013, nr. BLKB2013/43.