

Necrologie van het DGA-pensioen

Jack Borremans en Kees Beishuizen

Het zal toeval zijn, maar nagenoeg tegelijk met het verdwijnen van *Accountancynieuw*s als hét blad voor de MKB-accountant, verdwijnt waarschijnlijk ook dé pensioenfaciliteit voor de MKB-DGA, het eigenbeheerpensioen. In deze laatste bijdrage blikken we nog eenmaal terug op deze pensioenfaciliteit en beantwoorden we de waaromvraag. Ook geven we een opmaat voor het antwoord op de ‘wat nu’-vraag.’

Hoe het begon... Na plaatsing in Staatsblad 18 op 30 januari 1981 is artikel 2 lid 3 sub c Pensioenen spaarfondsenwet (PSW) kracht van wet geworden. Daarmee werd een uitzondering gecreëerd op de verzekeringsplicht van het pensioen van de DGA: eigen beheer was geboren! Op 15 juli 1994 is in een regeling invulling gegeven aan de voorwaarden waaronder het pensioen in eigen beheer kan worden gehouden. En – achteraf bekeken – is deze regeling tevens de bijl aan de wortel van het eigenbeheerpensioen gebleken. Deze regeling bepaalde immers dat ‘er een bedrag wordt gereserveerd, dat voldoende is te achten om de uit de toezegging voortvloeiende verplichtingen na te komen, op de balans (...)’. Over het begrip ‘voldoende’ wordt anno 2014 heftig gediscussieerd, en met name over het verschil tussen wat de een voldoende vindt en de ander volstrekt ontoereikend. Bij de Brede Herwaardering II in 1995 is in de loonbelasting een directe koppeling gelegd tussen de fiscale zuiverheid van een regeling en de regels in de PSW. Voldeed een regeling niet aan de PSW, dan was de regeling fiscaal onzuiver. Per 2007 is de PSW verdwenen, is de Pensioenwet ingevoerd en is de bedoelde koppeling verdwenen, omdat de DGA niet onder de beschermende werking van de Pensioenwet valt.

RJ-Uiting 2005-1 en RJ-Uiting 2005-4

De titel van onze allereerste bijdrage¹ aan *Accountancynieuw*s, ‘Discrepancies tussen fiscale en commerciële verplichting soms problematisch’ uit mei 2005, geeft blijk van een visionaire blik op het thema. Door allerlei marktomstandigheden kan het

woordje ‘soms’ nu gerust uit die titel! De aanleiding van het artikel was RJ-Uiting 2005-1 om de commerciële verplichting voor te schrijven in de situatie dat derden een belang bij de jaarrekening hebben. Een goed streven, want juist het ontbreken van inzicht in (de risico’s van) het pensioen blijkt een groot probleem voor werknemers en gepensioneerden in Nederland. Echter, onder druk van de achterban is de Raad toentertijd teruggekeerd op haar schreden en heeft toegestaan dat ‘slechts’ de fiscale verplichting mocht worden gebruikt². Toen al was duidelijk dat de fiscale waarde niet het voldoende bedrag is wat op grond van de PSW wel verplicht was en daarmee ook voor de loonbelasting.

Hoe zeker is eigen beheer in een crisis tussen 2007-2012?

Van oudsher was ‘eigen beheer’ een no-brainer. Beëindigde de DGA zijn onderneming, dan kon hij een aardig bedrag voor de onderneming ontvangen en was de spaarrente 4%. Voldoende om daarvan (nagenoeg) levenslang te leven. ‘Mijn onderneming is mijn pensioen’. 5-6 jaar economische crisis en een spaarrente die is teruggezakt tot 1% heeft bewezen dat niets zeker is. Sparen bij een bank, verzekeraar of pensioenfonds overigens ook niet. Oudere DGA’s wiens verdien capaciteit is afgenomen ten opzichte van de jongeren met een langere horizon tot aan hun pensionering werden in de crisis voor het eerst geconfronteerd met een dekkingstekort door beleggings- of ondernemingsverliezen. Pensioenen waren simpelweg niet meer volledig voor verwezenlijking vatbaar. Artikel 19b lid 1 sub c wet LB (het ontsnapingsventiel in het sanctieartikel) bood de

adviespraktijk ruimte om een deel van het pensioen prijs te geven, afstempelen dus³. De commerciële realiteit strookte immers niet meer met de abstractie van de fiscale verplichting. Afstempeling bleek niet zonder risico, omdat de fiscus zelden oren had naar argumenten. Onder druk van de Kamer is er uiteindelijk een tweede lid (lid 8) in 19b LB gekomen waarmee de wetgeverende macht nogmaals heeft duidelijk gemaakt dat gedeeltelijk prijsgeven, onder voorwaarden, écht wel mogelijk is. Net echt pensioen dus.

Dividendtoets; V&A 2012-008 Belastingdienst

Biedt afstempeling een oplossing voor structurele onderdekking, het uitkeren van dividend is voor DGA’s de beloning voor hard werken door het mogen genieten van het rendement op het ter beschikking gestelde vermogen. In V&A 12-008 legde de Belastingdienst vast wat in haar visie de commerciële verplichting is in het licht van een voorgenomen dividendbesluit⁴. Door te refereren aan – in de ogen van velen in de adviespraktijk – fictieve verzekeraarstarieven die inmiddels de fiscale verplichting met een factor drie overstijgen!

De vennootschap kan pas dividend uitkeren als er, na uitkering, een vermogen in de BV aanwezig is, dat ten minste gelijk is aan de koopsom die zo’n niet bestaande verzekeraar vraagt voor het afstorten van het pensioen, nota bene tegen een vaste indexatie van 2%. Deze *liquidatiefictie* is een ‘casus non dabilis’ maar zet de discrepantie tussen fiscaal en commercieel op scherp en heeft de dividenduitkering uit nagenoeg alle pensioen-BV’s op slot gezet.

RJ-uiting 2014-04 en Hof Amsterdam 21 februari 2013

Begin 2014 is de Raad teruggekomen op de in 2005 gemaakte keuze en heeft alsnog de commerciële verplichting omarmd⁵. Deze uiting getuigt van realiteitszin, zij het rijke-

lijk laat. De Raad stelt, in tegenstelling tot de Belastingdienst, de *going concern* fictie centraal. Het pensioen is immers een voorziening op een (zeer) lange termijn en zolang er voldoende verdien capaciteit is, gecombineerd met een lange beleggingshorizon ('duration'), hoeft er niet op elk moment een volledige dekking van het pensioen te zijn die gelijk is aan het fictieve verzekeraarstarief. De pensioenverplichting kan daarbij dus fluctueren door de fluctuatie in de langetermijnrente. Bovendien, juist door de lange horizon, kan er ook helemaal geen waarde worden toegevoegd aan de voorwaardelijke indexatie van het pensioen. Deze wordt door de Raad op nihil gewaardeerd. Realiteitszin dat het verschil tussen 'fiscaal' en 'commercieel' heeft gemitigeerd. Het Hof Amsterdam heeft overigens de *going concern* visie omarmd in een arrest van 21 februari 2013 (rechts-overweging 4.25) bij de beoordeling over een partiële afkoop van een stamrecht. Vlak voor het te perse gaan werd een arrest van Hof Arnhem vrijgegeven. Ook dit Hof mitigeert het verschil tussen fiscaal en commercieel door bij overdracht van pensioenkapitaal de in haar ogen te stringent toegepaste jaarwinstbepalingen uit 3.29 wet Inkomstenbelasting terzijde te schuiven. *Going concern* is common sense.

Visie Weekers en Wiebes

Eind 2012 was de politiek weer aan zet. Toen startte toenmalig staatssecretaris Weekers het eindspel door een oplossing aan te kondigen waarmee het verschil tussen fiscaal en commercieel zou kunnen worden gemitigeerd. De verwachtingen waren hoog, en daarmee de teleurstelling des te groter toen zijn visie, eindelijk in december 2013 werd gepresenteerd⁶. Er wordt niets gemitigeerd, maar er wordt wel met een self fulfilling prophecy voorgesorteerd op afschaffen van eigen beheer. Afschaffing is het mitigeren van het verschil tot exact nul euro. Helaas gaat dat niet op voor die naar schatting € 75 miljard aan commerciële verplichtingen aan ruim 140.000 DGA's. Die kun je niet zomaar doorstrepen. Daar staan namelijk pensioenaanspraken tegenover in een civiel-juridische context waarbij ook het belang van de (toekomstige ex-)partner moet worden meegewogen. Een hele klus wordt dat voor zijn opvolger.

Hoe nu verder...?

In zijn visiebrief introduceert Weekers de Oudedagsreserve voor DGA's, analoog aan de oudedagsreserve voor ondernemers. Een instrument voor (marginaal) belastingvoordeel met een acute belastingschuld op pensioendatum van 72% van de oudedagsreserve als de reserve niet wordt omgezet in een lijfrente. Daar gaan de beleggingshorizon en het rendementspotentieel. Zonder een begin van een overgangsregime voor de bestaande aanspraken. In de wandelgangen verneemen wij dat Wiebes bereid is om te komen tot een meer acceptabele variant, de oudedagsbestemmingsreserve. In deze variant krijgt de vennootschap 15 jaar de tijd om de reserve af te wikkelen. Hiermee wint de vennootschap een klein beetje horizon terug, maar is het nog steeds wachten op een goed overgangsregime. Ons inziens zijn er drie mogelijkheden:

- het handhaven van huidige wetgeving op de bestaande pensioenen;
- omzetten van de voorziening in een beschikbare premieregeling; of
- het rücksichtslos omvormen van de bestaande pensioenvoorziening in een oudedagsbestemmingsreserve.

Uiteindelijk wil de staatssecretaris de ingeprijste box-II-inkomsten van ruim € 1 miljard wel incasseren. En dat gaat zeker niet lukken als zijn belastingambtenaren niet gaan bewegen op de niet realistische voorwaarden van de dividendtoets. Zij kunnen met RJ 2014-04 zonder gezichtsverlies hun staatssecretaris adviseren dat dit het 'voldoende' bedrag is. Hof Amsterdam en Hof Arnhem hebben de weg geplaveid.

Ter afsluiting

Fiscale pensioenregels negeren principieel het effect van zowel de beleggingshorizon als de rendement-risicoverhouding bij het realiseren van de pensioendoelstellingen. De vaste fictie van een risicoloze rente van 4% zou heel snel op de schop moeten. Het DGA-pensioen is in de ogen van Wiebes zo ingewikkeld geworden dat de ondernemer niet meer aan ondernemen toekomt als hij zich erin gaat verdiepen. Dat het ingewikkeld is geworden, is duidelijk. Maar de complexiteit, het origami-pensioen, is toch echt ontstaan in de fiscale hoek. Het is overigens opmerkelijk dat hoe

kleiner ons fiscaal pensioenstelsel wordt door de opeenvolgende pensioenhervormingen sinds 1999, hoe dikker de *Pocket Belastingwetten* wordt....

Met de afschaffing van eigen beheer lijkt de regierol van de MKB-accountant op het pensioen van de DGA definitief uitgespeeld. In conceptuele zin heeft de Belastingdienst de branche op een 1-0-achterstand gezet. De adviesrol heeft de branche wel opgepakt maar niet ingevuld. Een adviesrol die zij primair op de berekening van de pensioenverplichting voerde, en niet zozeer op de haalbaarheidskans dat het pensioen ook daadwerkelijk kan worden uitgekeerd. De DGA is een particuliere pensioenconsument met te weinig inzicht in de voorzieningen die hij voor zijn oudedag kan en zou moeten treffen. Het advies zal zich gaan verplaatsen naar individuele pensioenplanning door het afschaffen van eigen beheer als 'verplichte spaarmogelijkheid'. Eigen beheer is echt niet uitsluitend het speeltje van de adviseur, zoals het soms wel wordt geframed door tegenstanders. De fase die nu aanbreekt zal de adviesvraag doen toenemen, in de zoektocht naar alternatieven. Men zal zich in de toekomst vast een keer achter de oren krabben of met de afschaffing van eigen beheer niet het kind met het badwater is weggegooid. Dat geldt in zekere zin ook voor het verdwijnen van dit blad. Jammer. **An**

1. Voor alle bijdragen, zie www.lnbb.nl.
2. 'De accountant als pensioenadviseur, als het aan de RJ ligt....' *AN*, 13 januari 2006.
3. Afstempeling onvermoede fiscale verplichting, *AN*, 26 oktober 2012.
4. Fiscale interpretatie van de dividendtoets raakt kant noch wal, *AN*, 7 december 2012.
5. De accountant als pensioenadviseur, als het aan de RJ ligt....deel 2, *AN*, 2 mei 2014.
6. Van echt pensioen naar echte belastingschuld, *AN*, 7 februari 2014.



Jack Borremans en Kees Beishuizen (LNBB).