

PM Reactie

Lang leve (de bewustwording van) het pensioen in eigen beheer!

In PM nr. 10 pleiten de heren Schuurman en Dietvorst ieder vanuit hun eigen invalshoek voor het afschaffen van pensioen in eigen beheer en de fiscale oudedagsreserve (FOR). Naar onze mening zijn de argumenten die beide heren daarvoor aandragen, niet valide. Het lijkt erop dat middel en doel niet in verhouding staan.

Vooropgesteld: de dga en zelfstandig ondernemer – hierna de ondernemers – hebben niet de verplichting om het pensioen in eigen beheer op te bouwen of een FOR te vormen. Desondanks kiest het leeuwendeel van hen voor het in eigen beheer opbouwen van de oudedagsvoorziening. Kennelijk biedt de eigenbeheerconstructie de ondernemer meer voordelen dan nadelen.

Waarover we het met elkaar eens kunnen zijn, is het feit dat het pensioenadvies aan de ondernemer breder moet worden getrokken dan sec de fiscale aspecten. Fiscaliteit is geen doel op zich, maar een middel. De rendements- en risicoaspecten van het pensioen zijn minstens zo belangrijk. De abstractie van de fiscale aftrekpost wordt zo ingeruild voor de bewustwording rond de realiteit van een pensioenwens.¹ In die zin constateren wij vaak een perceptiehiat tussen de wens van de ondernemer en het idee dat zijn (fiscaal) adviseur hierover heeft. Wat wil de ondernemer nu echt, een fiscaal pensioen of een echt pensioen?

De verwijzing door Schuurman naar de leidraad van de AFM is een interessante. Laten we niet vergeten dat het hele toezichtsregime op de financiële dienstverlening in het leven is geroepen omdat in het verleden adviezen niet altijd in het belang van de klant zijn gegeven. De verkoop van verzekeringsproducten was veelal uitsluitend gebaseerd op het fiscale voordeel. Volgens Schuurman doet de fiscale adviespraktijk zijn werk niet goed. Maar belandt de ondernemer dan niet van de regen in de drup als

pensioen in eigen beheer wordt afgeschaft? Ondanks pleidooien van onder meer de Kring van Pensioenspecialisten bij de invoering van de WFD in 2006 is er tot nu toe nog geen apart regime gecreëerd voor zakelijke (pensioen-)advisering.

Wat wil de ondernemer nu echt, een fiscaal pensioen of een echt pensioen?

En heeft de wetgever de afgelopen jaren niet juist gezorgd voor meer keuzevrijheid in de invulling van oudedagsvoorzieningen? De bancaire varianten van lijfrente- en kapitaalverzekeringen voorzien in een behoefte, met ingang van 1 januari 2010 wordt het ook mogelijk het loonstamrecht in de bancaire sfeer onder te brengen. En is pensioen in eigen beheer niet een voorbeeld van een bancaire variant van de pensioenverzekering?

Onze stelling is dat afschaffen van de genoemde ondernemersfaciliteiten in LB en IB niet de oplossing is. Het integrale pensioenadvies in het belang van de klant moet centraal staan.² In die zin is een verzekeringsoplossing net zozeer een product als het pensioen in eigen beheer of de FOR. Incidenten lijken ons geen goede basis om bestaande wet- en regelgeving radicaal om te gooien.

Dan nu aandacht voor de door de auteurs ingebrachte argumenten.

Onbewust van risico's?

Een ondernemer is gewend om te gaan met ondernemingsrisico's. Ook van de pensioenrisico's in eigen beheer en van de FOR is hij zich over het algemeen

1. Zie ook J.A.L. Borremans en A.J.C.C.M. Loonen, Het pensioen van de dga in balans?, PM nr. 1, 2008.
2. In die zin geeft art. 4:23 Wft iedere adviseur goede handvatten.

De dga geeft liever zelf zijn centen uit dan dat een ander dat voor hem doet

bewust. Het is de taak van de adviespraktijk om risico's te kwantificeren en hieromtrent te adviseren. Dat de Belastingdienst op zijn website alleen maar de meest risicovolle modelpensioenovereenkomsten publiceert, is tot daaraan toe, maar dat sommige verzekeraars bij gedeeltelijk herverzekerde pensioenen hun dga's adviseren om zo'n model te downloaden, getuigt van onvoldoende advieskracht.

Bescherming, waarborging, gebakken lucht en het 'agency-probleem'

Voor de opbouw van zijn oudedagsvoorziening moet de ondernemer tegen zichzelf in bescherming worden genomen, betoogt Dietvorst. Van een ondernemer die gedurende de arbeidzame periode in staat is geweest om zijn eigen inkomen te organiseren, mag worden aangenomen dat hij daarna ook in staat is om zijn pensioen te organiseren. Binnen onze adviespraktijk zien wij pensioen-BV's met een fiscale dekkingsgraad ruim boven de 200%. Gemiddeld genomen is de dekking, zeker op de pensioen-ingangsdatum, ten minste 100%. Het pensioen van de dga lijkt ons bij deze gemiddelde dekkingsgraad ten opzichte van de dekkingsgraad van pensioenfondsen niet minder gewaarborgd.

Ook de FOR kent na de koppeling aan het ondernemingsvermogen niet langer een onderdekking en is hiermee zeker geen gebakken lucht. De FOR kan immers bij het staken van de onderneming worden aangewend voor de aankoop van een lijfrente bij een financiële instelling. Zeker nu de gunstige tarieven bij staking van een onderneming zo goed als verdwenen zijn, zal de FOR, ter matiging van de progressieve belastingdruk, meer dan voorheen worden afgestort bij een financiële instelling.

In het kader van de waarborging is het wellicht zinvol om de opbouw van ouderdomspensioen voor een dga te bevriezen als de dekking onder de 100% komt. Verder kan er een belangrijke stap met betrekking tot de waarborging van een pensioen in eigen beheer worden gezet als de fiscale waardering van dat pensioen kan plaatsvinden op basis van de waarde in het economisch verkeer. Op deze wijze worden de pensioenlasten fiscaal genomen in de periode waarin ze thuishoren, namelijk de opbouwperiode. En krijgt de dga beter inzicht in de waarde van zijn pensioen.

Zolang het mogelijk is om zowel de bij een financiële instelling afgestorte FOR als de afgestorte eigenbeheerreserve onder te brengen in een financieel product met beleggingsrisico, is de oude-

dagsvoorziening bij een financiële instelling niet gewaarborgd. Dan is beleggen in de eigen BV goedkoper. Waarom dan niet gelijk een pleidooi voor het afschaffen van die, voor verzekeraars lucratieve, verzekeringsproducten?³ En voor het onderbrengen van een pensioen bij een pensioenfonds is het, los van de kans op onderdekking, voor de jongere dga nog maar de vraag of hij zijn inleg en rendement ooit terugkrijgt.⁴

Schuurman constateert, overigens zonder tot een cijfermatige onderbouwing te komen, dat er sprake is van een agency-probleem bij de dga. Feit is dat het hier nog steeds gaat om geld van zijn BV dat onder een ander etiket en in een ander tempo uit deze BV wordt gehaald na afdracht van vennootschapsbelasting, aanmerkelijkbelangheffing en/of inkomstenbelasting en vervolgens wordt geïnvesteerd in onze economie (BTW!). Was het 'moral hazard'-gedrag bij financiële instellingen niet mede de oorzaak van de wereldwijde financiële crisis? De dga geeft liever zelf zijn centen uit dan dat een ander dat voor hem doet.

Fiscus en samenleving lopen risico

Een argument dat door Dietvorst tegen pensioen in eigen beheer wordt aangedragen, is dat hierdoor de fiscus en samenleving risico lopen. Dit staat ons inziens haaks op zijn cijfers, waaruit wij de conclusie trekken dat er een belastingclaim van ongeveer € 20 miljard op het in eigen beheer gehouden pensioenvermogen drukt.

Uiteraard is er een aantal dga's met een te lage dekkingsgraad, zodat de pot leeg is voordat de pensioengerechtigden zijn overleden. Deze dga's kunnen bij onvoldoende box 1-inkomen en privévermogen een beroep doen op zorgtoeslag en huurtoeslag. In dit kader is het macro-economisch gezien wel vreemd dat de fiscus het gedeeltelijk afzien van pensioen tegenwerkt. Immers, met een gehalveerd, maar levenslang pensioen zal de dga in het algemeen voldoende box 1-inkomen blijven genieten zonder een beroep te hoeven doen op vangnetregelingen.

Iemand is al gauw dga

De werknemer die 10% of meer van de aandelen van zijn werkgever-BV bezit, kan pensioen in eigen

3. Zie het onderzoek 'TER-zake(n)', van Lane, Clark & Peacock, november 2009.

4. In het boek 'Curious Contracts' becijfert T.P. Kocken dat voor een jongere deelnemer aan een pensioenfondsregeling een ongunstige rendement/risicoverhouding geldt. In ongunstige economische omstandigheden loopt hij verhoudingsgewijs een hoog neerwaarts risico, dat niet wordt gecompenseerd in gunstige economische omstandigheden.

Naar onze mening kan in geval van bijzondere omstandigheden het gedeeltelijk verlagen van de pensioenuitkering wel fiscaal gerechtvaardigd zijn

beheer opbouwen. Dit is nu zo en blijft, als de notitie van 29 april 2009 inzake de fiscale positie van de dga wordt gevolgd, ook in de toekomst zo. De werknemer met een 10%-belang is echter zeker niet verplicht om pensioen in eigen beheer op te bouwen. Deze constatering lijkt ons niet te pleiten voor afschaffing van pensioen in eigen beheer, maar is gelet op de medeafhankelijkheid van zijn zakenpartners eerder een aansporing om zijn pensioen buiten de onderneming in een aparte rechtspersoon of verzekeraar onder te brengen. Zie hier de toegevoegde waarde van een goed advies.

Echtscheiding

Een bijkomend voordeel van een bij een verzekeraar ondergebracht pensioen, betoogt Dietvorst, is dat een echtscheiding gemakkelijk verloopt. Los het feit dat het ons niet echt handig lijkt om dit als unique selling point bij het aangaan van de pensioenverzekering te presenteren en ook dat het te gemakkelijk laten verlopen van echtscheidingen geen regeringsbeleid is, is de Wet VPS van toepassing op zowel een verzekerd pensioen als een pensioen in eigen beheer. Dat punt moet sowieso bij ieder pensioenadvies aan een ondernemer op tafel komen. Anticiperen op een mogelijke echtscheiding in de (verre) toekomst, door nu al te beginnen met het jaarlijks afstorten van premies bij een verzekeringsmaatschappij, heeft het statistisch gegeven in zich dat achteraf zal blijken dat 70% van de nu gehuwde ondernemers om die reden ten onrechte zijn pensioen heeft verzekerd.

Belastingdienst en het beslag op rechtspraak

Het is zonder meer waar dat bij het verminderen van fiscale mogelijkheden door de wetgevende macht, het beslag op de controlerende macht minder wordt. Dat zou er dan ook voor pleiten om iedere fiscale faciliteit af te schaffen.

Gedeeltelijk afzien van pensioen

Begin dit jaar pleitten wij er in dit blad voor om, wanneer de dekking achterblijft als gevolg van

beleggingsverliezen, gedeeltelijk te kunnen afzien van het pensioen.⁵ Een voordeel dat Schuurman niet onderkent, is dat door de gehalveerde uitkering het dekkingsvermogen meer tijd heeft om zich te herstellen, er dus langer pensioen kan worden uitgekeerd en belasting kan worden geheven. Schuurman onderbouwt zijn stelling dat het fiscaal niet mogelijk is om gedeeltelijk af te zien van pensioen, met de uitspraak van Hof Amsterdam van 27 november 2000. Hij gaat er bij het terugrijpen naar dit arrest naar onze mening aan voorbij dat het pensioen in deze zaak voldoende was gedekt, maar dat belanghebbende had afgezien van pensioen in eigen beheer om de verkoop van zijn aandelen in de BV aantrekkelijker te maken. Het in het arrest aangehaalde aspect van het tariefsvoordeel was niet meer dan een verwijzing naar een voorbeeld dat is genoemd in de wetsgeschiedenis. Terecht heeft Hof Amsterdam dit hier gesanctioneerd; er was gezien de solvabiliteit en liquiditeit geen schuldsanering, surseance of faillissement te verwachten.

Naar onze mening kan hieruit worden afgeleid dat, wanneer er sprake is van bijzondere omstandigheden die tot onderdekking hebben geleid en die zodanig van aard en omvang zijn dat er bij voortzetting van de hoge pensioenuitkering op termijn wel sprake is van surseance of faillissement, het gedeeltelijk verlagen van de pensioenuitkering wel fiscaal gerechtvaardigd is. De wetgever heeft immers beoogd alleen het afzien van het voor verwezenlijking vatbare gedeelte van het pensioen te belasten. De Belastingdienst die zichzelf hier de rol van medewetgever aanmeet, beperkt ook hier naar onze mening de wettelijke mogelijkheid, leidend tot een onevenredig beslag op rechtspraak en Belastingdienst. Zie ook de laatste volzin van Schuurmans bijdrage.

Partnerpensioen

Bij pensioen in eigen beheer is er niet de verplichting tot herverzekering van het toegezegde partnerpensioen. Deze verplichting is er overigens ook niet voor het verzekerde pensioen van de dga. Dit risico wordt dus niet vermeden door het afschaffen van pensioen in eigen beheer.

Ten slotte

Rond het pensioendossier van de ondernemer zijn naast de Belastingdienst, verzekeraars en fiscaal adviseurs, wel meer partijen betrokken. We missen in dat rijtje namelijk de accountant, de bankier en de pensioenconsultant. En waar is de ondernemer zelf in deze setting? Dietvorst pleit voor een breed onderzoek om tot een goed onderbouwde wettelijke ingreep te komen. Staat de uitkomst daarbij vooraf vast en moet slechts de legitimiteit van het (voor)oordeel nog worden aangetoond? Die handschoenen pakken we op; we presenteren de uitkomsten graag aan de Pensioentafel.

Drs. J.A.L. Borremans en drs C. Beishuizen, partners van LNBB actuarissen + pensioenconsultants te Soest en Dordrecht

5. J.A.L. Borremans en C. Beishuizen, Hoe om te gaan met uitholling dekkingsvermogen dga-pensioen?, PM nr. 1, 2009.

Naschrift: de basale vraag: werknemer of ondernemer?

Mr. B.G.J. Schuurman, op persoonlijke titel

In zijn bijdrage 'Hebben oudedagsreserve en pensioen in eigen beheer nog toekomst?' vraagt Gerry Dietvorst wie de handschoen wil oppakken. Hij roept hiermee mijns inziens op om antwoorden te geven op de acht nader te onderzoeken vraagpunten. Het is te prijzen dat Borremans en Beishuizen in de pen zijn geklommen, maar veel antwoorden op de opgeworpen vragen geven zij helaas nog niet. Het is bijzonder om te zien hoe verschillend de perceptie kan zijn, afgezet tegen de verschillende achtergronden waartegen wij acteren. Hierbij merk ik op dat Dietvorst en ik proberen onafhankelijk naar de problematiek te kijken. Alleen door onafhankelijk te oordelen en te onderzoeken, kun je toekomen aan de meest basale vraag, waaraan menigeen gemakshalve voorbijgaat: is de dga nu een werknemer of een ondernemer? Welnu, het Europese Hof van Justitie heeft in 1996 geoordeeld dat hij een ondernemer is en dat is wat mij betreft dan ook de enige correcte benadering.⁶

6. Hof van Justitie EG, 27 juni 1996, nr. C-107/94.

Als we dit blijven negeren, houden we een systeem in stand van ingewikkelde regelgeving dat onevenredig belastend is om met name de dga binnen de fiscale kaders te houden. In dat stelsel kunnen adviseurs pensioen in eigen beheer en de FOR slechts als een fiscale aftrekpost blijven adviseren en daar willen we nu juist – ook voor de goedwillende ondernemers – vanaf. Het is dus niet zo dat we eigen beheer en FOR alleen maar willen afschaffen. Nee, beide fiscaal gedreven faciliteiten moeten worden vervangen door een systeem waarbij het niet mogelijk is een schijnoudedagsvoorziening te vormen. Borremans en Beishuizen openen met de opmerking dat het leeuwendeel van de ondernemers kiest voor eigen beheer of een FOR. Natuurlijk doen ze dat; een fiscaal gedreven aftrekpost laat je natuurlijk niet lopen. Bij goede advisering kan een dergelijk fiscaal instrument ook wel tot een oudedagsvoorziening leiden en dat is de situatie waar Borremans en Beishuizen van uitgaan. Helaas is dat vaak niet de realiteit. Dat is nu juist de kern van het probleem. In het kader van dit naschrift voert het te ver op alle punten in te gaan. Daarvoor liggen de vertrekpunten te ver uit elkaar. Misschien is het beter daar een volgend artikel aan te wijden.

Naschrift: de handschoen opgepakt

Prof. dr. G.J.B. Dietvorst

Borremans en Beishuizen pakken de handschoen op en presenteren de uitkomsten graag aan de Pensioentafel. Wat mij betreft kunnen ze aanschuiven. Dat het pleidooi van Schuurman en mij een reactie uit zou lokken was ook de bedoeling. Ik had niet verwacht massaal bijval van de hele fiscale wereld en andere betrokkenen te krijgen om het eigen beheer en de oudedagsreserve af te schaffen. Mijn bedoeling was om er eens een fundamentele discussie over op gang te brengen. Omdat ik vind dat alleen het onderbuikgevoel in deze niet sturend moet zijn, pleitte ik ervoor om op basis van feiten de discussie te voeren en deed ik een oproep voor nader onderzoek. Immers, meten is weten.

De stelling van Borremans en Beishuizen dat onze argumenten niet valide zijn, onderschrijf ik natuurlijk niet. Ik denk overigens evenmin dat hun argumenten niet valide zijn, maar ik geef voornamelijk aan mijn argumenten een zwaardere wegingsfactor. Mijn uitgangspunt is en blijft dat pensioen solide en gewaarborgd moet zijn, onafhankelijk van de eigen onderneming. Men kan met één instrument niet twee conflicterende doelen, pensioenopbouw en financiering van de eigen onderneming, dienen. Wordt vervolgd aan de Pensioentafel.