

Erasmus Universiteit Rotterdam
Faculteit der Economische Wetenschappen
Masterscriptie

Nadruk verboden

Waardering voor het pensioen in eigen beheer



Leroy Smits
Studentnummer: 307140
Hoek van Holland, augustus 2012

Scriptiebegeleiders:
mr. A.E. van Oostveen
prof. dr. P. Kavelaars

Inhoudsopgave

1	Inleiding.....	3
2	De opbouw en waardering pensioen in eigen beheer	9
2.1	Inleiding	9
2.2	Voorwaarden pensioen in eigen beheer	9
2.3	Begrenzing aan het pensioen in eigen beheer	14
2.3.1	Pensioenregelingen	15
2.3.2	Hoogte pensioenopbouw	18
2.4	De waardering van pensioenverplichting in eigen beheer	22
2.4.1	Leeftijdsterugstellingen	22
2.4.2	Rekenrente	23
2.4.3	Vooroverlijdensrisico.....	24
2.4.4	Waardering van pensioenverplichtingen in opbouw-/uitkeringsfase	25
2.4.5	Pensioenlichamen	25
2.4.6	Ten slotte.....	28
2.5	Invloed van handelingen op de fiscale waardering van pensioenen	29
2.5.1	Wet verhoging AOW- pensioenrichtleeftijd	29
2.5.2	Huwelijk en echtscheiding.....	30
2.5.3	Overlijden van de DGA	31
2.6	Conclusie.....	33
3	Het korten van pensioenaanspraken en het onderscheid in behandeling	36
3.1	Inleiding	36
3.2	Sanctiebepalingen	36
3.2.1	Fiscaal onzuivere pensioenregeling.....	39
3.2.2	Het afkopen of vervreemden van de pensioenaanspraak of deze feitelijk voorwerp van zekerheid maken 40	
3.3	Het korten/prijsgeven van een pensioenaanspraak.....	41
3.3.1	Korten van pensioen ondergebracht bij pensioenfondsen	42
3.3.2	Het korten van pensioen in eigen beheer	44
3.3.3	Jurisprudentie.....	46
3.4	De (on)rechtvaardigheid van het onderscheid	48
3.4.1	De (on)rechtvaardigheid	48
3.4.2	De efficiëntie	49
3.4.3	De uitvoerbaarheid	50
3.5	Conclusie.....	51
4	Waardeoverdracht van pensioen in eigen beheer.....	54
4.1	Inleiding	54
4.2	Wat is waardeoverdracht?	55
4.2.1	Verschillende vormen van waardeoverdracht	55
4.2.2	Interne en externe waardeoverdracht.....	56

4.2.3	Overdrachtswaarde versus de fiscale waardering	56
4.3	De overdragende bv	58
4.3.1	Leeftijdsterugstellingen	59
4.3.2	Kosten- en winstopslag en het vooroverlijdensrisico.....	59
4.3.3	Indexatie.....	59
4.3.4	Rekenrente	63
4.4	Het overnemende lichaam	64
4.4.1	Kosten- en winstopslag en het vooroverlijdensrisico.....	64
4.4.2	Indexatie.....	64
4.4.3	Leeftijdsterugstellingen	65
4.5	Waardeoverdracht binnen de fiscale eenheid	67
4.6	Conclusie.....	69
5	Samenvatting en Conclusies	71
6	Literatuurlijst.....	76

1 INLEIDING

De gevolgen van de economische crisis zijn voor nagenoeg iedere burger in ons land merkbaar. De meeste burgers zullen de gevolgen van de crisis merken in hun portemonnee. Maar de gedachte: “na regen komt zonneschijn” moet de burgers moed geven. Toch zullen diverse gevolgen en maatregelen ten aanzien van de crisis de bevolking dagelijks bezig houden. Bijvoorbeeld de problemen op de woningmarkt, de mogelijke afschaffing/beperking van de hypotheekrenteaftrek en de problemen in de pensioenwereld. De pensioenwereld en met name het pensioen van de directeur-groootaandeelhouder zal in deze scriptie centraal staan.

De zogenaamde “babyboomers” bereiken de komende jaren de 65-jarige leeftijd. Dit betekent dat deze generatie de arbeidsmarkt zal gaan verlaten en voorzien zal moeten worden in hun oude dag. De vergrijzing van de bevolking in combinatie met de krimpende beroepsbevolking en de sterk toenemende levensverwachting leiden ertoe dat er maatregelen getroffen moeten worden om de oudedagsvoorzieningen in de toekomst te kunnen blijven financieren. Sinds enige tijd wordt gesproken over de verhoging van de AOW- en pensioenleeftijd. In dit kader is allereerst het wetsvoorstel verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, extra verhoging AOW en flexibilisering ingangleeftijd AOW¹ voorgelegd aan de Eerste Kamer. Dit wetsvoorstel is uiteindelijk niet verder behandeld en vervangen door een nieuw wetsvoorstel: Wetsvoorstel verhoging AOW- pensioenrichtleeftijd². Dit voorstel was afkomstig uit het Stabiliteitsprogramma, gesloten door vijf politieke partijen³. De Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd is uiteindelijk in juli 2012 aangenomen door de Eerste Kamer. De Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd⁴ is in juli 2012 gepubliceerd in het Staatsblad en treedt op 1 januari 2013 in werking. Aanpassingen in het pensioenstelsel moeten ervoor zorgen dat pensioenvoorzieningen betaalbaar blijven. Enkele aanpassingen betreffen het fiscale kader van de ouderdomsvoorzieningen en de verhoging van de pensioenleeftijd gekoppeld aan de verhoging van de AOW-leeftijd. Met de wijzigingen tracht het kabinet de vergrijzende bevolking met een toenemende levensverwachting te kunnen voorzien in hun oudedag.

Naast het feit dat de bevolking vergrijst, is er een ander probleem. Fondsen waarin pensioenen zijn ondergebracht behalen lage rendementen op de aandelenmarkt. Dit zorgt ervoor dat de

¹ Kamerstukken II 2011/12, 33 046, nr. 1-4

² Kamerstukken II 2011/2012, 33 290

³ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brieven/2012/04/27/geactualiseerde-stabiliteitsprogramma.html>

⁴ Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, van 12 juli 2012, nr. Stb. 2012, 328 en besluit van 12 juli 2012, nr. Stb, 329

dekkingsgraad van pensioenfondsen laag ligt. De dekkingsgraad geeft een indicatie van de vermogenspositie van pensioenfondsen. Door de actuele waarde van de beleggingen te delen door de contante waarde van de verplichtingen kan de (globale) dekkingsgraad worden berekend. Het wettelijk minimum met betrekking tot de dekkingsgraad van pensioenfondsen ligt op 105%. De rentestand in december 2011 was extreem laag. Vooral door de lage rentestand kwamen veel pensioenfondsen in de problemen met de dekkingsgraad. De Nederlandse Bank (DNB) heeft, als toezichthouder van de pensioenfondsen, in januari 2012 besloten dat pensioenfondsen bij het berekenen van de dekkingsgraad gebruik mogen maken van de driemaands gemiddelde rente in plaats van de dagwaarde op 31 december.

Verder kondigde DNB aan dat ongeveer 125 pensioenfondsen in 2012 de pensioenen moeten verlagen. Het zal gaan om kortingen van 1% tot 7%. De korting zal zo'n 40% van de bij pensioenfondsen aangesloten deelnemers treffen⁵. Daarnaast heeft DNB in juli 2012 aangekondigd dat de methode om de rentecurve voor verzekeraars te berekenen wordt aangepast⁶. De rente voor langlopende verplichtingen, zoals pensioenverplichtingen, wordt door deze nieuwe methode hoger.

Pensioenverzekeraars

Pensioenen van werknemers zijn veelal ondergebracht bij pensioenfondsen. Ondernemers die niet verplicht zijn zich aan te sluiten bij een bij pensioenfonds hebben de mogelijkheid het pensioen van werknemers onder te brengen bij een erkende verzekeraar. Omdat de directeur/groootaandeelhouder (hierna: DGA) op grond van artikel 1 van de Pensioenwet niet kwalificeert als werknemer bestaat voor hem/haar de mogelijkheid om onder voorwaarden een pensioen in eigen beheer op te bouwen.

De DGA heeft de mogelijkheid om pensioen op te bouwen in intern en extern eigen beheer. Indien de vennootschap die de toezegging doet als pensioenuitvoerder de adequate voorziening op haar balans vormt is sprake van intern eigen beheer. Indien het pensioen wordt uitgevoerd door een andere vennootschap dan de pensioen toezeggende werkgever/vennootschap is er sprake van extern eigen beheer. Het is echter niet noodzakelijk dat de pensioenuitvoerende vennootschap gelieerd is. Maar veelal is het pensioen ondergebracht in een holding bv of een pensioen bv. Ook kan het pensioen ondergebracht zijn in een pensioenstichting.

Tegenover pensioen opbouwen bij een pensioenfonds/erkende verzekeraar staat dus het opbouwen van pensioen in eigen beheer. Beide mogelijkheden hebben voor – en nadelen.

⁵ Uitzending Nieuwsuur 5 januari 2012, <http://www.uitzendinggemist.nl/afleveringen/1211770>

⁶ <http://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/dnbulletin-2012/dnb276012.jsp>

Erkende verzekeraars en pensioenfondsen brengen in de regel hogere kosten in rekening en behalen wellicht slechte rendementen. Daar staat tegenover dat deze uitvoerders wel het “lang leven” risico van de pensioengerechtigde dekken. Wanneer pensioen wordt opgebouwd in eigen beheer bestaat de mogelijkheid dat er geen pensioenvermogen meer is terwijl de pensioengerechtigde en/of diens nabestaande nog in leven is/zijn. Daarnaast is het mogelijk dat indien sprake is van pensioen in intern eigen beheer en het vervolgens slecht gaat met de onderneming dit mogelijk kan betekenen dat de dekking van de pensioengelden in gevaar komt. Pensioenengerechtigden van wie het pensioen is ondergebracht bij professionele verzekeraars of pensioenfondsen lopen dit risico niet.

Pensioenfondsen moeten onder omstandigheden pensioenen korten (zie hiervoor) zonder dat er fiscale belastbare feiten ontstaan ten aanzien van de pensioengerechtigde. Wanneer het pensioen van een DGA in eigen beheer wordt opgebouwd en hij afziet van pensioenuitkeringen of de pensioenaanspraak wil korten wordt de gehele aanspraak in beginsel op grond van art. 19b, eerste lid, Wet LB 1964 tot zijn belastbaar loon gerekend. Anders is dit indien de aanspraak niet voor verwezenlijking vatbaar is, zie art. 19b, eerste lid, sub c, Wet LB 1964. Pensioenfondsen kunnen kortingsmaatregelen e.d. treffen zonder dat dit fiscale consequenties heeft voor de gerechtigden en de uitvoerders, terwijl de DGA in vergelijkbare situaties wel wordt geconfronteerd met fiscale consequenties. In twijfel kan worden getrokken of dit verschil in behandeling gerechtvaardigd is.

Eén van de voordelen van het in eigen beheer opbouwen van pensioen is dat de onderneming de beschikbare gelden kan blijven gebruiken voor de normale bedrijfsuitoefening. De bv dient er wel rekening mee te houden dat de pensioenvoorziening gedekt wordt door activa. Als dit niet meer het gevolg is van het feit dat de DGA dividenduitkeringen heeft ontvangen, zal de stelling ingenomen kunnen worden dat het pensioen feitelijk (deels) is afgekocht. Dit leidt er toe dat de gehele pensioenaanspraak tot het belastbare inkomen van de pensioengerechtigde wordt gerekend (art. 19b, eerste lid, onderdeel b, Wet LB 1964) en er tevens 20% revisierente verschuldigd is op grond van art. 30i Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR). Naast de beperkingen van het korten van pensioen staat het de DGA dus niet vrij om het vermogen in de bv uit te keren of te verbrassen zonder potentiële fiscale gevolgen (overigens kent de fiscale regelgeving geen verplichtingen ten aanzien van het beleggen van het pensioenvermogen; op dat punt is het lichaam dus geheel vrij). Ook dit zijn mogelijke risico's van het opbouwen van pensioen in eigen beheer. Hier staat weer tegenover dat de kosten van het opbouwen van pensioen in eigen beheer aanzienlijk lager kunnen zijn dan het verzekeren van pensioen bij een externe verzekeraar. Daarnaast zal in het geval van vooroverlijden de zogenoemde sterftewinst niet toe komen aan derden maar aan de werkgever bv of de pensioen bv en daarmee in principe aan de nabestaanden van de DGA. Deze (gedeeltelijke) vrijval gaat gepaard met heffing van vennootschapsbelasting en vervolgens heffing van erfbelasting.

Indien de pensioengerechtigde overlijdt, heeft dit in de regel gevolgen in de fiscale winstsfeer van de pensioenuitvoerder. Andere gevolgen in de fiscale winstsfeer kunnen zich voordoen bij overdracht van de pensioenvoorziening in eigen beheer. De pensioenverplichting kan worden overgedragen aan een externe verzekeraar of aan een andere pensioenuitvoerder (naar intern of extern eigen beheer). Risicospreiding of de beëindiging van de dienstbetrekking, dan wel beëindiging van de deelname aan de pensioenregeling kunnen redenen zijn om over te gaan tot waardeoverdracht. De overdracht van de pensioenvoorziening dient, conform art. 8 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VpB 1969) juncto art. 3.8 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001), plaats te vinden tegen waarde in het economische verkeer. De fiscale waarde is meestal lager dan de commerciële overdrachtswaarde. De vraag is wat dit in fiscaal opzicht voor gevolgen heeft en hoe de pensioenverplichting in eigen beheer dient te worden gewaardeerd bij de overnemer

De kern van het onderzoek

Wanneer de DGA bepaalde rechtshandelingen verricht ten aanzien van de pensioenverplichting is het mogelijk dat hieraan gevolgen in de fiscale winstsfeer van de vennootschap of de inkomenssfeer van de DGA gerelateerd zijn. In dit onderzoek staan deze gevolgen centraal. Dit brengt mij tot de volgende onderzoeksvraag:

Wat zijn de fiscale gevolgen van bepaalde rechtshandelingen bij de pensioenuitvoerder en welke fiscale gevolgen hebben dergelijke transacties ten aanzien van de pensioengerechtigde?

Het gaat om de volgende rechtshandelingen: het korten van pensioen (zoals dit eerder aan bod is gekomen), het doen van een nieuwe pensioentoezegging (in verband met de te wijzigen pensioenleeftijd naar 67 jaar), en het overdragen van de pensioenverplichting. Wanneer de gevolgen zijn uitgewerkt worden deze onderzocht en worden mogelijk aanbevelingen gedaan.

Toetsingscriteria in dat verband zijn de efficiency, rechtvaardigheid en uitvoerbaarheid. Hierbij zal met name bij het toetsingscriterium rechtvaardigheid de vergelijking worden gemaakt met pensioenen die zijn ondergebracht bij pensioenfondsen en verzekeraars.

Het internationale aspect wordt in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten. De regels met betrekking tot de waardering van pensioenen in eigen beheer zijn veelal vastgelegd in de Wet op de loonbelasting 1964, de Wet inkomstenbelasting 2001 en in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Deze wetten zullen in belangrijke mate aan de orde komen. Daarnaast zullen ook de Pensioenwet, de Successiewet 1956 en de Algemene wet inzake rijksbelastingen aan bod komen. De

positie van de DGA in de Pensioenwet wordt behandeld in hoofdstuk 2, de Successiewet 1956 treedt in werking bij overlijden van de DGA en de dan volgende mogelijke erfrechtelijke verkrijging en de AWR komt aan bod wanneer er revisierente in rekening wordt gebracht.

De opbouw van het onderzoek

Allereerst wordt in hoofdstuk 2 de waardering van pensioenen in eigen beheer behandeld. Met name in hoofdstuk IIB van de Wet LB 1964 en de artikelen 3.25 t/m 3.29 Wet IB 2001 zijn de spelregels met betrekking tot het pensioen in eigen beheer vastgelegd. Het onderscheid tussen de commerciële en fiscale waardering wordt uitgewerkt. Daarnaast komen mogelijke invloeden op de waardering van de verplichting in eigen beheer aan de orde. Waardeoverdracht van pensioenverplichtingen wordt in dit hoofdstuk buiten beschouwing gelaten, want dit wordt in hoofdstuk 4 uitgebreid behandeld. De vraag die in hoofdstuk 2 centraal staat luidt:

Wat zijn de fiscale spelregels voor de waardering van pensioen in eigen beheer en welke (rechts)handelingen hebben hier invloed op?

Nadat de waardering van de pensioenverplichting aan bod is gekomen, komen in hoofdstuk 3 de fiscale maatregelen aan de orde die worden getroffen ten aanzien van de pensioenuitvoerder en de pensioengerechtigde indien de eerder in hoofdstuk 2 behandelde spelregels niet worden geacht te zijn nageleefd. Onderzocht wordt of het onderscheid in fiscale maatregelen die worden getroffen inzake afkoop bij eigen beheer en een reguliere werknemer/ pensioengerechtigde zijn gerechtvaardigd en of wijziging van deze regeling efficiënt en uitvoerbaar is. De vraag die in hoofdstuk 3 wordt beantwoord luidt:

Is het onderscheid dat wordt gemaakt tussen pensioenuitvoerders inzake afkoop van pensioenen gerechtvaardigd? Zo niet, is wijziging van de fiscale regelgeving efficiënt en uitvoerbaar?

Vervolgens komt in hoofdstuk 4 de waardeoverdracht van de pensioenverplichting aan de orde. Omdat in deze scriptie de waardering van pensioenen in eigen beheer het onderwerp is beperkt tot waardeoverdracht binnen eigen beheer. Hoofdthema in dit onderzoek zijn de gevolgen in de winstfeer voor de overdragende en voor de overnemende vennootschap. Deze worden aan de hand van jurisprudentie, wetgeving, literatuur en ingenomen standpunten van de belastingdienst uitgewerkt. De deelvraag van hoofdstuk 4 luidt:

In hoeverre wordt de waardeoverdracht van pensioen in eigen beheer beperkt door de fiscale gevolgen bij de overdragende of overnemende vennootschap?

Na achtereenvolgens de waarderingen van de pensioenverplichtingen, de problematiek inzake afkoop en waardeoverdracht te hebben behandeld wordt in hoofdstuk 5 afgesloten met een samenvattend en concluderend hoofdstuk.

2 DE OPBOUW EN WAARDERING PENSIOEN IN EIGEN BEHEER

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de waardering van pensioenen in eigen beheer behandeld. De basis voor de oudedagsvoorzieningen in ons land noemt men het driepijlersysteem. Het driepijlersysteem bestaat uit drie pensioenvormen bij ouderdom, overlijden en arbeidsongeschiktheid te weten:

- de basisvoorzieningen (eerste pijler, o.a. de Algemene Ouderdomswet en de Algemene Nabestaandenwet en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen);
- pensioenvoorzieningen (tweede pijler);
- lijfrente en kapitaalverzekeringen (derde pijler).

Pensioenregelingen spelen zich af in de tweede pijler. Een DGA hoeft pensioen niet extern te verzekeren. Voor de DGA is het toegestaan om de pensioenvoorziening in eigen beheer op te bouwen. De voorwaarden voor het verzekeren van pensioen in eigen beheer ten aanzien van de DGA en de pensioenverzekeraar (het lichaam) worden in de volgende paragraaf uitgewerkt.

Vervolgens komen in paragraaf 2.3. de fiscale begrenzings van het opbouwen van pensioen in eigen beheer aan de orde. Centraal in deze scriptie staat de fiscale pensioenvoorziening in eigen beheer. Met name voor het vervolg van deze scriptie wordt in deze paragraaf ook het verschil tussen het berekenen van de commerciële en fiscale pensioenvoorziening uitgewerkt.

Ten slotte worden in paragraaf 2.4 de invloeden van rechtshandelingen op de fiscale waardering van de pensioenvoorziening in eigen beheer behandeld. Teneinde te komen tot een beantwoording van de vraag welke centraal staat in dit hoofdstuk:

Wat zijn de fiscale spelregels voor de waardering van pensioen in eigen beheer en welke (rechts)handelingen hebben hier invloed op?

De Pensioenwet (hierna: de PW) en de Wet LB 1964 zien in zijn algemeenheid op het veiligstellen van toegekende pensioenaanspraken en toegelaten pensioenuitvoerders. Deze wetten zullen centraal staan in dit hoofdstuk. Zijdelinks komt de Wet VpB 1969 aan de orde.

2.2 Voorwaarden pensioen in eigen beheer

Sinds de inwerkingtreding van de Pensioenwet (PW) op 1 januari 2007 is er voor de DGA het een en ander veranderd. De voorganger van de Pensioenwet was de Pensioen- en spaarfondswet (PSW). Om de voorwaarden voor het opbouwen van pensioen in eigen beheer uit te werken zal ik allereerst stil staan bij de positie van de DGA in de huidige Pensioenwet. De voorwaarden ten aanzien van het opbouwen van pensioen in de Wet LB 1964 komen als laatste in deze paragraaf aan de orde komen.

De Pensioenwet

Sinds 1 januari 2007⁷ heeft de Pensioenwet de Pensioen- en spaarfondswet (daterend uit 1952) vervangen. Eind 2002 was 545 miljard euro ondergebracht bij pensioenfondsen en verzekeraars. Dit totale pensioenvermogen kwam op dat moment overeen met 123 procent van het bruto binnenlands product. Hieruit kan worden afgeleid dat het pensioenstelsel een groot macro-economisch belang kent. Van belang werd geacht dat dit pensioenstelsel werd toegesneden op de toekomst. De nieuwe pensioenwet moest hiervoor gaan zorgen. Het pensioenstelsel moest schokbestendig worden. De voornaamste rol van de overheid moest daarbij liggen bij het waarborgen van de afspraken die zijn gemaakt door sociale partners. De Pensioenwet had als doel om – binnen de kaders van de wetsartikelen - de financiële, individuele en uitvoeringszekerheid te waarborgen en deze op een duidelijke wijze te verankeren in de wet ⁸.

De positie van de DGA onder de Pensioenwet

Om de positie van de DGA onder de Pensioenwet uit te werken wordt eerst gekeken naar wat er op grond van art. 1 PW onder de DGA wordt verstaan. In dit artikel is de DGA als volgt gedefinieerd:

- a. persoonlijk houder van aandelen welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen⁹;*
- b. indirect persoonlijk houder van aandelen welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen; of*
- c. houder van certificaten van aandelen, uitgegeven door de tussenkomst van een administratiekantoor waarvan hij voor ten minste een tiende deel in het bestuur vertegenwoordigd is, welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigen.*

Door in de DGA-definitie de woorden persoonlijk en indirect persoonlijk op te nemen is de in gemeenschap gehuwde echtgenoot van de DGA zonder aandelen uitgesloten om te kwalificeren als DGA onder de Pensioenwet. Om wel te kwalificeren kan eenvoudigweg het noodzakelijke aantal aandelen bij notariële akte op naam van de gehuwde echtgenoot gesteld worden. In dat geval hoeft de belastingplichtige niet te vrezen voor aanmerkelijkbelangheffing. In het arrest van 26 juni 1963¹⁰ is namelijk besloten dat de in gemeenschap gehuwde echtgenote zelfstandig aanmerkelijkbelanghouder blijft voor de helft van het totale aandelenpakket.

⁷ Ten aanzien van de inwerkingtreding van enkele bepalingen werd een overgangperiode van één jaar voorzien waarop de uitvoeringspraktijk zich moest kunnen instellen.

⁸ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr.3

⁹ Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen verschillende soorten aandelen

¹⁰ HR 26 juni 1963, BNB 1963/313

Uit artikel 1 van de Pensioenwet blijkt verder dat de DGA wordt uitgezonderd van de definitie werknemer. Deze luidt namelijk als volgt:

degene die krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of publiekrechtelijke aanstelling arbeid verricht voor een werkgever, met uitzondering van de directeur-groootaandeelhouder en de werknemer die onder de werkingssfeer van een verplicht gestelde beroepspensioenregeling als bedoeld in de Wet verplichte beroepspensioenregeling valt.

Deze uitzondering heeft als gevolg dat de Pensioenwet niet van toepassing is op de pensioenovereenkomst tussen (meestal) de bv en de DGA¹¹. Hierbij is niet van belang of de pensioenaanspraak is onder gebracht bij een verzekeraar of dat deze in eigen beheer wordt opgebouwd.

De fiscale voorwaarden voor het uitvoeren van pensioen in eigen beheer

Tot 1 januari 2007 was het onderbrengen van de pensioenvoorziening van de DGA bij verschillende eigenbeheer lichamen toegestaan. Dit was vastgelegd in het PSW DGA-besluit¹². Pensioen in eigen beheer was toegestaan indien werd voldaan aan de PSW-voorwaarden (art. 19a, tweede lid (oud), Wet LB 1964). Door het feit dat de DGA sinds 1 januari 2007 in beginsel buiten de PW wordt geplaatst is het pensioen in eigen beheer steeds meer een fiscale aangelegenheid geworden. In Hoofdstuk IIB van de Wet LB 1964 is de fiscale pensioenwetgeving te vinden. Pensioenregelingen worden als fiscaal zuiver gekwalificeerd indien het pensioen is verzekerd bij één van de in art. 19a Wet LB 1964 vermelde verzekeraars. Voorwaarden voor het uitvoeren van een pensioenregeling in eigen beheer zijn vastgelegd in art. 19a, eerste lid, onderdeel d, juncto tweede lid, Wet LB 1964. Deze luiden als volgt:

- het lichaam dat als pensioenverzekeraar optreedt moet in Nederland zijn gevestigd;
- voor de heffing vennootschapsbelasting moet de pensioenverplichting tot het binnenlands vermogen moeten worden gerekend;
- het moet gaan om het uitvoeren van een pensioenovereenkomst van een DGA in de zin van art. 1 PW.

Tot 2010 waren dit de strikte voorwaarden. Eigen beheer lichamen mogen sinds 2010 ook in een andere lidstaat van de Europese Unie of Europese Economische Ruimte zijn gevestigd. Omdat eerder genoemde strikte voorwaarden mogelijk in strijd waren met het EG-verdrag is dit vastgelegd in art.

¹¹ Uitzondering hierop is de situatie zoals bedoeld in art. 3, eerste lid, PW. In deze situatie kwalificeert een persoon weliswaar als DGA, maar tevens valt hij onder een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. In deze situatie is de Pensioenwet wel van toepassing op de DGA.

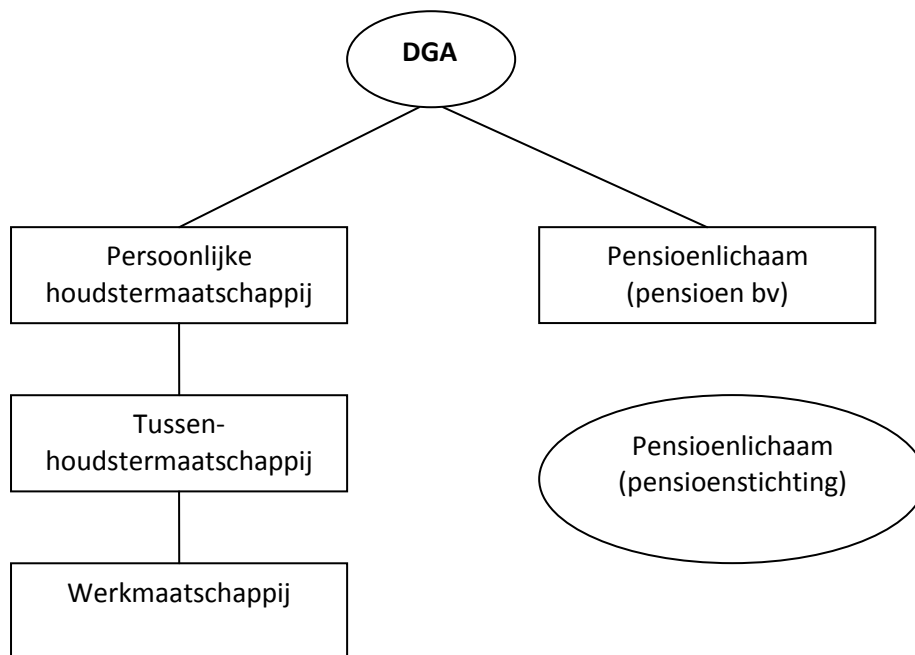
¹² Regeling van 23 december 1994, Stcrt. 1994, 251 laatst gewijzigd bij besluit van 11 december 2000, Stcrt. 2000, 242.

19a, eerste lid, onderdeel e, Wet LB 1964. Voorwaarden in dat verband zijn wel dat het eigen beheer lichaam de pensioenverplichting tot het binnenlands ondernemingsvermogen rekent van de staat waarin het is gevestigd. Daarnaast moet het lichaam onderworpen zijn aan een winstbelasting die naar Nederlandse maatstaven resulteert in een reële heffing. In deze scriptie wordt verder geen aandacht besteed aan de internationale aspecten van het pensioen in eigen beheer. Geacht wordt dat de voorziening door een Nederlands lichaam wordt gevormd en tot het binnenlands vermogen wordt gerekend.

Afgezien van de DGA-definitie zoals deze is vastgelegd in art. 19a, tweede lid, Wet LB 1964 is er geen koppeling nodig tussen de PW en de Wet LB 1964, omdat de DGA niet onder de PW valt. Om pensioen in eigen beheer op te bouwen hoeft 'alleen' te worden voldaan aan bovenstaande fiscale voorwaarden voor het uitvoeren van een pensioenregeling in eigen beheer. Wanneer echter een voorziening wordt gevormd zonder dat aan de eerder genoemde voorwaarden wordt voldaan is het directe gevolg daarvan dat het eigenbeheerlichaam niet wordt erkend en dat de pensioenregeling daardoor als onzuiver wordt aangemerkt. De sanctiebepaling van art. 19b Wet LB 1964 kan in dergelijke gevallen worden opgelegd. Toekomstige aanspraken worden in dat geval direct belast en de bestaande aanspraken worden geacht te zijn afgekocht. Dit houdt in dat de omkeerregel niet meer van toepassing is. Naast de sanctie van art. 19b Wet LB 1964 is er 20% revisierente verschuldigd op grond van art. 30i AWR. Voor belastingplichtige is het dus wel belangrijk dat er wordt voldaan aan de voorwaarden. De sanctiebepalingen zullen verder aan bod komen in hoofdstuk 3. Nu de voorwaarden ten aanzien van de DGA en het lichaam zijn uitgewerkt zal ik ter verduidelijking het een en ander schematisch weergeven.

Schematisch weergegeven

Indien de pensioenvoorziening wordt gevormd in de werkgever bv is er sprake van intern eigen beheer. Wanneer een ander lichaam, niet zijnde een professionele verzekeraar of pensioenfonds, optreedt als pensioenverzekeraar is er sprake van extern eigen beheer. Als toelichting is hieronder in figuur 1 een concernstructuur geschetst. Alle aandelen belangen zijn 100%. Vervolgens is in figuur 2 schematisch aangegeven wat de mogelijke combinaties zijn van enerzijds de dienstbetrekking en anderzijds de pensioenuitvoerder.



figuur 1.

Dienstbetrekking	Pensioenuitvoerder	Eigen beheer toegestaan?
Persoonlijke houdstermaatschappij	Persoonlijke houdstermaatschappij Pensioenlichaam Tussenhoudstermaatschappij Werkmaatschappij	Ja Ja Nee * Nee *
Tussenhoudstermaatschappij	Persoonlijke houdstermaatschappij Pensioenlichaam Tussenhoudstermaatschappij Werkmaatschappij	Ja Ja Ja Nee *
Werkmaatschappij	Persoonlijke houdstermaatschappij Pensioenlichaam Tussenhoudstermaatschappij Werkmaatschappij	Ja Ja Ja Ja

*) Tenzij deze rechtspersoon in de statutaire doelstelling de uitvoering van een pensioentoezegging heeft staan. Feitelijk is dan sprake van een pensioenlichaam.

figuur 2.

Indien de dienstbetrekking wordt uitgevoerd op hoger gelegen concernniveau worden er eisen gesteld aan de statutaire doelomschrijving van de lager in het concern gelegen pensioenuitvoerder. Verder is in dit schema de situatie waarin de aandelen van de pensioentoezeggende werkgever zijn gecertificeerd bijvoorbeeld door tussenkomst van een stichting administratiekantoor buiten

beschouwing gelaten. In een dergelijke situatie kan pensioen in eigen beheer worden opgebouwd indien wordt voldaan aan voorwaarde c van de DGA-definitie¹³.

Uit de behandelde voorwaarden en het getoonde schema blijkt mijns inziens dat de voorwaarden voor het uitvoeren van pensioen in eigen beheer duidelijk zijn vastgelegd. Om niet te maken te krijgen met de sanctiebepaling is het voor pensioengerechtigden noodzaak dat te allen tijde aan de voorwaarden wordt voldaan. In de volgende paragraaf zal meer aandacht worden besteed aan de regels ten aanzien van het opbouwen van pensioen in eigen beheer en de waardering van de commerciële en fiscale pensioenvoorziening.

2.3 Begrenzing aan het pensioen in eigen beheer

Voor de DGA geldt dat hij relatief gemakkelijk zal voldoen aan de voorwaarden voor het uitvoeren van pensioen in eigen beheer zoals deze behandeld zijn in paragraaf 2.2. Wanneer de DGA aan de voorwaarden voldoet en besluit pensioen op te gaan bouwen krijgt hij te maken met de fiscale begrenzings van het pensioen in eigen beheer. In deze paragraaf zal stil worden gestaan bij de fiscale spelregels zoals deze zijn vastgelegd in de Wet LB 1964, de Wet IB 2001 en de Wet VpB 1969. Vervolgens zullen de gevolgen van deze fiscale spelregels op de fiscale waardering worden uitgewerkt. Deze fiscale waardering zal worden vergeleken met de commerciële waardering. Omdat in deze scriptie de fiscale waardering centraal staat zal de commerciële waardering in beperkte mate worden uitgewerkt.

Voor de opbouw van pensioen is het loon van belang. De definitie van het begrip 'loon' voor de loonbelasting is opgenomen in art. 10, eerste lid, Wet LB 1964. Het is een ruim begrip. Loon 'is al hetgeen uit een dienstbetrekking of een vroegere dienstbetrekking wordt genoten, daaronder begrepen hetgeen wordt vergoed of verstrekt in het kader van de dienstbetrekking. Daarnaast behoren aanspraken om na verloop van tijd of onder voorwaarde een of meer uitkeringen of verstrekkingen te ontvangen ook tot het loon¹⁴. Een aanspraak behoort tot het niet in geld genoten loon. Uit art. 10 van de Wet LB 1964 kan worden opgemaakt dat aanspraken tot het loon worden gerekend, ongeacht of de aanspraak is verkregen van de werkgever of, dat deze gedeeltelijk is ontstaan door een werknemersbijdrage. Voor zover dit niet leidt tot negatief loon wordt voor de

¹³ Dit wil zeggen dat de DGA houder is van certificaten van aandelen, uitgegeven door de tussenkomst van een administratiekantoor waarvan hij voor ten minste een tiende deel in het bestuur vertegenwoordigd is, welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigen.

¹⁴ Art. 10, tweede lid, Wet LB 1964

heffing van de loonbelasting het loon verminderd met de werknemersbijdrage¹⁵.

Zoals eerder is behandeld wordt de waarde van de aanspraak in beginsel tot het loon gerekend. De waarde is gelijk aan de bedragen die zouden moeten worden gestort om de aanspraak te dekken. Voor een aanspraak die voor 1 januari 1995 is belast geldt dat de pensioenuitkering – en dus ook de waardeaan groei – is vrijgesteld van loonbelasting. Sinds de invoering van de Brede-Herwaarderings II-wetgeving op 1 januari 1995 wordt de waardeaan groei belast bij het genieten van de latere pensioenuitkering.

Op grond van art. 11, eerste lid, onderdeel c, Wet LB 1964 behoren aanspraken die tot een pensioenregeling behoren niet tot het loon. Daarentegen worden de latere pensioenuitkering wel belast. Dit wordt de ‘omkeerregel’ genoemd. Om de omkeerregel van toepassing te laten zijn is van belang wat wordt verstaan onder een pensioenregeling. Wat voor de Wet LB 1964 wordt verstaan onder een pensioenregeling staat in Hoofdstuk IIB van de Wet LB 1964. In art. 18 Wet LB 1964 staat wat wordt verstaan onder het ouderdoms-, partner-, wezen- en arbeidsongeschiktheidspensioen. Dit is verder te specifiek om in deze scriptie uit te werken. Behoudens het feit dat in de regeling vastgelegd moet zijn dat de aanspraak niet kan worden afgekocht, vervreemd of mag worden prijsgegeven bestaan er geen nadere eisen ten aanzien van de pensioenregeling.

2.3.1 Pensioenregelingen

Welke pensioenregeling van toepassing is wordt meestal vastgelegd in de pensioenbrief of het pensioenreglement. Het belangrijkste van een pensioenregeling is het verzorgingselement. De verzekerde risico’s van de pensioenregeling zijn de risico’s van ouderdom en/of arbeidsongeschiktheid van de werknemer, en/of het risico van de verzorgingsbehoefte van de partner en/of kinderen in het geval van overlijden. Een pensioenregeling hoeft niet alle risico’s te dekken om als zuiver gekwalificeerd te worden. Eén van de risico’s is voldoende.

De wetgeving inzake pensioenregelingen is in de loop van de jaren flink gewijzigd. Sinds de invoering van de Witteveen-wetgeving op 1 juni 1999 gelden er beperkende voorwaarden voor pensioen in eigen beheer. Op 1 januari 2005 is het Witteveen-kader aangepast door de invoering van de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling (Wet VPL). De invoering van het Witteveen-kader en de Wet VPL zorgden er onder andere voor dat DGA’s hun pensioenregeling hebben moeten aanpassen. De invoering van het Witteveen-kader bracht met zich mee dat er een 100% norm werd ingevoerd (wordt in paragraaf 2.3.2 nader uitgewerkt) en dat er geen pensioen meer kon worden opgebouwd over het belaste voordeel dat betrekking had op het

¹⁵ Overigens kunnen ex-werknemers bij vrijwillige voortzettingen van de pensioenregeling betaalde pensioenpremies in het jaar van betaling als negatief loon opvoeren in de aangifte inkomstenbelasting

privé gebruik van de zakelijke auto. In de Wet VPL werd de pensioenleeftijd aangepast en verhoogd van 60 naar 65 jaar. Door de invoering van de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd zullen de pensioenregelingen in 2014 wederom aangepast moeten worden. De gevolgen van deze aanpassing voor de fiscale waardering worden later in dit hoofdstuk uitgewerkt.

Aan de DGA kunnen net als aan de reguliere werknemer diverse pensioenregelingen worden toegekend. De keuze kan worden gemaakt uit een eindloon-, middelloon en een beschikbarepremieregeling. Een combinatie van deze regelingen is echter ook mogelijk. Zo kan gekozen worden voor een regeling waarbij tot een bepaald inkomen wordt opgebouwd op basis van eindloon en dat over het meerdere wordt opgebouwd op basis van de beschikbare premieregeling. Voor alle pensioenregelingen geldt dat als uitgangspunt in 35 jaar een adequaat pensioen¹⁶ moet kunnen worden opgebouwd. Opvallend is overigens dat in de wettekst geen definities worden uitgewerkt van de pensioenregelingen. Deze uitwerking is alleen te vinden in de memorie van toelichting¹⁷ bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Witteveen-wetgeving. In het kort zal ik de kenmerken, alsmede de voor- en nadelen (voor de pensioengerechtigde) behandelen van de pensioenregelingen.

- Eindloonregelingen: het woord zegt het eigenlijk al, het pensioen is een percentage van de laatst geldende pensioengrondslag. Over de pensioengrondslag mag bij een eindloonregeling maximaal 2% per jaar worden opgebouwd¹⁸. Wettelijk is dit vastgelegd in art. 18a, eerste lid, Wet LB 1964. In 35 jaar leidt deze 2% opbouw tot een ouderdomspensioen van 70% van het laatst verdiende salaris. Het maximale opbouwpercentage van een op een eindloon gebaseerd partnerpensioen is 1,4% op grond van art. 18b, eerste lid, Wet LB 1964. De opbouw van 1,4% leidt in 35 jaar tot een partnerpensioen van 70% van het ouderdomspensioen. Voor een wezenpensioen geldt het maximale opbouwpercentage van 14% van het ouderdomspensioen, ofwel 0,28% per jaar. Zie art. 18c, eerste lid, Wet LB 1964. Voor een pensioenregeling die gebaseerd is op eindloon is kenmerkend dat een salarisstijging doorwerkt over eerdere jaren. De extra financieringslasten die ontstaan door de over voorgaande jaren pensioenaanspraken te verhogen worden backservicelasten genoemd. Dit is ook direct het voordeel van een eindloonregeling. Indien de pensioengerechtigde carrière maakt en zijn loon stijgt vindt een optimale pensioenopbouw plaats, omdat het pensioen is gebaseerd op het laatstverdiende loon. Deze salarisverhoging

¹⁶ In het algemeen wordt onder een adequaat pensioen 70% van het laatst genoten salaris verstaan

¹⁷ Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr.3

¹⁸ Dit percentage zal worden aangepast door de invoering van de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd zie paragraaf 2.5.1

kan indirect ook een nadeel zijn, want door pensioengrondslagverhogingen kunnen op latere leeftijd de pensioenlasten onbeheersbaar worden.

- Middelloonregelingen: deze regeling wordt ook wel de gemiddelde salarisregeling genoemd. Voor een middelloonregeling is kenmerkend dat in elk dienstjaar vanaf de indiensttreding of vanaf de startdatum van de regeling een vast percentage van de in het desbetreffende jaar geldende pensioengrondslag aan pensioen wordt opgebouwd. Het jaarlijkse opbouwpercentage voor de middelloonregelingen wordt op basis van art. 18a, tweede lid, Wet LB 1964 op 2,25% gesteld¹⁹. Dit percentage is tot stand gekomen door uit te gaan van een bepaalde gemiddelde carrièreontwikkeling waarin tot een 35-jarige leeftijd mag worden gerekend met een loonstijging van 3% en de daaropvolgende tien jaren met 2%, in de tien jaren daaropvolgend vervolgens met 1% en in de overige jaren met 0%. Met een gemiddeld percentage van 2,25% zou een vergelijkbaar niveau moeten kunnen worden gehaald als met een eindloonregeling. Op grond van de artikelen 18b, tweede lid en 18c, tweede lid, Wet LB 1964 worden de percentages voor het partnerpensioen en het wezenpensioen gesteld op respectievelijk 1,58% en 0,32%. Indien de pensioengrondslag wordt verhoogd of verlaagd heeft dit bij een middelloonregeling alleen invloed op de jaren na die wijziging. Bij middelloonregelingen vindt er geen backservice plaats, de oude pensioenaanspraken blijven onveranderd. Als voordeel van een middelloonregeling geldt dat de kosten goed in te schatten zijn en beheersbaar blijven, omdat salarisstijgingen niet terugwerken naar het verleden. Daarnaast brengen salarisverlagingen in een later stadium van de carrière van de werknemer geringe schade met zich mee. Nadeel daarentegen is dat indien de werknemer grote salarisstijgingen geniet hij in het algemeen minder pensioen op zal bouwen ten opzichte van een eindloonregeling waarin een backservice mogelijk is.
- Beschikbarepremiereregelingen: het bereikbare pensioen is afhankelijk van de beschikbaar gestelde premie. De beschikbaar gestelde premie hangt af van onder andere de (aanvangs)leeftijd, carrière- en salarisontwikkelingen. Het pensioen van de beschikbarepremiereregeling mag niet uitgaan boven het pensioen op basis van een eindloonregeling. Voordeel van deze regeling is dat de kosten beheersbaar zijn voor de werkgever. Er kan met deze regeling gestreefd worden naar een adequaat pensioen. Dit is echter sterk afhankelijk van de rendementen op beleggingen. In tegenstelling tot de eerder behandelde regelingen staat de uitkering niet vast op de pensioendatum, want er is geen uitkeringsovereenkomst. De behaalde beleggingsresultaten leiden uiteindelijk tot een bepaald vermogen op pensioendatum. Daar zal vervolgens een pensioen van moeten

¹⁹ Ook dit percentage zal worden aangepast door de invoering van de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd zie paragraaf 2.5.1

worden aangekocht. Als nadeel van de beschikbarepremieregeling wordt dan ook ervaren dat de pensioenuitkomsten niet goed voorspelbaar zijn. De werkgever kan een minimumrendement garanderen. Mogelijk moet de werkgever hiervoor aanvullende premies storten om het gegarandeerde rendement te behalen. Indien dit het geval is dient rekening te worden gehouden met het “beschikbarepremiestaffel-besluit²⁰” en het totaal van de oorspronkelijke en aanvullende premies mag niet uitkomen boven de grenzen van de Wet LB 1964. Wanneer er een kans bestaat op overschrijding kan een dergelijke garantie de pensioenregeling onzuiver maken.

Zoals eerder gesteld kan er sprake zijn van een mengvorm van bovenstaande regelingen. In dat geval spreekt men van een hybride pensioenvorm. De Staatssecretaris van Financiën heeft de problematiek omtrent hybride pensioenvormen behandeld²¹, omdat dit verder voor deze scriptie geen relevante toevoeging betreft ga ik hier niet verder op in.

2.3.2 Hoogte pensioenopbouw

De inhoud van de pensioenregelingen is aan bod gekomen. De hoogte van de pensioenopbouw is uiteraard afhankelijk van hetgeen is vastgelegd in de pensioenregeling. Andere factoren die belang zijn voor de pensioenopbouw zijn het pensioengevend loon, de 100% norm, de AOW-inbouw en de waarde- en welvaarsvastheid van het pensioen.

Pensioengevend loon

Het opbouwpercentage is afhankelijk van de pensioenregeling. Op basis van eindloon van maximaal 2% pensioen worden opgebouwd over het pensioengevend loon. De in aanmerking te nemen arbeidsbeloning is afhankelijk van het loon dat wordt toegezegd aan de DGA (werknemer). Hierbij dient ten aanzien van de DGA rekening te worden gehouden met de gebruikelijk-loonregeling. Op grond van art. 12a Wet LB 1964 dient het genoten loon van de DGA tenminste € 42.000 te bedragen²². In principe wordt alleen het structurele loon in aanmerking genomen bij het berekenen van de pensioengrondslag. Over niet structurele loonbestanddelen, zoals een niet overeengekomen tantième is alleen pensioenopbouw mogelijk indien sprake is van een middelloon- of beschikbarepremieregeling. In vergelijking met de werknemer is ten aanzien van de DGA een belangrijke beperking inzake het pensioengevend loon opgenomen in art. 18g, tweede lid Wet LB 1964 juncto art. 10b Uitv.besl. LB 1965. In deze artikelen is namelijk opgenomen dat de DGA over

²⁰ Besluit van 21 december 2009, nr. CPP2009/1487M

²¹ Kamerstukken I 1999/2000, 26 020, nr. 56

²² Hier kan onder voorwaarden van worden afgeweken. Bijvoorbeeld indien het gebruikelijk loon in het economisch verkeer voor een dergelijke functie lager ligt

loon in natura geen pensioen kan opbouwen. Indien de pensioenregeling deze mogelijkheid wel bevat zal deze als fiscaal onzuiver gekwalificeerd worden.

100% norm

Het ouderdomspensioen mag niet meer bedragen dan 100% van het pensioengevend loon. In art. 18a, vierde lid, Wet LB 1964 is opgenomen het pensioen ingaat ingeval het ouderdomspensioen, op of na 65-jarige leeftijd van de pensioengerechtigde, 100% van het pensioengevend loon komt te bedragen. Indien er sprake is van een beschikbarepremieregeling wordt de 100%-toets gedaan wanneer voor het eerst een aanspraak op ouderdomspensioen ontstaat. Dit wil zeggen bij aankoop van een pensioen voorafgaand aan het tijdstip van ingang van het pensioen. Bij middel- en eindloonregeling wordt jaarlijks het recht op ouderdomspensioen berekend en is er geen sprake van een uitzondering. Het verschil in benadering acht ik niet rechtvaardig, mijns inziens dient bij de beschikbarepremieregeling jaarlijks te worden gekeken naar het aan te kopen ouderdomspensioen dat moet kunnen worden berekend aan de hand van het jaarlijks eindvermogen. Bij middel- en eindloonregelingen wordt jaarlijks een overzicht gegeven met het ouderdoms-, nabestaanden- en wezenpensioen. In de beschikbarepremieregeling moet dit mijns inziens ook mogelijk worden gemaakt. Dit zorgt ervoor dat de pensioengerechtigde met een beschikbarepremieregeling ook duidelijk wordt geïnformeerd. Natuurlijk wijzigen de waarde van beleggingen en de waarde van de aan te kopen pensioenen jaarlijks en is het overzicht niet geheel betrouwbaar, maar het geeft wel een jaarlijkse indicatie.

Indien de 100% grens wordt overschreden wordt het meerdere in één keer uitgekeerd. Uitzondering op de regel kan plaatsvinden wanneer iemand in een middel- of eindloonregeling de 100% grens heeft bereikt maar besluit door te werken. In dat geval is uitstel tot 65 jaar toegestaan, zonder verdere opbouw en oprenting. Wanneer het pensioengevend loon stijgt mag wederom pensioen worden opgebouwd tot de 100% grens.

Diensttijd

De pensioentoezegging wordt gedaan op grond van de dienstbetrekking. De diensttijd is de tijd die is en in de toekomst wordt doorgebracht in deze dienstbetrekking. Dienstjaren bij andere werkgevers tellen niet mee. Diensttijd bij oude werkgevers kunnen door middel van waardeoverdracht wel worden meegeteld. De vraag is hoe met de diensttijd moet worden omgegaan in het geval van een fusie of splitsing. In principe geldt dat sprake is van voortzetting van de dienstbetrekking indien de werknemer verbonden blijft aan dezelfde onderneming (of hetzelfde gedeelte van de onderneming) én er geen significante wijziging in de dienstbetrekking plaatsvindt. In dergelijke situaties zal na een fusie of splitsing het aantal dienstjaren doorlopen.

De Staatssecretaris van Financiën is van mening dat de voorperiode²³ bij oprichting van een bv niet kan worden aangemerkt als diensttijd in de zin van Hoofdstuk IIB van de Wet LB 1964. Deze voorperiode dient voor de pensioenopbouw van de DGA buiten aanmerking te blijven²⁴. In een uitspraak van Rechtbank Haarlem²⁵ is dit onderwerp aan bod gekomen. De Rechtbank oordeelde dat de voorperiode niet in aanmerking dient te worden genomen voor de pensioenopbouw van de DGA, omdat er juridisch geen dienstbetrekking kan bestaan als de bv feitelijk nog niet is opgericht. De DGA heeft tijdens de voorperiode de mogelijkheid om in privé een oudedagsvoorziening – bijvoorbeeld via een lijfrente of banksparen – op te bouwen. Toch ben ik van mening dat er ruimte moet zijn voor een meer economische benadering. Ik betreur het feit dat de jurisprudentie in dit soort gevallen neigt naar een juridische uitleg. Economisch worden de resultaten uit de voorperiode in een later stadium aan de bv toegerekend terwijl deze op dat moment feitelijk niet bestaat. In feite betekent dit dat de vergoeding aan de toekomstige DGA, voor zijn werkzaamheden gedurende de voorperiode van de bv, in mindering komt op dit resultaat. Deze kosten, dus baten voor de DGA, worden belast in box 1 als resultaat uit overige werkzaamheden. Naar mijn mening is er economisch gezien sprake van een dienstbetrekking en kan ter discussie worden gesteld of de terugwerkende kracht niet alleen moet gelden voor de resultaten van de bv maar ook voor de arbeidsverhouding tussen de bv en DGA.

AOW-inbouw

Voor pensioenen in eigen beheer gelden beperkende voorwaarde. De AOW-inbouw is één van deze beperkende voorwaarden. Bij toekenning van pensioen moet er rekening worden gehouden met het recht op AOW. Bij pensioenopbouw in eigen beheer moet rekening worden gehouden met de AOW-uitkering voor ongehuwden inclusief vakantie-uitkering (art. 18h, tweede lid, Wet LB 196 juncto art. 10c, sub c, Uitv.besl. LB 1965). Deze AOW voor ongehuwden is hoger dan de AOW voor gehuwden. Dit betekent dat deze voorwaarde het pensioenresultaat beperkt. Het effect van deze voorwaarde kan overigens worden gecompenseerd door aanvullende jaarruimteaftrek in de lijfrentesfeer. In de praktijk is het echter zeer de vraag of deze aanvullende ruimte wordt benut.

De Staatssecretaris van Financiën laat in de notitie Fiscale positie DGA²⁶ weten dat het pensioen van de DGA kan worden verzekerd bij een externe verzekeraar daarnaast heeft hij de mogelijkheid om pensioen op te bouwen in eigen beheer. Indien pensioen wordt opgebouwd in eigen beheer geldt

²³ Voorperiode gaat lopen vanaf het moment van het aangaan van de voorovereenkomst tot het moment van de daadwerkelijke oprichting van de bv. De DGA geniet in deze periode resultaat uit overige werkzaamheden aangezien en civielrechtelijk geen dienstbetrekking bestaat.

²⁴ V-N 2009/48.2, nota naar aanleiding van het verslag, Brief van Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2009, nr. DB2009/589M

²⁵ Rechtbank Haarlem 14 februari 2006, nr. 05/2627, LJN AV2073

²⁶ Brief Staatssecretaris van Financiën van 29 april 2009, DB2009/210 U, gepubliceerd in V-N 2009/24.6

dat de pensioenaanspraak niet mag uitgaan boven hetgeen in collectieve regelingen gangbaar is. In de ogen van de Staatssecretaris wordt de AOW-inbouw voor ongehuwden geneutraliseerd *“door elementen die bij eigenbeheer situaties nog wel voorkomen, maar bij pensioenen van gewone werknemers niet of nauwelijks meer gebruikelijk zijn, in bijzonder toepassing van het eindloonstelsel”*.²⁷ Hierbij merkt de Staatssecretaris op dat de gangbaarheidstoets eigenlijk heel redelijk uitpakt.

Hetgeen collectief gangbaar is kan in mijn ogen wellicht beter worden aangepast naar (geïndexeerde) middelloonregelingen met een franchise gebaseerd op de AOW uitkering van een gehuwde. Zoals blijkt uit de brief van de Staatssecretaris is dit tevens kennelijk het meest gangbaar en niet de opbouw op basis van eindloon met een AOW-inbouw voor ongehuwde. Aangezien het loon van de DGA in de praktijk veelal niet of nauwelijks stijgt, is het in mijn ogen niet ongunstig voor de DGA om pensioen op te bouwen op basis van een middelloonregeling. Deze regeling kent een hoger opbouwpercentage en een vaste voorindexatie van 3%.

De waarde en welvaartsvastheid van het pensioen

In de pensioenregeling kan overeen worden gekomen dat het pensioen van de DGA waarde- en welvaartsvast wordt toegekend. In feite betekent dit dat de pensioenuitkering jaarlijks wordt aangepast met een vast percentage (maximaal 3%) of met een variabel percentage dat afhankelijk is van de prijsontwikkelingen. Met betrekking tot de waardering van de pensioenverplichting is in art. 3.26 Wet IB 2001 vastgelegd dat bij de bepaling van de winst kosten en lasten die samenhangen met loon- of prijswijzigingen buiten beschouwing moeten worden gelaten. Indexatie mag dus wel worden toegekend, maar voor de waardering van de pensioenverplichting in eigen beheer moet de toegekende indexatie worden genegeerd. Dit is anders indien de pensioenverplichting wordt overgedragen. Deze overdracht dient plaats te vinden tegen de waarde in het economisch verkeer. Het feit dat indexatie is overeengekomen is van invloed op deze waarde. Voor de bepaling van de overdrachtprijs dient dus wel rekening te worden gehouden met de overeengekomen indexering.

De fiscale voorwaarden voor pensioen in eigen beheer zijn in deze paragraaf kort toegelicht. Mogelijkheid tot discussie is er in mijn ogen op het gebied van de diensttijd en de AOW-inbouw. Deze beperkingen hebben invloed op de opbouw van het pensioen. Met betrekking tot de waardering van de verplichting is al kort de indexatie aan bod gekomen. In de volgende paragraaf zal de waardering

²⁷ Citaat uit de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 april 2009, DB2009/210 U, gepubliceerd in V-N 2009/24.6

van de opgebouwde pensioenverplichting in eigen beheer verder worden uitgewerkt.

2.4 De waardering van pensioenverplichting in eigen beheer

De inhoud van de pensioenregeling, zoals behandeld is in de voorgaande paragraaf, is allereerst bepalend voor de hoogte van de pensioenverplichting op de balans van de pensioenverzekeraar. Daarnaast dient de pensioenverzekeraar een bepaalde waarderingmethode te hanteren welke rekening houdt met de fiscale winstbepalingsregels, meer in het bijzonder met goed koopmansgebruik. De fiscale bepalingen en de uitwerking van deze bepalingen op de waardering van het pensioen in eigen beheer zijn van belang voor de heffing van vennootschapsbelasting. In dit onderzoek wordt de aandacht beperkt tot binnenlands belastingplichtige lichamen, zie art. 2 Wet VpB 1969 bijvoorbeeld de pensioentoezeggende bv en de belastingplichtige pensioenstichtingen. Pensioenstichtingen zijn op grond van art. 2, eerste lid, onderdeel e Wet VpB 1969, juncto art. 4 onderdeel b, Wet VpB 1969 belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting.

In art. 8 Wet VpB 1969 wordt de koppeling met totaalwinst (art. 3.8 Wet IB 2001) en goed koopmansgebruik (art. 3.25 Wet IB 2001) gemaakt. De pensioenverplichting dient op grond van het goed koopmansgebruik te worden gewaardeerd met gebruikmaking van de geldende marktrente voor langlopende leningen en de gebruikelijke sterftetafels ten tijde van het aangaan van de verplichting²⁸. Van belang bij de waardering is verder dat bij stijging van de verplichting als gevolg van verzwaring van de grondslagen de verplichting hoger moet worden gewaardeerd. Daarentegen dient bij een nadien optredende verlichting van de grondslagen de verplichting dienovereenkomstig lager te worden gewaardeerd, doch niet lager dan zijn worden gewaardeerd met gebruikmaking van de oorspronkelijk gehanteerde grondslagen²⁹. Sinds 1 januari 1995 dient de waardering van de pensioenverplichtingen op basis van actuariële grondslagen plaats te vinden. Goed koopmansgebruik is daardoor tegenwoordig minder relevant, doch niet onbelangrijk. Naast de eerder behandelde beperking inzake de indexatie die fiscaal niet mag worden meegenomen in de waardering³⁰ zijn met ingang van 1 januari 2004 verdere fiscale beperkingen in de wet opgenomen deze worden hieronder nader uitgewerkt.

2.4.1 *Leeftijdsterugstellingen*

Aan de hand van het salaris van de DGA en de inhoud van de pensioenregeling kan het uit te keren ouderdoms-, nabestaanden- en/of wezenpensioen worden berekend. Voor het berekenen van het

²⁸ HR 28 juni 2000, nr. 34 169, BNB 2000/275

²⁹ Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, Stcrt. Nr. 133, in combinatie met HR 23 januari 2004, nr. 38 029, BNB 2004/163 en HR 1 september 2006, nr. 40 930, BNB 2007/103

³⁰ Art. 3.26 Wet IB 2001

pensioen is de uitkeringsperiode van belang. Hierbij wordt uitgegaan van de sterftetafels³¹ die gelden voor de pensioengerechtigde en de eventueel gerechtigde tot een partnerpensioen. Hierbij dient gebruik te worden gemaakt van de sterftetafels Gehele Bevolking Mannen (GBM) en Gehele Bevolking Vrouwen (GBV). Omdat de mens statistisch steeds ouder wordt worden deze sterftetafel regelmatig aangepast aan de meest recente levensverwachtingen. Op de sterftetafels kunnen leeftijdsterugstellingen worden toegepast, simpelweg komt dit erop neer dat de leeftijd van de man/vrouw met een aantal jaar kan worden teruggesteld. Deze terugstelling wordt door professionele verzekeraars gehanteerd. Deze correctie wordt toegepast omdat de sterftetafels niet voorzien in de toekomstige stijging van de levensverwachting.

Toepassing van de meest recente sterftetafel leidt ertoe dat het uit te keren pensioen langer uitgekeerd zal moeten worden, omdat op basis van deze sterftetafel de pensioengerechtigde ouder zal worden. Bij de fiscale waardering is het op grond van art. 8, zesde lid, Wet VpB 1969 niet toegestaan om leeftijdsterugstellingen toe te passen op de meest recente sterftetafel. Deze leeftijdsterugstellingen mogen alleen worden toegepast ter correctie van het verschil tussen de gehanteerde sterftetafel en een sterftetafel van recentere datum. Bij de bepaling van de waarde in het economisch verkeer (commerciële waardering) wordt veelal wel een leeftijdsterugstelling op de meest recente sterftetafel gehanteerd. De pensioenverplichting zal dus onder andere door de leeftijdsterugstellingen commercieel hoger gewaardeerd worden dan fiscaal. Dit brengt met zich mee dat de jaarlijkse dotatie, die ten laste van de winst van de belastingplichtige komt, wordt beperkt door art. 8, zesde lid, Wet VpB.

2.4.2 Rekenrente

Indien met behulp van de actuariële methode berekend is welk kapitaal nodig is om aan de pensioenverplichting te kunnen voldoen kan de dotatie in enig jaar aan de pensioenvoorziening worden bepaald. De hoogte van de dotatie is afhankelijk van de markrente. Bij een hoge markrente wordt een hoog rendement behaald. Dit betekent dat kan worden volstaan met een lagere dotatie om het gewenste doelvermogen te bereiken. Bij een lage markrente zal de dotatie hoger zijn om de pensioenverplichting te kunnen voldoen. De in aanmerking te nemen rekenrente bedraagt de markrente³² zoals deze jaarlijks wordt gepubliceerd in het marktrentebesluit³³. Hierbij moet worden opgemerkt dat voor de fiscale waardering van de pensioenverplichting op grond van art. 3.29 Wet IB 2001 een rekenrente van ten minste 4% in acht moet worden genomen. Zoals blijkt uit het

³¹ Sterftetafels worden ook wel overlevingstafel genoemd, een voorbeeld van een sterftetafel is GBM/GBV 2004-2009

³² Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, Stcrt. Nr. 133

³³ Besluit van 9 december 2011, nr. BLKB2011/2437M, Staatscourant 2011, nr. 23247, "marktrentebesluit"

markrentebesluit liggen de markrentepercentages onder de 4%. De dotatie aan de pensioenvoorziening zal commercieel gezien hoger worden ten opzichte van de fiscale dotatie, omdat commercieel de lagere huidige marktrente in acht zal worden genomen. Deze lagere marktrente zal als gevolg hebben dat er “commercieel” gezien meer gedoteerd dient te worden aan de pensioenvoorziening om het gewenste doelvermogen te bereiken. Naast de leeftijdsterugstellingen kan ook art. 3.29 Wet IB 2001 in tijden van een lagere marktrente dan 4% met zich meebrengen dat de commerciële waarde van de pensioenverplichting flink hoger zal zijn dan de fiscale waarde van de verplichting.

2.4.3 Vooroverlijdensrisico

Het risico van overlijden voor de pensioendatum speelt een rol bij de actuariële waardering van pensioenen. In pensioenregelingen is veelal opgenomen dat nabestaanden een nabestaandenpensioen ontvangen indien een werknemer overlijdt tijdens het dienstverband. Het nabestaandenpensioen is in dat geval gebaseerd op het ouderdompensioen dat de werknemer had kunnen bereiken indien hij tot pensioendatum in dienst was gebleven. In het arrest van 14 juni 2000³⁴ is bepaald dat het voor de belastingplichtige (pensioenverzekeraar) niet mogelijk is om een last te nemen ten hoogte van de contante waarde van de verplichting, die de belastingplichtige verplicht om bij overlijden van de werknemer een volledig nabestaandenpensioen uit te keren. De Hoge Raad en Hof Amsterdam oordeelden dat het vormen van een voorziening voor het vooroverlijdensrisico in strijd is met goed koopmansgebruik. Voor het vormen van een passiefpost in de vorm van een voorziening moet voldaan worden aan de vereisten van het ‘Baksteenarrest’³⁵. De vereisten luiden als volgt:

1. De toekomstige uitgaven vinden hun oorsprong in feiten of omstandigheden, die zich in de periode voorafgaande aan de balansdatum hebben voorgedaan;
2. De toekomstige uitgaven kunnen ook overigens aan die periode worden toegerekend;
3. Ter zake van die toekomstige uitgaven bestaat een redelijke mate van zekerheid dat zij zich zullen voordoen.

Fiscaal mag er dus niet gereserveerd worden voor het zogenoemde vooroverlijdensrisico. Naast het risico van vooroverlijden bestaat het risico van echtscheiding. Indien een DGA scheidt, loopt hij het risico dat de ex-echtgenoot eist dat de aan deze ex toekomstende pensioenaanspraak (pensioenverevening plus bijzonder nabestaandenpensioen, dit wordt verder uitgewerkt in paragraaf 2.5) wordt verzekerd. Bijvoorbeeld door middel van afstorting bij een externe verzekeraar. In

³⁴ HR 14 juni 2000, nr. 35 424, BNB 2000/282

³⁵ HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409

navolging op de fiscale spelregels zal het onderscheid tussen de waardering van pensioen in de opbouw-/uitkeerfase kort worden uitgewerkt.

2.4.4 Waardering van pensioenverplichtingen in opbouw-/uitkeringsfase

In aanvulling op de waarderingsvoorschriften zoals deze voorheen zijn behandeld is met ingang van 1 januari 2004 in art. 8, zesde lid, Wet VpB 1969 vastgelegd dat de pensioenverplichting in eigen beheer niet hoger mag worden gewaardeerd dan volgens een stelsel dat correspondeert met een methode die bij professionele verzekeraars gebruikelijk is. Voor de waardering van pensioenen in opbouwfase betekent dit dat er nog twee waarderingsmethoden van belang zijn, te weten de koopsommethode en de premie/koopsommethode.

De *koopsommethode* houdt in dat de pensioenverplichting wordt gewaardeerd op de contante waarde van de opgebouwde pensioenrechten. Op balansdatum wordt een berekening gemaakt van het tot op dat moment opgebouwde pensioen. Aan de hand van dit opgebouwde pensioen wordt een berekening gemaakt van de koopsom die nodig is om het opgebouwde pensioen in te kopen. Op de balans zal deze koopsom worden opgenomen. De pensioenlast zal jaarlijks toenemen bij gelijkblijvende pensioenaanspraken, omdat de prijs van één euro pensioen toeneemt door de rentefactor, alsmede de sterftefactor (naarmate de leeftijd toeneemt).

De *premie/koopsommethode* kan, zoals het woord al zegt, bestaan uit een combinatie van premies en koopsommen. Het totaal van het op te bouwen pensioen wordt berekend bij indiensttreding van de pensioengerechtigde. Aan de hand van het op te bouwen pensioen wordt een jaarlijks (gelijkblijvende) premie berekend die jaarlijks betaald moet worden om de pensioengerechtigde van pensioen te voorzien. Er is geen sprake van een leeftijdsafhankelijke koopsom, maar van een gelijkblijvende premie. Indien het salaris wordt verhoogd, zal het extra stukje premie worden opgeteld bij de oorspronkelijke premie. Daarnaast zal de backservice, die ontstaat door een salarisverhoging in de eindloonregeling, worden gefinancierd door middel van een koopsom. De waardering van de pensioenverplichting in opbouwfase met behulp van de premie/koopsommethode leidt tot een hogere waardering dan de koopsommethode. Een pensioenverplichting in de uitkeerfase wordt gewaardeerd op de contante waarde van de nog te verrichten uitkeringen. Deze nog te verrichten uitkeringen worden berekend met behulp van de sterftetafels.

2.4.5 Pensioenlichamen

Ter vergroting van de zekerheidsstellingen van de pensioenrechten worden pensioenlichamen opgericht om de pensioenrechten in onder te brengen. Hierbij gaat het met name om pensioen bv's of pensioenstichtingen. Deze lichamen (zie figuur 1) zijn belastingplichtig voor de

vennootschapsbelasting op grond van art. 4, onderdeel b, Wet VPB 1969. Deze vorm van pensioen in eigen beheer wordt extern eigen beheer genoemd. In deze paragraaf zal ik ingaan op de voorwaarden die gelden ten aanzien van pensioenlichamen en de regels ten aanzien van premies en koopsommen die worden betaald door de werkgever bv aan het pensioenlichaam. Ik beperk me in deze paragraaf tot de premiebetaling en bijbehorende problematiek. De problematiek die ontstaat als gevolg van waardeoverdracht wordt behandeld in Hoofdstuk 4.

De voorwaarden waar het pensioenlichaam aan dient te voldoen zijn opgenomen om de dotaties aan dit lichaam in aftrek te kunnen brengen en zijn opgenomen in art. 3.27, vierde lid Wet IB 2001 juncto art. 10 Uitv.reg. Wet IB 2001. Het doel en de feitelijke werkzaamheden van het pensioenlichaam dienen overeen te komen met dat van een echt pensioenfonds, waarvan de winst uitsluitend kan worden aangewend ten bate van de verzekerden, een ander pensioenfonds met overeenkomstige doelstelling of een algemeen maatschappelijk belang. Daarnaast is bepaald dat premies en koopsommen waarin een indexatie van ten hoogste 4% is verdisconteerd van de fiscale winst kunnen worden afgetrokken³⁶. Verder is nog van belang dat de premies het vermogen van de onderneming onherroepelijk heeft verlaten en dat deze alleen worden aangewend voor het doel van het pensioenlichaam³⁷.

In het besluit van 3 juli 2008³⁸ zijn nadere richtlijnen vastgesteld voor dotaties aan pensioenlichamen. Met betrekking tot de premie welke wordt betaald door de pensioentoezeggende vennootschap aan het pensioenlichaam is van belang dat deze premies een zakelijk karakter moeten hebben. Dit wil zeggen dat deze in overeenstemming zijn met de tarieven van de verzekeraars en dat de premies geen elementen van vooruitbetaling bevatten. Daarnaast moet de beschikkingsmacht van de betaalde gelden daadwerkelijk in handen zijn van het pensioenlichaam en niet achterblijven bij de doterende pensioentoezeggende vennootschap. Deze in het besluit genoemde algemene regels inzake de pensioenpremies zijn helder. De in het besluit opgenomen rekenregels met betrekking tot de gelijkblijvende, waarde- en welvaartsvaste of vast stijgende pensioen blinken niet uit als het gaat om eenvoud. De rekenregels luiden als volgt:

- De dotaties van gelijkblijvende en vast stijgende pensioenen moeten zijn gebaseerd op tarieven die verzekeraars hanteren voor pensioenverzekeringen³⁹. In dit verband moet worden verstaan de zogenoemde bruto-netto tarieven (de brutotarieven verminderd met de gebruikelijke kortingen, zoals de omvangskorting en indien van toepassing de rentestandkorting).

³⁶ Art. 3.27, tweede lid juncto art. 10, eerste lid, Uitv.reg. Wet IB 2001

³⁷ Art. 3.27, derde lid juncto art. 10, derde lid, Uitv.reg. Wet IB 2001

³⁸ Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, Stcrt. Nr. 133

³⁹ Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, Stcrt. Nr. 133, paragraaf A.3.2 en het arrest van 24 oktober 2003, nr. 37 856, BNB 2004/112

- Bij open geïndexeerde of waarde- en welvaartsvaste pensioenen schrijft het besluit voor, in navolging op het arrest van 14 april 2006⁴⁰, dat de premie op basis van de marktrente moet worden vastgesteld en dat de indexatie moet worden geschat op een percentage vaste stijging. Waarbij een vaste stijging van 2% wordt goedgekeurd.

Ondanks dat verzekeringsmaatschappijen geen open geïndexeerde pensioenen verzekeren komt het er in feite op neer dat zowel voor de hoogte van de premie van de gelijkblijvende als van de open geïndexeerde pensioenen dient te worden uitgegaan van tarieven van verzekeraars. Een van de complicaties die zou kunnen optreden is dat de pensioentoezeggende werkgever bv de premie berekent met een rekenrente van 3%, terwijl het pensioenlichaam de premie berekent op de wettelijk voorgeschreven rekenrente van 4%. In dat geval zal bij het pensioenlichaam winst moeten worden genomen, omdat de premie hoger is dan dat zij wettelijk in aanmerking mag nemen bij de waardering van de pensioenverplichting.

Een andere complicatie treedt op indien het pensioenlichaam niet aan de eerder gestelde voorwaarden voldoet. In dat geval zijn bij de werkgever bv de premies slechts aftrekbaar wanneer bij de vaststelling van de premies een feitelijke rekenrente van minimaal 4% is gehanteerd. De feitelijke rekenrente is de verdiscontering van de marktrente en indexatie. Deze hangt af van de feitelijke omstandigheden zoals de leeftijd en de pensioendatum. Bij een marktrente van 5% en een vast na-indexatie percentage van bijvoorbeeld 2% is het mogelijk dat de feitelijke rekenrente bijvoorbeeld 3,75% is. Het verschil tussen de koopsom berekend met 4% en 3,75% dient bij de werkgever bv geactiveerd te worden en kan pas ten laste van het resultaat worden gebracht wanneer het pensioenlichaam gaat uitkeren en de indexatie zich feitelijk pas voordoet. Het behoeft geen betoog dat het bovenstaande niet uitblinkt in eenvoud.

Voor de invoering van het besluit van 3 juli 2008 mocht worden uitgegaan van een netto-actuariële premie op basis van een rekenrente van 4%. Met de invoering van het besluit dient te worden uitgegaan van de tarieven van verzekeraars. Daarmee is helaas een einde gemaakt aan de eenvoud die bestond inzake het vaststellen van de dotaties aan pensioenlichamen. Het eerder aangehaalde nemen van winst of activeren van gedeeltes van premies en koopsommen is mijns inziens een ongewenst gevolg van de verschillende rekenrentes. Het standpunt van de Staatssecretaris is mijns inziens op grond van de art. 3.26 – 3.29 Wet IB 2001 in overeenstemming met de wet. Toch was het in lijn met het eenvoudsbeginnsel geweest indien zowel bij het vaststellen van de premie als bij de waardering van de pensioenverplichting rekening werd gehouden met een gelijke rekenrente. Hierbij is de makkelijkste oplossing om bij zowel het vaststellen van de premie als bij de waardering van de verplichting in het pensioenlichaam rekening te houden met een rekenrente van 4%. Een andere

⁴⁰ HR 14 april 2006, nr. 41 569, BNB 2006/278

oplossing is het opnemen van een goedkeuring in het besluit. Deze goedkeuring moet het mogelijk maken om af te wijken van de wettelijke rekenrente in art. 3.29 Wet IB 2001 indien de rekenrente onder de 4% daalt doordat rekening wordt gehouden met een stijging van het pensioen met 2%. In dat geval ontstaat er geen niet-aftrekbaar deel bij de werkgever bv en wordt een vrij complexe administratieve verwerking van jaarlijkse premie- of koopsombetaling voorkomen. Waar een besluit normaal probleemoplossend dient te zijn is het in dit geval probleem creërend. Ik sluit me daarbij aan bij de mening van Ter Beest en Gommer⁴¹.

De mogelijkheid bestaat dat de pensioenverzekerde werkzaam bij de werkmaatschappij en dat zijn pensioen is ondergebracht bij de houdstermaatschappij. Omdat deze houdstermaatschappij veelal nog andere activiteiten zal uitvoeren dan het uitvoeren van de pensioenregeling zal deze maatschappij niet voldoen aan de eerder genoemde voorwaarden ten aanzien van pensioenlichamen. De premies en koopsommen zullen bij de bepaling van de winst dus niet in aftrek kunnen worden gebracht. Overigens is tussen houdster- en werkmaatschappijen veelal sprake van een fiscale eenheid vennootschapsbelasting en indien sprake is van een fiscale eenheid hebben de betalingen van pensioenpremies van de werkmaatschappij aan de houdstermaatschappij geen invloed op de fiscale winst.

2.4.6 Ten slotte

De fiscale spelregels met betrekking tot de waardering van pensioenen in eigen beheer is in deze en voorgaande paragraaf aan bod gekomen. Het mag duidelijk zijn dat de fiscale waardering van de pensioenverplichting af zal wijken van de normale commerciële waarde van de pensioenverplichting. Dit wordt veroorzaakt door de fiscale spelregels die zijn opgenomen in art. 3.25 Wet IB 2001 en met name het bepaalde in art. 3.26 tot en met 3.29 Wet IB 2001 en art. 8 zesde lid Wet VpB 1969. Op grond van deze artikelen dient de fiscale waardering plaats te vinden op actuariële grondslagen met een rekenrente van tenminste 4% en er mag geen rekening worden gehouden met loon- en prijswijzigingen en met leeftijdsterugstellingen. Hierdoor zal veelal de hoogte van de fiscale waardering op de balans niet voldoende zijn om de pensioenverplichting na te kunnen komen. Dat er fiscale beperkingen gelden voor het pensioen in eigen beheer is mijns inziens gegrond. De DGA kan immers zelf vanuit zijn aandeelhouderschap in principe zelf de inhoud – waaronder de hoogte – van zijn pensioen bepalen. De pensioenovereenkomst tussen de DGA en de bv ontstaat dus niet door zakelijk handelende onafhankelijke derden, zoals dit bij collectieve pensioenregelingen wel

⁴¹ P.A. ter Beest en J.T. Gommer, Waardering van pensioen in (extern) eigen beheer, WFR 2009/546

gebeurt. Wil de DGA niet geconfronteerd worden met fiscale afbreukrisico's⁴² dan zal rekening gehouden moeten worden met deze fiscale beperkingen die gebaseerd zijn op zakelijkheid. Ten aanzien van het pensioen in extern eigen beheer en de bijbehorende dotaties aan de pensioenlichamen is gebleken dat het besluit van 3 juli 2008 een einde heeft gemaakt aan de eenvoud. In mijn ogen hebben de verschillende rekenrentes geleid tot ongewenste gevolgen zoals het nemen van winst of het activeren van delen van premies en koopsommen. Het was relatief eenvoudiger geweest om zowel bij het berekenen van de pensioenverplichting als bij het berekenen van de premie of koopsom 4% rekenrente in aanmerking te nemen.

2.5 Invloed van handelingen op de fiscale waardering van pensioenen

De fiscale waardering van de pensioenverplichting is uitgebreid en verandert jaarlijks door jurisprudentie, wetgeving en resoluties. Naast deze zaken hebben (rechts) handelingen mogelijk invloed op de waardering van de verplichting in eigen beheer. In deze paragraaf behandel ik de invloed van enkele (rechts) handelingen op de pensioenverplichting in eigen beheer. Allereerst wordt de invloed van de inwerkingtreding van de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd behandeld. Vervolgens komt het huwelijk, de echtscheiding en het overlijden van de pensioenverzekerde DGA en de invloed daarvan op de waardering van de verplichting aan de orde.

2.5.1 Wet verhoging AOW- pensioenrichtleeftijd

Het wetsvoorstel verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, extra verhoging AOW en flexibilisering ingangleeftijd AOW⁴³ heeft de gemoederen flink bezig gehouden. Uiteindelijk is dit wetsvoorstel niet verder behandeld en vervangen door een nieuw wetsvoorstel, dat afkomstig is uit het stabiliteitsprogramma⁴⁴, gesloten door vijf politieke partijen. Het wetsvoorstel Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd is in juli 2012 goedgekeurd door de eerste kamer en gepubliceerd in het Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden⁴⁵. Door de invoering van deze wet worden noodzakelijke wijzigingen in de AOW (1^e pijler), Wet LB 1964 (2^e pijler) en Wet IB 2001 (3^e pijler) doorgevoerd. De voor deze scriptie relevante wijzigingen zal ik kort benoemen. In de wet is opgenomen dat de AOW-leeftijd van 2013 tot en met 2019 stapsgewijs zal worden verhoogd naar 66 jaar. Vanaf 2024 wordt de AOW-leeftijd gekoppeld aan de stijging van de

⁴² Zoals belastingheffing over de waarde in het economisch verkeer van de pensioenaanspraak in de loonbelasting sfeer of geen aftrekbaarheid van de pensioenuitgave in de winst sfeer.

⁴³ Kamerstukken II 2011/12, 33 046, nr. 1-4

⁴⁴ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brieven/2012/04/27/geactualiseerde-stabiliteitsprogramma.html>

⁴⁵ Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, van 12 juli 2012, nr. Stb. 2012, 328 en besluit van 12 juli 2012, nr. Stb, 329

leeftijdsverwachting. De AOW zal, in tegenstelling tot het eerdere wetsvoorstel, niet jaarlijks worden verhoogd met 0,6% van 2013 tot en met 2028. Naast aanpassing van de AOW wordt het Witteveenkader aangepast. De pensioenrichtleeftijd zal met ingang van 2014 naar 67 jaar gaan. Naast aanpassing van de pensioenrichtleeftijd zullen de opbouwpercentages worden aangepast. De maximale opbouwpercentages voor ouderdomspensioen wordt verlaagd van 2% naar 1,9% voor eindloonregelingen en van 2,25% naar 2,15% voor middelloonregelingen. Voor de 3^e pijler is er ook voor gekozen om de opbouwruimte aan te passen. De jaarruimte wordt gekort van 17% naar 15,5% met ingang van 2014. Ook de dotatie aan de fiscale oudedagsreserve wordt beperkt van 12% naar 10,9%.

Consequenties

Door de verschuiving van de pensioenleeftijd naar 67 jaar zullen de pensioenovereenkomsten van DGA's (geboren na 1950⁴⁶) aangepast moeten worden. De lastenneming zal worden aangepast door een verschuiving van de pensioenleeftijd die in werking treedt op 1 januari 2014. Een hogere pensioenleeftijd en het lagere opbouwpercentage leiden tot een jaarlijks lagere opbouw. De hogere pensioenleeftijd impliceert dat er langer kan worden opgebouwd en er minder lang pensioen uitgekeerd zal moeten worden. De verhoging van de pensioenleeftijd zal daarnaast zorgen voor een knip in de pensioenberekening. Verder zullen er geen directe gevolgen op de waardering van de in het verleden opgebouwde pensioenaanspraken ontstaan. Het in juli 2012 aangenomen wetsvoorstel heeft alleen invloed op de in de toekomst op te bouwen pensioenaanspraak. Dat het op te bouwen pensioen lager zal zijn in de toekomst betekent niet dat de huidige pensioenaanspraak zal worden bevroren of gedeeltelijk zal vrijvallen.

2.5.2 Huwelijk en echtscheiding

Indien de DGA in het huwelijk treedt verandert er feitelijk niet veel voor de waardering van de pensioenverplichting. Alleen in de toekomst kan er partner- en nabestaandenpensioen worden opgebouwd. Wanneer de DGA vervolgens scheidt van zijn partner heeft dit veelal wel gevolgen voor de waardering. Indien er tussen de partners geen afspraken zijn gemaakt over de in de huwelijksperiode opgebouwde pensioenrechten treedt de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (WVPS) in werking. Lange tijd was de vraag of de tijdens de huwelijksperiode opgebouwde pensioenrechten waarvan bij echtscheiding 50% dient toe te komen aan de ex-echtgenote dient te worden afgestort bij een externe verzekeraar of een bv van de ex-echtgenote. Op 9 februari 2007

⁴⁶ Voor de DGA die op 31 december 2004 de leeftijd van 55 jaar had bereikt heeft de wetgever een overgangsrecht getroffen. Concreet houdt dit overgangsrecht in dat de 55-plus DGA nog steeds gebruik mag maken van het tot 1 januari 2005 geldende regime. Dit wil zeggen dat hij nog steeds als vroegste 60 jarige pensioenleeftijd mag toepassen aangevuld met een tijdelijk ouderdomspensioen.

heeft de Hoge Raad aan deze onzekerheid een einde gemaakt. De Hoge Raad oordeelde in het arrest van 9 februari 2007⁴⁷ dat “de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de DGA zorg moet dragen voor externe verzekering van het aan de ex-echtgenoot toekomende deel van de pensioenaanspraak. Van de ex kan niet worden gevergd dat deze ten aanzien van dit pensioen afhankelijk blijft van de onderneming van de DGA, met alle risico’s die daaraan verbonden zijn”, aldus de Hoge Raad.

Indien er verevening van de aanspraak plaatsvindt zal de commerciële waarde in aanmerking worden genomen. Wanneer de waarde in het economisch verkeer wordt verevend zal rekening gehouden worden met leeftijdsterugstellingen, kostenopslagen, risico van vooroverlijden en wellicht een lagere rekenrente. Dit leidt ertoe dat de bv het risico loopt meer dan de helft van de opgebouwde pensioenvoorziening af te moeten afstorten. Ik ben het met Leene-Hoedemaeker⁴⁸ eens dat de rechtvaardigingsgrond van deze consequentie van dit arrest van de Hoge Raad niet duidelijk is. Mogelijk heeft de DGA de liquiditeiten in de onderneming geïnvesteerd of zijn deze in het geheel niet aanwezig. Wanneer de continuïteit van de bedrijfsvoering in gevaar komt kan de bv worden vrijgesteld van de afstortingsplicht, aldus de Hoge Raad in het arrest van 9 februari 2007.

Indien de DGA scheidt van zijn partner betekent dit dus niet automatisch dat 50% van de waarde toekomt aan de ex-partner. De commerciële waarde van de pensioenaanspraak zal worden verevend vervolgens zal er een nieuwe waardering van de aanspraak die toekomt aan de DGA plaats moeten vinden op actuariële grondslagen met inachtneming van de fiscale spelregels. De koopsom die wordt betaald aan een externe verzekeraar is volledig aftrekbaar van de winst. Indien de koopsom wordt betaald aan de bv van de ex moet rekening worden gehouden met het indexatiedeel. Dit deel dient geactiveerd te worden en mag ten laste van de winst worden gebracht indien de loon- en prijswijzigingen zich werkelijk voordoen, dus bij uitkering van het pensioen⁴⁹.

2.5.3 Overlijden van de DGA

Er kunnen twee situaties worden onderscheiden. De pensioengerechtigde overlijdt voor de statistische overlijdensdatum of erna. In het geval de pensioengerechtigde voor de statistische overlijdensdatum overlijdt is de waardering van de pensioenverplichting te hoog en zal deze op het moment van vooroverlijden ten gunste van de winst vrijvallen. Dit wordt ook wel vooroverlijdenswinst genoemd. Indien het pensioen wordt ondergebracht bij een professionele verzekeraar en de pensioengerechtigde voor de statistische overlijdensdatum overlijdt komt de

⁴⁷ HR 9 februari 2007, nr. R06/021, LJN: AZ2658

⁴⁸ I.E. Leene-Hoedemaeker, Afstorten pensioen in eigen beheer bij echtscheiding, VFP 2007/65

⁴⁹ HR 24 december 2010, nr. 09/03431, BNB 2011/94

overlijdenswinst toe aan de professionele verzekeraar. Dit is een reden om het pensioen niet onder te brengen bij een professionele verzekeraar.

Indien de pensioenverzekerde ouder wordt dan op basis van de statistische levensduur werd verwacht is het afhankelijk van de vermogenspositie van de pensioenverzekeraar of nog aan de pensioenverplichting kan worden voldaan. Er bestaat een kans dat er onvoldoende vermogen aanwezig is om de uitkeringen te kunnen voortzetten. Dit noemt men ook wel het langlevensrisico. Het langlevensrisico is een van de redenen om pensioen onder te brengen bij een professionele verzekeraar. Professionele verzekeraars dekken het langlevensrisico, want deze dragen de verplichting zorg te dragen voor uitkeringen tot het moment van overlijden.

De verplichting tot het uitkeren van (ouderdoms-)pensioen vervalt na het overlijden van de DGA. Het gevolg daarvan is dat de pensioenverzekeraar sterftewinst realiseert waarover vennootschapsbelasting is verschuldigd. De vrijval van de voorziening wordt mogelijk deels voorkomen, omdat in de pensioenovereenkomst is opgenomen dat de bv verplicht is zorg te dragen voor het nabestaandenpensioen. Heeft de bv deze verplichting niet dan valt alsnog de gehele voorziening vrij. Deze winst is belast in de vennootschapsbelasting (20% - 25%). De winst na vennootschapsbelasting is vervolgens belast bij verkoop/uitbetaling als winst uit aanmerkelijk belang (box 2 voor de inkomstenbelasting: 25%). De gecombineerde heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting over de overlijdenswinst bedraagt tussen de 40% en 43,75%. De pensioenovereenkomst beschrijft wat de nabestaanden krijgen in het geval de DGA overlijdt. Indien er nabestaandenpensioen dient te worden uitgekeerd is de vermogenspositie van de bv weer van belang, want indien er vermogen meer is kan niets worden uitgekeerd. Het recht op partner- en wezenpensioen wordt op grond van art. 32, tweede lid, Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) vrijgesteld van erfbelasting. De waarde van het verkregen pensioenrecht wordt gekort op de algemene vrijstelling van partners en kinderen. Dit noemt men ook wel de pensioenimputatie. De waardering van voorziening na overlijden is afhankelijk van hetgeen is opgenomen in de pensioenovereenkomst over de verplichting jegens de nabestaanden. Indien in de overeenkomst geen verplichting tot nabestaandenpensioen is opgenomen zal de voorziening vrijvallen ten gunste van de winst. Na het overlijden van de DGA zal de voorziening dus niet meer op de balans staan. Indien er wel een verplichting jegens de nabestaanden is opgenomen zal deze jaarlijkse uitkering contant weer gemaakt moeten worden aan de hand van de in de wet opgenomen actuariële grondslagen. Voor zover de voorziening hoger is dan de contante waarde van het uit te keren nabestaandenpensioen zal deze vrijvallen ten laste van de winst.

2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is de waardering van de pensioenverplichting aan de orde gekomen. De volgende deelvraag is uitgebreid uitgewerkt:

Wat zijn de fiscale spelregels voor de waardering van pensioen in eigen beheer en welke (rechts)handelingen hebben hier invloed op?

Allereerst is onderzocht wie kwalificeert als DGA en wat de positie is van de DGA in de wetgeving. Daaruit is gebleken de DGA is uitgezonderd als werknemer in de Pensioenwet. Onder een DGA wordt verstaan: iemand die direct of indirect houder is van 10% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever. Omdat de DGA niet kwalificeert als werknemer in de zin van de Pensioenwet, is deze wet niet van toepassing op de DGA die pensioen opbouwt in eigen beheer. Vervolgens zijn de voorwaarden ten aanzien van het lichaam dat optreedt als pensioenverzekeraar van de DGA aan bod gekomen. Deze voorwaarden zijn vastgelegd in art. 19a Wet LB 1964. Indien niet wordt voldaan aan de voorwaarde van art. 19a Wet LB 1964 kan de sanctiebepaling van art. 19b Wet LB 1964 in werking treden. Dit betekent dat de omkeerregel niet van toepassing is en de gehele aanspraak belast wordt en er 20% revisierente verschuldigd is op grond van art. 30i AWR. De sanctiebepalingen komen verder aan de orde in hoofdstuk 2. Alvorens in te gaan op de gevolgen van handelingen/gebeurtenissen op de waardering van de pensioenvoorziening in eigen beheer heb ik eerst kritisch gekeken naar de spelregels die gelden ten aanzien van de fiscale waardering van de pensioenvoorziening. Afhankelijk van hetgeen is opgenomen in de pensioenregeling wordt 2% (eindloon) of 2,25% (middelloon) pensioen opgebouwd over het pensioengevend loon⁵⁰. Indien sprake is van een beschikbare premiereregeling geldt dat het pensioen niet mag uitgaan boven het pensioen op basis van eindloon. Achtereenvolgens zijn de volgende onderwerpen ten aanzien van de pensioenopbouw aan de orde gekomen: het pensioengevend loon, de 100% norm, de diensttijd, de AOW-inbouw en de indexatie. Ten aanzien van de 100%-norm merk ik op dat deze jaarlijks wordt getoetst bij middel- en eindloonregelingen, maar niet bij een beschikbare premiereregeling. Bij een beschikbare premiereregeling wordt een pensioen aangekocht van het vermogen dat is ontstaan door jaarlijkse beleggingen van de beschikbare premies. De 100%-toets vindt plaats op het moment van aankoop van het pensioen. Mijns inziens dient er bij een beschikbare premiereregeling, net als bij middel- en eindloonregelingen, jaarlijks getoetst te worden of de 100% norm niet wordt overschreden. Het aan te kopen pensioen

⁵⁰ Deze percentages wijziging met ingang van 2014 door de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd

kan op basis van het vermogen jaarlijks worden berekend en zodoende kan de toets jaarlijks plaatsvinden. Het verschil in benadering vind ik opmerkelijk.

De voorperiode geldt niet als diensttijd waarin pensioen kan worden opgebouwd. Simpelweg omdat er civielrechtelijk geen sprake is van een dienstverband. Resultaten in de voorperiode worden in een later stadium wel toegerekend aan de bv. Wanneer het gaat om resultaten in de voorperiode wordt dus gekozen voor een economische benadering terwijl voor het opbouwen van pensioen in de voorperiode wordt aangesloten bij een meer juridische benadering. Ik trek dit verschil in benadering in twijfel en vind dat in beide gevallen moet worden gekozen voor een meer economische benadering zodat pensioen kan worden opgebouwd over het genoten salaris in de voorperiode.

Bij de toekenning van pensioen van de DGA moet rekening worden gehouden met het recht op AOW van een ongehuwde. De staatssecretaris heeft aangegeven dat het pensioen in eigen beheer niet mag uitgaan boven hetgeen in collectieve regelingen gangbaar is. In de ogen van de staatssecretaris wordt de AOW-inbouw voor ongehuwde gecompenseerd door elementen die in eigen beheer situaties nog wel voorkomen. Hij doelt hiermee op eindloonregelingen. Hiermee kan de DGA bij een hoog salaris voor het bereiken van de pensioenleeftijd een hoog pensioen opbouwen. Ik stel voor om bij hetgeen collectief gangbaar is aan te sluiten bij (geïndexeerde) middelloonregelingen met een franchise gebaseerd op de AOW-uitkering van een gehuwde.

Indexatie kan wel worden toegezegd in de pensioenregeling, maar voor de fiscale waardering wordt deze genegeerd op grond van art. 3.26 Wet IB 2001. Bij waardeoverdracht speelt indexatie wel een rol, omdat bij de bepaling van de overdrachtswaarde de indexatie in aanmerking genomen dient te worden. Dit wordt nader uitgewerkt in hoofdstuk 4.

Nadat de beperkingen ten aanzien van het opbouwen van pensioen aan bod zijn gekomen heb ik de fiscale waardering van de pensioenverplichting onderzocht. De waardering van de pensioenvoorziening wordt bepaald door goed koopmansgebruik op grond van art. 3.25 Wet IB 2001 en met name hetgeen is opgenomen in de artikelen 3.26 t/m 3.29 Wet IB 2001 en art. 8, zesde lid, Wet VpB 1969. De waardering dient plaats te vinden op actuariële grondslagen met een rekenrente van minstens 4%. Met leeftijdsterugstellingen en toekomstige loon- en prijswijzigingen mag fiscaal geen rekening worden gehouden. Omdat de DGA vanuit zijn aandeelhouderschap zelf de inhoud van zijn pensioenregeling kan bepalen is het mijns inziens niet vreemd dat er beperkende voorwaarden zijn opgenomen ten aanzien van de fiscale waardering van de pensioenverplichting in eigen beheer. Dit neemt niet weg dat de fiscale beperkingen tot complexe situaties kunnen leiden. In het besluit van 3 juli 2008 is bepaald dat de premie welke wordt betaald door de pensioentoezeggende vennootschap aan het pensioenlichaam een zakelijk karakter moet hebben. Dit wil zeggen dat deze in overeenstemming zijn met de tarieven van de verzekeraars en dat de premies geen elementen van vooruitbetaling bevatten. Het besluit van 3 juli 2008 heeft niet geholpen om situaties te

vereenvoudigen. Indien de pensioenverplichting in extern eigen beheer wordt gehouden dient de premie bij de overdrager te worden bepaald met in achtneming van de tarieven bij verzekeraars. Bij het ontvangende lichaam dient er echter fiscaal gewaardeerd te worden, waardoor mogelijk het verschil in rekenrente kan leiden tot activering van gedeeltes van koopsommen en winstneming bij de ontvangende lichamen (wanneer er geen sprake is van een fiscale eenheid). Het had relatief eenvoudiger geweest om zowel bij het berekenen van de pensioenverplichting als bij het berekenen van de premie of koopsom een gelijke rekenrente van bijvoorbeeld 4% in aanmerking te nemen. Voor de DGA is het van belang dat er rekening wordt gehouden met de fiscale beperkingen die gebaseerd zijn op zakelijkheid. Indien deze niet in aanmerking worden genomen bij het bepalen van de waardering leidt dit mogelijk tot afbreukrisico's. Onder afbreukrisico's versta ik in dit verband belastingheffing over de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak in de loonbelasting sfeer of niet-aftrekbaarheid van de pensioenpremies in de winstsfeer.

In paragraaf 2.5 zijn de gevolgen van rechtshandelingen op de waardering van de pensioenverplichting behandeld. De Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd heeft niet direct gevolgen voor de waardering van de pensioenverplichting. Het wetsvoorstel heeft wel invloed op de toekomstige dotaties en de op te bouwen pensioenaanspraak.

Indien de DGA gaat scheiden heeft dit wel directe gevolgen voor de hoogte van de pensioenverplichting. In dat geval komt 50% van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen toe aan de ex-partner. De commerciële waarde van deze 50% zal moeten worden afgestort bij een externe verzekeraar. Dit is alleen anders indien de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. In dat geval kan de bv worden vrijgesteld van de afstortingsplicht. De 50% pensioenaanspraak van de DGA dient op actuariële grondslagen te worden herrekend.

Als laatste is in dit hoofdstuk het overlijden van de DGA op de waardering van de pensioenverplichting aan de orde gekomen. Het overlijden van de DGA heeft directe gevolgen voor de hoogte van de pensioenverplichting. Afhankelijk van hetgeen is opgenomen in de pensioenregeling valt de gehele voorziening (indien er geen nabestaandenpensioen is toegezegd) of het gedeelte dat de verplichting jegens de nabestaanden overschrijdt vrij ten bate van de winst.

3 HET KORTEN VAN PENSIOENAANSPRAKEN EN HET ONDERSCHIED IN BEHANDELING

3.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is uitgebreid behandeld onder welke voorwaarden pensioen in eigen beheer kan worden opgebouwd en op welke wijze de pensioenverplichting fiscaal dient te worden gewaardeerd. In dit hoofdstuk wordt met name het onderscheid dat wordt gemaakt tussen het pensioen in eigen beheer en pensioen ondergebracht bij andere pensioenuitvoerders uitgewerkt. Indien een ‘verboden handeling’ in de zin van art. 19b, eerste lid, Wet LB 1964 wordt verricht kan een sanctie worden opgelegd. Eén van deze verboden handelingen is het (gedeeltelijk) prijsgeven van pensioenaanspraken in eigen beheer. Zoals in de inleiding als is uitgewerkt zijn pensioenfondsen van plan om pensioenaanspraken te korten. Ten aanzien van pensioenfondsen geldt dat zij pensioenaanspraken in beperkte mate kunnen korten zonder directe fiscale gevolgen. Voor de DGA en het eigenbeheerlichaam lijkt deze mogelijkheid zonder fiscale consequenties niet te bestaan. Indien de aanspraak (gedeeltelijk) wordt prijsgegeven leidt tot het inwerking treden van de sanctiebepaling in de Wet LB 1964⁵¹ en de AWR⁵². In dit hoofdstuk behandel ik dit onderscheid om te komen tot een antwoord op de volgende deelvraag:

Is het onderscheid dat wordt gemaakt, tussen pensioenen welke zijn ondergebracht bij pensioenfondsen en pensioenen welke worden uitgevoerd in eigen beheer, inzake het korten van pensioenen gerechtvaardigd? Zo niet, is wijziging van de fiscale regelgeving efficiënt en uitvoerbaar?

Alvorens in te gaan op het verschil in benadering bij het prijsgeven van de pensioenaanspraak tussen het pensioen in eigen beheer en het pensioen dat elders is verzekerd, zal ik het doel en de achtergrond van de sanctiebepalingen in de Wet LB 1964 uitwerken. Vervolgens onderzoek ik in paragraaf 3.3 of het verschil in benadering bij het prijsgeven van pensioenaanspraken is gerechtvaardigd én of het gewenst is om de regelgeving aan te passen. Indien ik tot deze conclusie kom dat aanpassing geboden is, zal de aanpassing worden getoetst op efficiency en uitvoerbaarheid.

3.2 Sanctie bepalingen

Een aanspraak op een zuivere pensioenregeling behoort, zoals in hoofdstuk 2 is behandeld, niet tot het loon. Latere uit de pensioenregeling voortkomende uitkeringen worden daarentegen progressief belast. Uit art. 19b, eerste lid, Wet LB 1964 volgt dat de fiscale facilitering ongedaan kan worden gemaakt. De sanctie in de Wet LB 1964 houdt in dat de aanspraak op het moment onmiddellijk

⁵¹ art. 19b Wet LB 1964 en art. 30i AWR (20% revisierente)

⁵² Hiermee bedoel ik de 20% revisierente van art. 30i AWR

vooraangaande aan het tijdstip van de verboden handeling wordt aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrekking van een werknemer of gewezen werknemer, indien deze is overleden, van de gerechtigde tot de aanspraak.

Doel en achtergrond van art. 19b Wet LB 1964

Op 1 januari 1995 is art. 11c Wet LB 1964 ingevoerd. Dit artikel is later opgevolgd door art. 19b Wet LB 1964. Indien wordt gekeken naar de parlementaire toelichting op art. 11c Wet LB 1964 is het opvallend dat de vragen vanuit het parlement voornamelijk gaan over kwesties als het uitstellen van pensioen en over de positie van de meewerkende echtgenoot/niet-DGA. Het afzien van pensioen dat centraal staat in dit hoofdstuk wordt nauwelijks behandeld.

Het doel van het oude artikel 11c, en huidige artikel 19b Wet LB 1964, komt duidelijk naar voren in de memorie van toelichting⁵³. Het artikel is bedoeld als antimisbruikbepaling.

Opvallend is verder dat in het eerste wetsvoorstel⁵⁴ niet over het prijsgeven van rechten werd gesproken, maar over ongewenste afkoop en overdracht van pensioenvoorzieningen. Het prijsgeven van pensioenaanspraken is pas later tijdens de behandeling in de Eerste Kamer onderdeel van het wetsvoorstel geworden⁵⁵. Artikel 11c Wet LB 1964 is vernummerd naar artikel 19b bij de implementatie Witteveenwetgeving. Het prijsgeven van pensioenaanspraken wordt behandeld in paragraaf 3.3 van dit hoofdstuk.

Uitwerking sanctiebepaling

De sanctie kan ten aanzien van de DGA in werking treden ingeval op enig tijdstip één van de volgende verboden handelingen worden verricht:

- a. een aanspraak ingevolge een pensioenregeling niet langer als zodanig is aan te merken (paragraaf 3.2.1);*
- b. een aanspraak ingevolge een pensioenregeling wordt afgekocht of vervreemd dan wel formeel of feitelijk voorwerp van zekerheid, anders dan ten behoeve van uitstel van betaling op grond van betaling en relatie tot pensioenen op grond van de Invorderingswet 1990 (hierna: IW 1990), wordt (paragraaf 3.2.2);*
- c. een aanspraak ingevolge een pensioenregeling waarvan als verzekeraar optreedt een eigenbeheerlichaam, zoals deze is behandeld in paragraaf 2.2, wordt prijsgegeven, behoudens voor zover de aanspraak niet voor verwezenlijking vatbaar is (paragraaf 3.3);*

⁵³ Kamerstukken II 1992/93, 23 046, nr. 3, blz. 21

⁵⁴ Kamerstukken II 1993/94, 23 046, nr. 2.

⁵⁵ Kamerstukken I 1994/95, 23 046, nrs. 79c en 79d, blz. 2

- d. de zekerheidstelling wordt beëindigd door de werknemer of de gewezen werknemer die zich op grond van art. 19a, eerste lid, onderdeel f Wet LB 1964, heeft verplicht deze zekerheid te stellen.*

In deze paragraaf ga ik alleen kort in op de onderdelen a) en b). Onderdeel c) wordt in de volgende paragraaf uitgebreid uitgewerkt, omdat er hier mogelijk onderscheid wordt gemaakt zoals wordt vermeld in de deelvraag van dit hoofdstuk. Onderdeel d) acht ik voor mijn onderzoek van gering belang, omdat het niet specifiek de DGA betreft.

Indien de sanctie wordt opgelegd wordt de waarde van de aanspraak gesteld op de bedragen die bij een derde (pensioenfonds) zouden moeten worden gestort om de aanspraak, onmiddellijk voorafgaand aan het desbetreffende tijdstip, te dekken⁵⁶. Dit betekent dat de waarde in het economische verkeer van de aanspraak bij de werknemer dan wel, indien deze is overleden, de gerechtigde tot de aanspraak wordt belast. Er kan op grond van art. 11, eerste lid g, onderdeel 3, Wet LB 1964 geen beroep worden gedaan op de stamrechtvrijstelling. Deze vrijstelling geldt voor aanspraken op periodieke uitkeringen ter vervanging van gederfd of te derven loon, mits deze aanspraak niet is ontstaan door een verboden handeling in de zin van art. 19b Wet LB 1964. Naast de heffing in de loonbelasting zal mogelijke op grond van art. 30i AWR ook 20% revisierente over de waarde in het economisch verkeer van de aanspraak in rekening worden gebracht. Deze revisierente wordt in rekening gebracht aan de pensioengerechtigde als compensatie voor het nadeel dat is geleden door het uitstel van belastingheffing. Onder omstandigheden is het mogelijk dat de revisierente lager wordt vastgesteld dan genoemde 20%⁵⁷. Het kan zijn dat de aanspraak gedeeltelijk wordt afgekocht. In dat geval dient toch de gehele aanspraak tot het loon te worden gerekend. De belaste aanspraak behoort vervolgens tot de grondslag voor de vermogensrendementsheffing van de pensioengerechtigde in box 3 van de inkomstenbelasting.

Wanneer een verboden handeling wordt begaan en/of de pensioenregeling wordt als fiscaal onzuiver gekwalificeerd valt de pensioenverplichting op de balans van het pensioenlichaam mogelijk vrij ten gunste van de winst.

Het afzien van pensioen kan leiden tot een vrijval van de pensioenvoorziening ten bate van de belastbare winst die wordt belast met vennootschapsbelasting. Ook kan er sprake zijn van een informele kapitaalstorting van de DGA. De staatssecretaris heeft zijn visie hierover weergegeven in de parlementaire behandeling⁵⁸. Indien de aanspraak bij afzien wordt belast, is sprake van een informele kapitaalstorting. Wanneer er in dat geval daadwerkelijk faillissement/liquidatie volgt kan

⁵⁶ Art. 3.12, eerste lid, Uitv. Reg. Wet LB 2011

⁵⁷ Belastingplichtige kan verzoeken om een lager bedrag aan revisierente ingeval de aanspraak is bedongen minder dan tien jaren voor het jaar waarin de aanspraak tot het loon wordt gerekend. Hierbij dient de belastingplichtige aannemelijk te maken dat het bedrag lager dient te zijn dan de in rekening gebrachte 20%.

⁵⁸ Kamerstukken I 1994/95, 23 046, nr. 79d, blz. 2

de DGA op grond van art. 4.53 Wet IB 2001 een belastingkorting van 25% van het nog niet verrekende verlies uit aanmerkelijk belang in aanmerking nemen. Als pleister op de wonden is de schade die belastingplichtige in dat geval leidt (52% loonheffing + 20% revisierente -25% belastingkorting) per saldo 47% van de waarde van de prijsgegeven pensioenen.

Naast de sanctiebepaling in de loonbelasting kent de vennootschapsbelasting de strafheffing van art. 23a Wet VpB 1969. In dit artikel is opgenomen dat de verschuldigde belasting van het lichaam met 52% wordt vermeerderd indien de sanctiebepaling van art. 19b, eerste lid, Wet LB 1964 toepassing vindt én de loonheffing niet kan worden verhaald. Als gevolg van de in art. 36a IW 1990 opgenomen hoofdelijke aansprakelijkheid zijn bestuurders van eigenbeheerlichamen aansprakelijk voor deze vennootschapsbelastingsschuld. Deze strafheffing in de vennootschapsbelasting is niet van toepassing indien de sanctie in de loonbelasting wordt opgelegd aan een binnenlands belastingplichtige die aan de inkomstenbelasting is onderworpen. In deze scriptie zal ik artikel 23a van de vennootschapsbelasting verder buiten beschouwing laten, omdat deze met name verband houdt met emigratie van bv's en met buitenlands belastingplichtigen.

3.2.1 Fiscaal onzuivere pensioenregeling

De onzuiverheid van de pensioenregeling is meestal gelegen in de toezegging van een te hoog pensioen. Ook kan het zijn dat de pensioenverplichting naar het buitenland wordt overgebracht. Dit is in strijd met de wettelijke vereisten dus is er sprake van een verboden handeling.

Voordat een inhoudingsplichtig eigenbeheerlichaam een pensioenregeling invoert kan deze de inspecteur verzoeken of een regeling als een fiscaal zuivere pensioenregeling is aan te merken, zie art. 18, derde lid, Wet LB 1964. De inspecteur beslist op het verzoek bij voor bezwaar vatbare beschikking. Hiertegen kan bezwaar worden aangetekend. Indien na bezwaar onherroepelijk komt vast te staan dat de pensioenregeling fiscaal onzuiver is kan de regeling niet met terugwerkende kracht worden aangepast met behulp van een glijclausule. Deze mogelijkheid bestaat wel voor pensioenen van werknemers die niet geheel of gedeeltelijk in eigen beheer worden opgebouwd. Anders is dit indien achteraf blijkt dat de pensioenregeling onzuiver is. Een onzuivere pensioenregeling bevat elementen die niet in overeenstemming zijn met de wettelijke vereisten, zoals deze zijn behandeld in hoofdstuk 2. In het arrest van 24 februari 1988⁵⁹ heeft de Hoge Raad beslist dat indien achteraf blijkt dat een pensioenregeling onzuiver is er niet met een glijclausule kan worden bewerkstelligd dat de belastbaarheid met terugwerkende kracht ongedaan kan worden gemaakt. Onder voorwaarden is het toegestaan het pensioen te splitsen in een fiscaal zuiver en een onzuiver/bovenmatig deel. Als voorwaarde voor deze splitsing geldt dat de inhoudingsplichtige voor

⁵⁹ HR 24 februari 1988, nr. 23/776, BNB 1988/202

de loonbelasting, het eigenbeheerlichaam dat het pensioen verzekert, de inspecteur moet verzoeken vast te stellen welk deel van de pensioenaanspraak binnen de fiscale begrenzings blijft. Uiterlijk op het moment dat het pensioen onzuiver/bovenmatig wordt moet dit verzoek zijn gedaan. Indien het verzoek niet tijdig is ingediend, is het niet toegestaan de aanspraak te splitsen.

Een bovenmatige en dus een gedeeltelijk onzakelijke voorziening kan ontstaan door het in aanmerking nemen van onzakelijke componenten bij het maken van de jaarlijkse berekening van de dotatie. Een voorbeeld is het in aanmerking nemen van een te lage rekenrente of het toepassen van leeftijdsterugstellingen op de meest recente sterftetafel. Het in aanmerking nemen van een te hoge dotatie leidt tot een gedeeltelijk onzakelijke voorziening op de balans.

Wanneer er wordt gesplitst valt de waarde van het bovenmatige deel vrij ten gunste van de winst. De inspecteur kan dit bovenmatige gedeelte corrigeren door middel van een navorderingsaanslag, mits wordt voldaan aan de voorwaarden van art. 16 AWR. Tevens is er sprake van een uitdeling van winst waarover dividendbelasting is verschuldigd. Deze uitdeling wordt daarnaast belast met 25% aanmerkelijkbelangheffing⁶⁰ bij de DGA. De dividendbelasting van 15% wordt als voorbelasting⁶¹ in aftrek gebracht.

Wanneer blijkt dat ten onrechte geen loonbelasting is ingehouden ten aanzien van een aanspraak op een onzuivere pensioenregeling, heeft de inspecteur de mogelijkheid om binnen 5 jaar (art. 20, tweede lid, AWR) een naheffingsaanslag op te leggen bij de inhoudingsplichtige. Daarnaast kan de inspecteur een navorderingsaanslag inkomstenbelasting opleggen. Indien er geen sprake is van kwade trouw heeft de inspecteur voor het opleggen van een navorderingsaanslag een nieuw feit nodig (art. 16 AWR).

3.2.2 Het afkopen of vervreemden van de pensioenaanspraak of deze feitelijk voorwerp van zekerheid maken

Afkopen, vervreemden en het formeel of feitelijk voorwerp van zekerheid maken zijn door de wetgever nadrukkelijk als verboden handelingen bestempeld. Uitzondering op de regel in art. 19b, eerste lid, onderdeel b, Wet LB 1964 is dat de sanctie niet in werking treedt indien de pensioenregeling feitelijk voorwerp van zekerheid wordt ten behoeve van uitstel van betaling dat op grond van art. 25, vijfde lid, IW 1990 is verleend. Dit betreft uitstel van betaling door het opleggen van een conserverende aanslag bij emigratie van de pensioengerechtigde.

Een praktijkvoorbeeld van het 'feitelijk voorwerp van zekerheid maken' is gegeven in de uitspraak van 9 oktober 2009 van Hof 's-Gravenhage⁶². Belanghebbende leende geld van zijn stamrecht bv. De

⁶⁰ Art. 2.12 Wet IB 2001 en art. 4.12 Wet IB 2001,

⁶¹ Art. 5 Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB 1965); art. 9.2, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 2001

⁶² Hof 's-Gravenhage 9 oktober 2009, nr. BK09-00011, V-N 2010/37.12

Belastingdienst heeft belanghebbende destijds meegedeeld dat hij mocht lenen van zijn bv, mits hij zekerheid stelt. Belanghebbende heeft in een eerder stadium na zijn ontslag een ontslagvergoeding ontvangen waarvoor hij een stamrecht heeft bedongen bij de stamrecht bv. Deze pensioenverzekering stelt hij als zekerheid voor de aflossing van de lening. De inspecteur telt de waarde van de pensioenverzekering, op grond van art. 19, eerste lid, onderdeel b, Wet LB 1964, op bij het belastbaar inkomen van X en brengt daarnaast revisierente in rekening. Hof 's-Gravenhage oordeelt dat niet is gebleken dat de overeenkomst van geldlening nietig. Niet van belang is dat er geen mogelijkheid is tot vervroegde uitkering of afkoop van de pensioenregeling. De waarde van de pensioenverzekering moet tot het loon uit vroegere dienstbetrekking worden gerekend.

Het voorwerp van zekerheid maken van een pensioenaanspraak is door de wetgever nadrukkelijk tot een niet-gewenste handeling bestempeld. In elke pensioenregeling dient ook te worden vastgelegd dat deze niet voorwerp van zekerheid mag worden gemaakt. Bovenstaande uitspraak is, gezien de wet, niet vreemd. Ik ben wel van mening, evenals Stevens en Schuurman⁶³, dat het op de weg van de wetgever had gelegen om in gevallen waarin geen sprake is van oneigenlijk gebruik, een tegenbewijsregeling voor belastingplichtige in te bouwen.

Afkoop en het vervreemden van de pensioenaanspraak is een verboden handeling. Ook in de zin van de Pensioenwet. Op grond van art. 19b, tweede lid, Wet LB 1964 treedt de sanctie niet in werking ingeval de aanspraak wordt overgedragen aan een pensioenverzekeraar als bedoeld in art. 19a, eerste lid, onderdelen a, b, d, e of f e Wet LB 1964 deze overdracht niet in strijd komt met de artikelen 70 t/m 91 van de Pensioenwet. Hieruit vloeit voort dat de sanctie met name in werking treedt bij het afkopen of vervreemden van pensioenaanspraken in internationaal verband of aan een eigenbeheerlichaam dat niet kan kwalificeren als eigenbeheerlichaam, zoals is behandeld in paragraaf 2.2. Dit speelde onder andere in de uitspraak van Rechtbank Haarlem op 14 juni 2007⁶⁴. Indien het pensioen wordt overgedragen aan een niet kwalificerende pensioenverzekeraar wordt de gehele aanspraak belast. Dit is al eerder behandeld in hoofdstuk 2. Aangezien ik de internationale aspecten in deze scriptie buiten beschouwing laat, zal in dit hoofdstuk niet verder worden ingegaan op het afkopen of vervreemden van de pensioenaanspraak. In hoofdstuk 4 komt de waardeoverdracht van pensioenen in eigen beheer en de bijbehorende fiscale consequenties aan de orde. In de volgende paragraaf wordt de sanctiebepaling van art. 19b, eerste lid, onderdeel c, Wet LB 1964 behandeld.

3.3 Het korten/prijsgeven van een pensioenaanspraak

⁶³ L.G.M. Stevens en B.G.J. Schuurman, Pensioen in de loonsfeer, FED, 2008, blz. 343-345

⁶⁴ Rechtbank Arnhem 14 juni 2007, nr. AWB 06/3792, V-N 2008/3.15

Zoals in de inleiding van deze scriptie naar voren is gekomen hebben diverse pensioenfondsen maatregelen aangekondigd. Pensioenaanspraken van pensioengerechtigden zullen worden gekort. Dit is een onvermijdelijk gevolg van de economische crisis en de daarmee gepaard gaande slechte rendementen. Pensioenfondsen of erkende verzekeraars kunnen pensioenaanspraken van werknemers zonder fiscale gevolgen korten. Een eigenbeheerverzekeraar krijgt bij het gedeeltelijk afzien van rechten, behoudens enkele situaties die later in dit hoofdstuk zullen worden uitgewerkt, te maken met art. 19b, eerste lid, sub c Wet LB 1964. Dit onderscheid wordt in dit hoofdstuk nader onderzocht.

Allereerst zal ik ingaan op het korten van pensioenaanspraken van werknemers, van wie het pensioen in ondergebracht bij erkende verzekeraars. Vervolgens wordt de werking van art. 19b, eerste lid, sub c Wet LB 1964 uitgewerkt. Daarna zal ik het korten van pensioenaanspraken in eigen beheer behandelen. Ik zal onderzoeken of het onderscheid dat wordt gemaakt tussen pensioenfondsen en eigenbeheerlichamen te rechtvaardigen valt of dat dit onderscheid in mijn ogen niet dient te worden gemaakt.

3.3.1 Kortten van pensioen ondergebracht bij pensioenfondsen

Diverse pensioenfondsen, onder andere de grootste van Nederland het ABP⁶⁵, hebben begin 2012 aangekondigd de pensioenaanspraak te zullen moeten gaan verminderen indien de financiële positie van het fonds niet voldoende verbeterd. Verminderen is de officiële term, zoals deze wordt gebruikt in art. 134 van de Pensioenwet. Het verminderen van de pensioenaanspraak wordt ook wel korten of afstempelen genoemd. Uiteraard is dit vervelend voor werknemers van wie hun pensioen is ondergebracht bij pensioenfondsen die pensioenaanspraken gaan korten. Daarnaast kan het korten ook voor gepensioneerden directe financiële gevolgen hebben⁶⁶. De vraag in het kader van dit hoofdstuk is in hoeverre deze korting, op de pensioenen van werknemers in de zin van Pensioenwet, fiscale consequenties heeft.

De sanctiebepaling in art. 19b Wet LB 1964 is ruim opgezet. Het begrip afkoop is niet gedefinieerd in de wet op de loonbelasting, maar gezien de ruime opzet van het artikel kan het korten van pensioen onder het begrip afkoop vallen. Art. 134 van de Pensioenwet bevat voorwaarden ten aanzien van de dekking van het eigen vermogen van pensioenfondsen, het tijdstip van informeren van pensioengerechtigde en het moment waarop de vermindering wordt doorgevoerd. Art. 134 van de Pensioenwet luidt als volgt:

⁶⁵ Elsevier, ambtenarenfonds ABP kort pensioenen met 0,5 procent, <http://www.elsevier.nl/web/Nieuws/Economie/329429/Ambtenarenfonds-ABP-kort-pensioenen-met-05-procent.htm>

⁶⁶ Voor een uitwerking van deze gevolgen verwijs ik naar het artikel van C.A.H. van Luijken, Kortening pensioenaanspraken, welke fiscale problemen kan dit gaan opleveren?, NTFR 2010/43

1. *Een pensioenfonds kan verworven pensioenaanspraken en pensioenrechten uitsluitend verminderen indien:*
 - a. *de technische voorzieningen en het minimaal vereist vermogen niet meer volledig door waarden zijn gedekt;*
 - b. *het pensioenfonds niet in staat is binnen een redelijke termijn de technische voorzieningen en het minimaal vereist eigen vermogen door waarden te dekken zonder dat de belangen van deelnemers, gewezen deelnemers, pensioengerechtigden, andere aanspraakgerechtigden of de werkgever onevenredig worden geschaad; en*
 - c. *alle overige beschikbare sturingsmiddelen, met uitzondering van het beleggingsbeleid, zijn ingezet zoals uitgewerkt in het kortetermijnherstelplan, bedoeld in artikel 140.*
2. *Een pensioenfonds informeert de deelnemers, gewezen deelnemers, pensioengerechtigden en de werkgever schriftelijk over het besluit tot vermindering van pensioenaanspraken en pensioenrechten.*
3. *De vermindering, bedoeld in het eerste lid, kan op zijn vroegst een maand nadat de deelnemers, gewezen deelnemers, pensioengerechtigden, werkgever en toezichthouder hierover geïnformeerd zijn, worden gerealiseerd.*

In art. 19b, vijfde lid, Wet LB 1964 is bepaald dat de fiscale sanctie niet van toepassing is in geval van vermindering van aanspraken als bedoeld in art. 134 van de Pensioenwet. Ten aanzien van pensioenfondsen geldt zij op grond van art. 5, eerste lid, Wet VpB 1969 subjectief zijn vrijgesteld voor de heffing van vennootschapsbelasting. Bij het pensioenfonds ontstaat dus evenmin een belastbaar feit.

In de reactie van de regering⁶⁷ op het Groenboek pensioenen van de Europese Commissie is opgenomen dat pensioenfondsen niet failliet kunnen gaan, omdat de risico's kunnen worden doorgegeven aan de deelnemers. Wanneer sprake is van een dekkingstekort kan het pensioenfonds de herstelplannen met maatregelen uitspreiden over een langere tijd. Instrumenten als het verhogen van de pensioenpremie, het achterwege laten van indexatie of het korten van pensioenaanspraken of uitkeringen kunnen worden ingezet. Het pensioenreglement dat door het pensioenfonds wordt opgesteld dient op grond van art. 35, tweede lid, sub c PW de kortingsregel, zoals is bedoeld in art. 134 PW, te bevatten. Het reglement valt niet onder de stukken die op grond van art. 48, eerste lid PW begrijpelijk (voor de pensioengerechtigde) moeten worden geformuleerd. Het reglement is een technisch stuk dat juridisch juist moet zijn. Dit doel is niet altijd te bereiken met voor een leek

⁶⁷ Reactie van 11 oktober 2010, 2513AA22, bijlage bij brief aan de Eerste en Tweede kamer, www.eerstekamer.nl/eu/.../20101011/brief_met...=/vijcjw8ejhvn.pdf

begrijpelijke woorden. Ik ben het met Akkermans⁶⁸ eens dat te ver gaat om te concluderen dat een besluit om pensioen(aanspraken) te korten, in strijd is met de pensioenovereenkomst, omdat de pensioengerechtigde niet expliciet is meegedeeld dat korting tot de mogelijkheden behoorde. Wel pleit ik in navolging van Akkermans voor meer duidelijkheid in de toekomstige pensioenovereenkomsten. In de huidige Pensioenwet is te weinig aandacht besteed aan het korten van pensioen. In de Pensioenwet dient te worden opgenomen dat het pensioenfonds niet failliet kan gaan en het pensioenfonds maatregelen kan treffen in herstelplannen. Deze maatregelen kunnen bestaan uit het:

- verhogen van de pensioenpremie;
- achterwege laten van de toegezegde indexatie van de pensioenaanspraken;
- verminderen van pensioenaanspraken.

Zodoende wordt het verminderen van pensioenfonds een volwaardig sturingselement met een plaats in de Pensioenwet. In navolging op deze aanpassing in de Pensioenwet dient te worden opgenomen dat bovenstaande mogelijkheden van pensioenfonds in iedere pensioenovereenkomst expliciet dienen te worden vermeld. Dit zou kunnen worden opgenomen in het eerder behandelde art. 35 PW.

Verder merk ik op dat het eventuele toekomstige herstel van pensioenaanspraken welke zijn ondergebracht bij pensioenfonds ook wellicht vraagt om aanpassing van de wet. Omdat het verminderen van de pensioenaanspraak centraal staat in deze paragraaf verwijs ik naar het artikel van Heemskerk en Röder⁶⁹ waarin deze problematiek wordt behandeld.

3.3.2 Het korten van pensioen in eigen beheer

Op grond van art. 19b, eerste lid, sub c Wet LB 1964 is loonheffing verschuldigd over de waarde van de gehele pensioenaanspraak indien de DGA voor verwezenlijking vatbare pensioenrechten prijsgeeft. De aanslag wordt op grond van art. 30i AWR verhoogd met 20% revisierente. De waarde van de aanspraak wordt op grond van 3.12, eerste lid, Uitv. reg. Wet LB 2011 gesteld op het bedrag van de koopsom dat men voor alle aanspraken zou moeten afstorten bij een verzekeringsmaatschappij. Omdat fiscale rekenregels moeten worden gehanteerd bij de balanswaardering zal het bedrag van de sanctie hoger zijn dan de balanswaarde van de pensioenvoorziening.

⁶⁸ P.J.M. Akkermans, Kortten, afstempelen, versoberen, verminderen: de 'kleine lettertjes' onder de loep, Pensioen Magazine 2011, 22

⁶⁹ E.J. Heemskerk en S.J. Röder, Herstel van korting vraagt om herstel van de wet?, Pensioenmagazine 2011, 25

In het besluit van 22 april 2004⁷⁰ laat de staatssecretaris van Financiën zich voor het eerst uit over het prijsgeven van pensioenrechten. De staatssecretaris besteed aandacht aan de situatie waarin een DGA door middel van schuldsanering deels afziet van het pensioen in eigen beheer. Volgens de staatssecretaris ontstaat een belastbaar feit als het voor verwezenlijking vatbare deel van het pensioen wordt prijsgegeven. In die situatie is er slechts een belastbaar bedrag ter grootte van de waarde van het voor verwezenlijking vatbare deel. Dit is anders dan de tekst van art. 19b Wet LB 1964 doet vermoeden.

Het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen (CAP) van de Belastingdienst heeft het standpunt van de staatssecretaris in 2009 herhaald⁷¹. Ingeval van faillissement, surseance van betaling of schuldsanering is er sprake van een situatie waarin de financiële middelen van het lichaam niet toereikend zijn. Indien het lichaam niet in die status verkeert, dient de uitkering te worden voortgezet zolang het lichaam daar nog voldoende middelen voor bezit. Hierbij verwijst het CAP ter onderbouwing naar een uitspraak van Hof Amsterdam⁷².

Met de huidige economische tegenspoed is de situatie denkbaar dat ondernemingen slecht draaien en banken steeds minder bereid zijn deze ondernemingen te financieren. De Pensioen bv heeft een negatief eigen vermogen en de pensioenverplichting drukt zwaar op de vermogenspositie. In deze situatie is het niet mogelijk om onbelast (deels) af te zien van pensioen. De staatssecretaris heeft in een brief⁷³ aan de Tweede Kamer laten weten dat bij onderdekking bij een eigenbeheerverzekeraar alleen fiscaal gefacilieerd (deels) kan worden afgezien in het kader van surseance van betaling, schuldsanering of faillissement. Verzoeken om artikel 19b Wet LB 1964 buiten toepassing te laten bij pensioenverlagingen in situaties van onderdekking worden door de Belastingdienst afgewezen. Verder geeft de staatssecretaris aan in zijn brief dat verzoeken om de hardheidsclausule (art. 63 AWR) om dezelfde redenen zullen worden afgewezen.

Afzien van pensioen is toegestaan wanneer de onderneming failliet gaat. Pogingen van de DGA om de onderneming te redden voor faillissement of schuldsanering door af te zien van pensioen zijn niet toegestaan. Volgens Weishaupt en Staats⁷⁴ is de achterliggende gedachte achter deze stringente uitleg van de sanctiebepaling kennelijk dat het lichaam jarenlang een aftrekpost heeft opgevoerd, de pensioenvoorziening in eigen beheer is ondergebracht én er door het afzien geen belastingheffing tegenover deze aftrek staat.

⁷⁰ Besluit van 22 april 2004, nr. CPP2003/2794, onderdeel 14 (dit besluit is inmiddels vervallen)

⁷¹ CAP: Vraag & Antwoord 11 februari 2009, 08-078 & 08-079

⁷² Hof Amsterdam, 27 november 2000, V-N 2001/19.23

⁷³ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 februari 2001, nr. DGB/2010/0838 U

⁷⁴ P.F.H. Weishaupt & G.M.C.M. Staats, De kronkel van art. 19 b Wet LB 1964: Hoe kun je afzien van wat er niet is?, PensioenMagazine 2012,6

Vet⁷⁵ beschrijft in zijn artikel als reactie op het artikel van Weishaupt en Staats dat art. 19b Wet LB 1964 is bedoeld om te voorkomen dat de DGA te lichtzinnig omgaat met zijn in eigen beheer gehouden pensioen. Zij geven verder aan dat de “mogelijkheden zonder draconische heffing van het pensioen in eigen beheer te kunnen afzien, niet langer van deze tijd is”. Vet geeft aan dat “het in strijd is met de pensioengedachte, om naar eigen believen pensioengelden in de onderneming te verbrassen en dat hiervoor art. 19b dient. De wetgever heeft een zware sanctie gezet op oneigenlijk gebruik van de faciliteit om in eigen beheer pensioen te mogen opbouwen”. Hij bedoelt hier mijns inziens te zeggen dat de bv een keiharde toezegging heeft gedaan aan de DGA om deze te voorzien van inkomen voor de oude dag. De bv zal deze verplichting zoveel mogelijk waar moeten maken. Dit wil zeggen dat er moet worden uitgekeerd zolang er vermogen aanwezig is in de bv. Dat de DGA de balans van de bv op wil poetsen door af te zien van pensioen, wordt simpelweg niet getolereerd. Ik deel de mening van Vet. Door het fiscale voordeel⁷⁶ dat jaren geleden kon worden behaald hebben veel DGA's besloten pensioen in eigen beheer op gaan bouwen. Dit heeft geleid tot toezeggingen van de bv's aan de DGA's. De kans dat een onafhankelijke derde een dergelijke toezegging prijsgeeft is onwaarschijnlijk. Dat de bv feitelijk geen geld reserveert ter dekking van de pensioenaanspraken is een onacceptabel gevolg van het oneigenlijk gebruik van de pensioengelden. Dat hiervoor een antimisbruikbepaling in het leven is geroepen lijkt mij niet onredelijk. De achterliggende gedachte van art. 19b, eerste lid, onderdeel c Wet 1964 acht ik om die reden begrijpelijk. In het navolgende gedeelte van deze paragraaf behandel ik enkele uitspraken.

3.3.3 Jurisprudentie

Weinig belastingplichtigen zullen het risico willen lopen de sanctiebepaling van art. 19b Wet LB 1964 opgelegd te krijgen. Dit is waarschijnlijk ook de reden dat er relatief weinig jurisprudentie is over de sanctiebepaling.

Hof Amsterdam besteedde in 2000⁷⁷ aandacht aan de wettelijke mogelijkheden om onbelast af te zien van pensioen in eigen beheer. Uit deze uitspraak kan worden opgemaakt dat onbelast afzien van pensioen in eigen beheer mogelijk is bij dwingende maatschappelijke redenen, zoals schuldsanering, faillissement of surseance van betaling. De DGA wilde afzien van zijn pensioen in eigen beheer om de verkoop van zijn aandelen mogelijk te maken. Het hof oordeelde dat de aanspraak moest worden belast.

⁷⁵ L.J.C. Vet, De kronkel van art. 19b Wet LB 1964, PensioenMagazine 2012,64

⁷⁶ Door met name de hogere vennootschapsbelastingtarieven in de jaren voor 2007 was de dotatie aan de voorziening aftrekbaar tegen 29,6% (in 2006 en 31,5% in 2005) daarnaast werd door de lagere winst aanmerkelijkbelangheffing van 25% bespaard. De dotatie werd zodoende gecombineerd tegen een hoger tarief aftrekbaar dan dat de uitkering in de toekomst zou worden belast.

⁷⁷ Hof Amsterdam, 27 november 2000, V-N 2001/19.23

Hof Leeuwarden oordeelde in een uitspraak op 4 mei 2007⁷⁸ dat het in de bv aanwezige stamrecht van de DGA in wezen was afgekocht, omdat de rekening-courantschuld van de DGA aan zijn bv fors was opgelopen én dat de DGA niet meer in staat was om deze schuld aan te zuiveren. Ook in deze zaak werd de aanspraak belast als inkomen uit arbeid.

Hof Den Haag bevestigde op 26 januari 2010⁷⁹ min of meer de uitspraak van Hof Amsterdam uit 2000. Belanghebbende achtte de slechte financiële positie van zijn vennootschap een zakelijke overweging om onbelast af te zien van zijn pensioen. Volgens het hof is dit mogelijk wel een zakelijke overweging, maar nog geen dwingend maatschappelijke reden. Bij de overweging heeft volgens het hof het aandeelhoudersbelang voorop gestaan en niet het werknemersbelang. Uit de feiten kon niet worden afgeleid dat de aanspraak niet voor verwezenlijking vatbaar was.

Ten slotte een laatste uitspraak waarin ook Hof Den Bosch⁸⁰ concludeerde dat het pensioen in eigen beheer was afgekocht. De DGA had in deze zaak vrijwel het gehele banktegoed (€ 311.000 van € 318.262) opgenomen. Uit de feiten bleek dat geen sprake was van een geldlening aan de DGA waardoor het pensioen feitelijk was afgekocht, aldus het hof.

Uit bovenstaande uitspraken blijkt dat in de jurisprudentie wordt vastgehouden aan de stringente uitleg van een dwingend maatschappelijke reden. Mijns inziens is dit geen onredelijk gevolg indien wordt gekeken naar de achtergrond van de sanctiebepaling. Een onafhankelijke werknemer zonder belangen in de onderneming zal er niet snel in berusten indien zijn baas hem verteld dat zijn pensioenaanspraken worden gekort om de onderneming draaiende te houden. Een redelijk denkend persoon - waar wij in economische studies vanuit gaan - zal zijn aanspraak op pensioen niet prijsgeven indien hij weet dat deze aanspraak wel betaald kan worden, maar niet betaald wordt om de onderneming te redden. Wanneer er werkelijk niet betaald kan worden, omdat de onderneming in schuldsanering, faillissement of surseance van betaling verkeerd, is dit een ander geval. Een onafhankelijke werknemer zal er in dat geval in moeten berusten dat hij zijn aanspraak op pensioen (gedeeltelijk) moet prijsgeven, omdat het geld er simpelweg niet is.

Ik ben het eens met bovenstaande jurisprudentie dat een aanspraak van een DGA alleen onbelast moet kunnen worden prijsgegeven indien de aanspraak "niet voor verwezenlijking vatbaar is" of er sprake is van een "dwingend maatschappelijke reden". In dat geval zal namelijk een onafhankelijke werknemer ook accepteren dat zijn aanspraak op pensioen zal worden gekort. De aandeelhouder moet worden gezien als een onafhankelijke werknemer die niet gebaat is bij een eventuele korting van zijn pensioenaanspraak. Dit betekent dat de aandeelhouder, als zijnde bestuurder, het besluit kan nemen om de pensioenaanspraak te korten indien deze niet voor verwezenlijking vatbaar is. De

⁷⁸ Hof Leeuwarden, 4 mei 2007, V-N 2007/40.17

⁷⁹ Hof Den Haag, 26 januari 2010, V-N 2011/25.18.9

⁸⁰ Hof Den Bosch, 18 februari 2011, LJN BQ3646, NTFR 2011/1136

pensioenaanspraak is “niet voor verwezenlijking vatbaar” indien het eigenbeheerlichaam in faillissement, surseance van betaling of schuldsanering verkeert.

3.4 De (on)rechtvaardigheid van het onderscheid

Door onderdekking kunnen pensioenfondsen pensioenaanspraken van werknemers korten. Eigenbeheerlichamen kunnen pensioenaanspraken van DGA's alleen korten om zakelijke redenen, zoals faillissement, surseance van betaling of schuldsanering. Zoals ik in de voorgaande paragrafen heb behandeld acht ik de uitkomst van de jurisprudentie gezien de achterliggende gedachte van de sanctiebepaling niet onredelijk. Daarbij is met name het aandeelhoudersbelang versus het werknemersbelang een doorslaggevende factor. Maar wat nu indien, net als bij het pensioenfonds, sprake is van onderdekking bij het eigenbeheerlichaam én dit dekkingstekort puur is ontstaan door tegenvallende rendementen. Moet de DGA in dergelijke situaties ook niet in de gelegenheid worden gesteld om onbelast een gedeelte van zijn pensioenaanspraak prijs te geven? Om de rechtvaardiging van het verschil in behandeling te onderzoeken zal ik in deze paragraaf deze vraag proberen te beantwoorden.

3.4.1 *De (on)rechtvaardigheid*

In feite draait het om het begrip “niet voor verwezenlijking vatbaar” zoals dit is opgenomen in art. 19b Wet LB 1964 en de interpretatie van het begrip in de jurisprudentie. Eerder heb ik aangegeven het eens te zijn met de invulling ervan in de rechtspraak. Er moet sprake zijn van een dwingende maatschappelijke reden.

De rechtvaardigingsgrond voor het opnemen van de sanctiebepaling in de Wet LB 1964 is mijns inziens dat de DGA niet te lichtzinnig omgaat met pensioengelden. Indien als gevolg van deze handelingen geen pensioen kan worden uitgekeerd dient de gehele aanspraak te worden belast. In dat geval is het verschil in benadering gerechtvaardigd. Maar indien er geen sprake is van feitelijk oneigenlijk gebruik van de pensioengelden, dit wil zeggen dat de onderdekking in het eigenbeheerlichaam puur is ontstaan door tegenvallende rendementen, is de situatie van het eigenbeheerlichaam feitelijk gelijk aan die van pensioenfondsen. In de huidige financiële wereld zijn tegenvallende beleggingsresultaten niet ondenkbaar. Indien beleggingsresultaten tegenvallen en de pensioengelden de voorziening niet dekken, kan er niet oneigenlijk worden gehandeld met het niet gedekte gedeelte van de pensioengelden.

Wanneer er geen sprake is van oneigenlijk gebruik én de bv en de DGA zijn getroffen door economische omstandigheden is het verschil in benadering naar mijn mening niet gerechtvaardigd. Ik pleit voor een oplossing om het verschil in benadering op te heffen. De DGA moet - indien er sprake is van slechte beleggingsresultaten en er geen oneigenlijke handelingen zijn verricht - de

mogelijkheid worden geboden om zonder belastingheffing een gedeelte van de pensioenaanspraak prijs te geven. Ik ben dus, evenals Jimmink⁸¹ en Kastelein⁸², van mening dat het wenselijk is een algemeen besluit te ontwikkelen waarin wordt goedgekeurd dat onder omstandigheden pensioenaanspraken van DGA's voorwaardelijk kunnen worden prijsgegeven. Om te bepalen bij welk tekort het pensioenlichaam mag overgaan tot een voorwaardelijke korting moet de goedkeuring een hanteerbare toets te bevatten. Aangezien de staatssecretaris van Financiën⁸³ een andere mening is toegedaan zal deze goedkeuring er niet snel komen. Daarom moet gezocht worden naar een andere oplossing. Er kan worden gedacht aan een tegenbewijsregeling – die inhoudt dat door de korting de pensioentoezegging zakelijk blijft – in combinatie met een (mogelijk tijdelijke) afstempeling. Deze mogelijkheid onderzoek ik in de navolgende paragrafen.

Als alternatief voor een dergelijke regeling merk ik op dat de werkgever⁸⁴ de pensioentoezegging in kan trekken en vervolgens geen pensioen meer opbouwt. Een aantal jaren later indien het weer beter gaat met de onderneming of beleggingen kan een nieuwe pensioentoezegging worden gedaan. In dat geval kan over de verstreken jaren waarin geen pensioen is opgebouwd, alsnog pensioen worden toegezegd, zie art. 18g, eerste lid Wet LB 1964 en art. 10a, derde lid, Uitv. besl. LB 1965.

3.4.2 De efficiëntie

Nu ik het verschil in benadering tussen het pensioenfonds en het eigenbeheerlichaam niet rechtvaardig acht, onderzoek ik in deze paragraaf of een tegenbewijsregeling of een afstempeling met een tijdelijk karakter efficiënte oplossingen zijn.

Om een DGA zijn pensioenaanspraak gedeeltelijk onbelast te laten prijsgeven zonder dat de sanctiebepaling wordt opgelegd, kan in art. 19b Wet LB 1964 een tegenbewijsregeling worden opgenomen. Deze tegenbewijsregeling dient te bevatten dat indien zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan het prijsgeven van de pensioenaanspraak, de sanctiebepaling geen toepassing vindt. Belastingplichtige dient daarbij aannemelijk te maken dat de pensioenaanspraak niet geheel voor verwezenlijking vatbaar is door slechte beleggingsresultaten. Het verschil in benadering tussen het pensioenfonds en het eigenbeheerlichaam kan worden weggenomen door een tegenbewijsregeling. Een tegenbewijsregeling, zoals we die bijvoorbeeld kennen in art. 14 Wet VpB (bedrijfsfusie), acht ik daarom efficiënt.

⁸¹ A.G. Jimmink, kredietcrisis: afzien voor de dga (?), Pensioen Actief 2009/1

⁸² M.E. Kastelein, prijsgeven van pensioen door de dga, Pensioen Actief 2009/4

⁸³ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 februari 2001, nr. DGB/2010/0838 U

⁸⁴ De pensioen toezeggende bv en dus feitelijk de DGA zelf

Zoals Staats en Weishaupt aangeven⁸⁵ kan de regeling ook worden vormgegeven met een tijdelijk karakter. Zij geven aan dat het pensioen na afstempeling weer verhoogd kan worden indien de bv binnen vijf jaar voldoende vermogen heeft om het pensioen weer terug te brengen naar het oude niveau. Dit is in lijn met herstelplannen zoals pensioenfondsen dit voor ogen hebben⁸⁶.

3.4.3 De uitvoerbaarheid

In deze paragraaf behandel ik hoe het onbelast (gedeeltelijk) afzien van pensioen wettelijk vastgelegd zou kunnen worden. Uit de vorige paragraaf kan worden opgemaakt dat een soort “tegenbewijsregeling” efficiënt kan zijn om het korten van pensioen in eigen beheer gelijk te stellen met het pensioen bij een pensioenfonds. De uitvoerbaarheid komt in deze paragraaf naar voren. Als voorwaarde voor een dergelijke korting geldt dat de onderdekking moet zijn ontstaan door tegenvallende beleggingsresultaten. Dit wil zeggen dat in de wet het begrip “uitsluitend of nagenoeg uitsluitend” (90% of meer) gehanteerd dient te worden. Indien aan de voorwaarde is voldaan dient de pensioen toezeggende vennootschap of inhoudingsplichtige voor de loonbelasting een verzoek in te dienen bij de inspecteur. De inspecteur beslist op dit verzoek bij voor bezwaar vatbare beschikking. Op deze manier kan de DGA vooraf zekerheid krijgen indien hij voornemens is de pensioenaanspraak (gedeeltelijk) te korten.

Indien uitsluitend slechte beleggingsresultaten hebben geleid tot een lage dekkingsgraad van de pensioenaanspraak kan het noodzakelijk worden om de pensioenaanspraak te korten. Om deze fiscaal gefacilieerd korting vorm te geven in de wet, moet worden bepaald bij welke dekkingsgraad percentage sprake is van onderdekking. Weishaupt en Staats stellen voor dat indien 75% of minder van de pensioenaanspraak – op basis van commerciële cijfers – gedekt is, sprake is van onderdekking. Gezien het feit dat de fiscale waardering van pensioenverplichtingen veelal 30 tot 40% lager is dan de commerciële waardering lijkt het mij verstandiger dit percentage lager vast te stellen, op bijvoorbeeld 50 of 60%. In het geval het percentage op 75% wordt gesteld zal namelijk al snel sprake zijn van onderdekking.

De bewijslast dat door tegenvallende beleggingsresultaten de dekking van de pensioenvoorziening in gevaar komt, is in handen van de belastingplichtige. Hierbij zal mogelijk in bepaalde gevallen een aantal jaren moeten worden teruggekeken om de oorzaak van de benarde financiële situatie van de bv vast te stellen. Dit zal niet altijd makkelijk zijn, maar deze bewijslast lijkt mij niet onoverkomelijk. Wanneer wordt gekozen voor een mogelijk tijdelijk karakter moet er een toetsingstijdstip worden gekozen waarop wordt bekeken of het vermogen van de bv weer toereikend is om het pensioen

⁸⁵ P.F.H. Weishaupt & G.M.C.M. Staats, De kronkel van art. 19 b Wet LB 1964: Hoe kun je afzien van wat er niet is?, PensioenMagazine 2012,6

⁸⁶ Bijvoorbeeld Pensioenfonds Zorg & Welzijn, zie <http://www.pfzw.nl/Particulieren/actueel/herstelplan/herstelplan.asp>

weer terug te brengen op het oude niveau. Een te kort tijdstip brengt veel fluctuaties met zich.

Daarom kan beter worden gekozen voor een toetsing na een aantal jaar.

Het afwaarderen van de pensioenverplichting heeft fiscale gevolgen. Het verlagen van de verplichting brengt een hogere winst met zich. Het later opwaarderen betekent dat de winst op een later tijdstip wordt verlaagd.

Het meest gecompliceerd van een tijdelijke pensioenkorting is in mijn ogen het berekenen van de pensioenaanspraak na het herstellen van de korting. In de berekeningen ontstaat naast de Witteveen-, VPL- en binnenkort de AOW-knip een extra knip door de afstempeling. De afstempeling of korting brengt immers een wijziging van de aanspraak met zich mee. Er moet worden uitgewerkt of de gekorte rechten moeten worden bevroren. Dit betekent dat over de dienstjaren na deze bevroering opnieuw wordt opgebouwd en het aantal dienstjaren dus opnieuw aanvangt. Daarnaast zal de opwaardering met zich brengen dat het voorgaande terug dient te worden gedraaid.

In eerste instantie leidt het korten van de pensioenaanspraak tot de sanctie van art. 19b, eerste lid, sub c Wet LB 1964 tenzij belastingplichtige het tegenbewijs levert dat de korting op de aanspraak zakelijk is. Onder het zakelijk korten van de pensioenaanspraak versta ik in dat verband dat tegenvallende beleggingsresultaten het noodzakelijk maken de pensioenaanspraak te korten. Een onafhankelijke derde zou in dat geval ook berusten in een korting, omdat iets wordt prijsgegeven wat er feitelijk niet meer is door tegenvallende economische omstandigheden. De korting heeft gecompliceerde gevolgen op de berekening van de winst en de pensioenaanspraken. Toch acht ik een tegenbewijsregeling in combinatie met een verzoek, waarbij de belastingplichtige zekerheid vooraf krijgt, een uitvoerbare oplossing om het pensioen in eigen beheer gelijk te stellen met het pensioen bij een pensioenfonds. Als voorwaarde voor de uitvoerbaarheid geldt dat de regeling nader dient te worden uitgewerkt in een besluit, waarin het algemeen beleid wordt uitgedragen en aandacht wordt besteed eerder aangehaalde complicaties.

Een tegenbewijsregeling is uitvoerbaar en efficiënt. Het intrekken van de pensioentoezegging door de bv – zonder veel complicaties – leidt overigens tot hetzelfde resultaat. Uiteraard geldt deze nuancering alleen indien de bv zijn dekkingstekort, in een later stadium, weer inloopt door een stijging van het eigen vermogen in de jaren na afwaardering van de pensioenaanspraak. Dit kan niet met zekerheid worden bepaald. Deze nuancering leidt dus feitelijk alleen tot hetzelfde resultaat indien de pensioenaanspraak later weer kan worden opgewaardeerd.

3.5 Conclusie

Artikel 19b Wet LB 1964 is bedoeld als antimisbruikbepaling. Indien deze sanctiebepaling in werking treedt, wordt de waarde in het economische verkeer van de aanspraak bij de werknemer dan wel, indien deze is overleden, de gerechtigde tot de aanspraak belast als inkomsten uit vroegere

dienstbetrekking. Hierbij wordt de waarde in het economische verkeer gesteld op de bedragen die bij een derde (pensioenfonds) zouden moeten worden gestort om de aanspraak, onmiddellijk voorafgaand aan het desbetreffende tijdstip, te dekken.

De sanctiebepaling is van toepassing indien een aanspraak ingevolge een pensioenregeling niet langer als zodanig is aan te merken. Daarnaast is het afkopen, vervreemden of feitelijk voorwerp van zekerheid maken van een pensioenaanspraak door de wetgever nadrukkelijk tot een verboden handeling bestempeld en derhalve een belastbaar feit. Evenals Stevens en Schuurman betreurt ik het feit dat in gevallen, waarin geen sprake is van oneigenlijk gebruik, geen tegenbewijsmogelijkheid voor belastingplichtige in de wet is ingebouwd.

Een onvermijdelijk gevolg van de slechte economische omstandigheden en daarmee gepaard gaande beleggingsverliezen is dat pensioenfondsen genoodzaakt zijn pensioenaanspraken van werknemers te korten. Deze korting heeft voor zowel het pensioenfonds als de werknemer geen fiscale gevolgen. Dit staat in schril contrast met de kortingsmogelijkheden voor het pensioen dat in eigen beheer wordt uitgevoerd. Wanneer sprake is van pensioen in eigen beheer kan alleen fiscaal gefacilieerd (deels) worden afgezien indien sprake is van een dwingende maatschappelijke reden. Er is sprake van "niet voor verwezenlijking vatbaar" of een "dwingende maatschappelijke reden" indien het lichaam in surseance van betaling, schuldsanering of faillissement verkeert. Dit blijkt uit de uitleg van de staatssecretaris en de stringente uitleg van art. 19b, eerste lid, onderdeel c Wet LB 1964 in de jurisprudentie.

De rechtvaardigingsgrond voor het opnemen van de sanctiebepaling in de Wet LB 1964 is mijns inziens dat de DGA niet te lichtzinnig omgaat met pensioengelden. Ik vind dat het verschil in behandeling ten aanzien van het pensioen ondergebracht bij een pensioenfonds/pensioenverzekeraar en bij een eigenbeheerlichaam niet gerechtvaardigd is indien er geen oneigenlijke handelingen zijn verricht én de onderdekking louter is ontstaan door tegenvallende beleggingsresultaten. Daarom moet mijns inziens de DGA de mogelijkheid krijgen om zonder belastingheffing een gedeelte van de pensioenaanspraak prijs te geven, onder de voorwaarde dat sprake is van onderdekking welke is veroorzaakt door slechte beleggingsresultaten. In dit kader kan gedacht worden aan een tegenbewijsregeling. De bewijslast ligt bij de belastingplichtige. Middels een verzoek kan vooraf zekerheid worden gevraagd bij de inspecteur. Staats en Weishaupt geven aan dat de afstempeling tijdelijk karakter kan hebben. Een opwaardering van het pensioen in eigen beheer heeft in mijn ogen gecompliceerde gevolgen voor de pensioenberekening. Toch denk ik dat een tegenbewijsregeling in combinatie met een verzoek, waarbij de belastingplichtige zekerheid vooraf krijgt, een uitvoerbare oplossing is om het ongerechtvaardigde verschil in benadering tussen het pensioen in eigen beheer en het pensioen bij een pensioenfonds op te heffen. Als voorwaarde stel ik daarbij dat de gecompliceerde uitwerking met betrekking tot de berekening worden uitgewerkt in

een besluit, waarin het algemeen beleid wordt uitgedragen en aandacht wordt besteed aan de complicaties.

4 WAARDEOVERDRACHT VAN PENSIOEN IN EIGEN BEHEER

4.1 Inleiding

De waardering van de pensioenverplichting in eigen beheer is aan bod gekomen in hoofdstuk 2. In hoofdstuk 3 is behandeld bij welke handelingen de sanctiebepaling van art. 19b Wet LB 1964 van toepassing kan zijn. Wanneer de pensioenclaim rust op de werkmaatschappij valt deze in de risicosfeer van de onderneming. Mede ter vergroting van de zekerheidsstelling brengen pensioentoezeggende werkgevers de pensioenrechten onder in een ander speciaal voor dat doel opgericht lichaam: een pensioenstichting of pensioen bv. In art. 19b, tweede lid, Wet LB 1964 is bepaald dat het pensioen niet wordt geacht te zijn afgekocht indien de verplichting wordt overgedragen aan een toegestane pensioenverzekeraar in de zin van art. 19a Wet LB 1964⁸⁷. Dat deze waardeoverdracht fiscaal is gefacilieerd in de loonbelasting betekent niet dat er geen fiscale gevolgen verbonden zijn aan de waardeoverdracht. Aangezien de overdracht van de pensioenverplichting plaats dient te vinden tegen de waarde in het economische verkeer heeft de waardeoverdracht gevolgen voor de overdragende en ontvangende vennootschap (indien sprake is van een eigenbeheerlichaam). Hierbij moet met name gedacht worden aan de fiscale beperkingen ten aanzien van de waardering van de pensioenverplichting zoals deze zijn behandeld in hoofdstuk 2. Indien de werkgever niet de vennootschap is die de pensioenverplichting uitvoert dient een pensioenpremie door de werkgever aan de pensioenuitvoerder betaald te worden. Eerder heb ik in paragraaf 2.4.5 behandeld dat het vaststellen van de premie gecompliceerd is. Bij het bepalen van de pensioenpremie leiden de verschillende rekenrentes⁸⁸ tot ongewenste gevolgen zoals het nemen van winst of het activeren van delen van premies en koopsommen. In dit hoofdstuk staan de (fiscale) gevolgen bij overdracht van de pensioenvoorziening centraal. Deze worden aan de hand van wetgeving en jurisprudentie uitgewerkt. Ik beantwoord in dit hoofdstuk de volgende vraag:

Leidt de waardeoverdracht van pensioenverplichtingen in eigen beheer tot mogelijk ongewenste fiscale gevolgen bij de overdragende en/of overnemende vennootschap? Zo ja, welke?

Onder ongewenste gevolgen versta ik in dit verband theoretische en praktische bezwaren, bijvoorbeeld complexe gevolgen en/of belastbare feiten welke niet in overeenstemming zijn met goed koopmansgebruik. In tegenstelling tot hoofdstuk 3 zal in dit hoofdstuk geen parallel worden getrokken met het pensioen dat is ondergebracht bij een erkende pensioenverzekeraar. In dit hoofdstuk wordt uitsluitend de overdracht van het in eigen beheer ondergebrachte pensioenkapitaal

⁸⁷ Met uitzondering van de pensioenverzekeraars zoals in art. 19a, eerste lid, onderdeel b, Wet LB 1964

⁸⁸ Welke worden gehanteerd bij de premie betalende werkgever bv en de ontvangende pensioenverzekeraar

behandeld. In dit onderzoek staat de overdracht van de pensioenverplichting van de ene bv naar een andere bv buiten de fiscale eenheid centraal. De pensioenstichting is belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting op grond van art. 2, eerste lid onderdeel e juncto art. 4, onderdeel b, Wet VpB 1969.

De verschillende vormen van waardeoverdracht zullen allereerst worden uitgewerkt. Vervolgens worden de gevolgen van de overdracht ten aanzien van de overdragende en ontvangende vennootschap behandeld.

4.2 Wat is waardeoverdracht?

Vanaf juli 1994 was het recht op waardeoverdracht in de Pensioen- en Spaarfondsenwet opgenomen. Onder dit recht wordt verstaan dat een werknemer bij indiensttreding bij een nieuwe werkgever een wettelijk recht heeft om zijn opgebouwde pensioen bij zijn oude werkgever over te dragen naar de pensioenregeling van zijn nieuwe werkgever⁸⁹. In 2007 is de Pensioen- en spaarfondsenwet vervangen door de Pensioenwet. In artikel 1 van de Pensioenwet is vastgelegd wat wordt verstaan onder het begrip waardeoverdracht:

iedere handeling waarbij de waarde van opgebouwde pensioenaanspraken of pensioenrechten wordt aangewend ten behoeve van:

- 1. andere pensioenaanspraken of pensioenrechten bij dezelfde of een andere pensioenuitvoerder; of*
- 2. dezelfde pensioenaanspraken of pensioenrechten bij een andere pensioenuitvoerder.*

4.2.1 *Verschillende vormen van waardeoverdracht*

Een pensioenbreuk kan ontstaan als toekomstige opbouw plaatsvindt bij een nieuwe pensioenuitvoerder en de oude pensioenrechten achterblijven bij de oude pensioenuitvoerder. Overigens is er geen uniforme definitie van het begrip pensioenbreuk. Door middel van waardeoverdracht kan een dergelijke pensioenbreuk worden gerepareerd. De waardeoverdracht leidt tot een volledige opbouw bij de nieuwe pensioenuitvoerder⁹⁰.

Wanneer waardeoverdracht plaatsvindt omdat er van werkgever wordt gewijzigd leidt de waardeoverdracht tot het verkrijgen van fictieve dienstjaren in een nieuwe pensioenregeling. Het verkrijgen van fictieve dienstjaren houdt in het kort in, dat de nieuwe pensioenuitvoerder een aantal extra dienstjaren toekent naar aanleiding van het kapitaal dat middels de waardeoverdracht wordt ingebracht in de pensioenregeling. De Pensioenwet en de daarin opgenomen bepalingen met betrekking tot waardeoverdracht, zijn zoals eerder behandeld, niet van toepassing op de DGA. Dit

⁸⁹ J. Dilling, waardeoverdracht van pensioen, wel of niet doen?, VFP 2008,61

⁹⁰ G.M.C.M. Staats, Pensioen van de dga en waardeoverdracht, Belastingbrief 2008/1

betekent niet dat waardeoverdracht ten aanzien van het pensioenkapitaal van de DGA niet mogelijk is. Waardeoverdracht van het pensioenkapitaal geschiedt op vrijwillige basis. Artikel 10a, derde lid, Uitv. besl. Wet LB 1965 maakt het mogelijk dat de DGA fictieve dienstjaren krijgt. De doorgebrachte diensttijd bij een vorige inhoudingsplichtige kan op basis van dit artikel in aanmerking worden genomen.

In het geval er sprake is van waardeoverdracht, waarbij de werkgever dezelfde blijft, leidt deze overdracht van het pensioenkapitaal alleen tot een wijziging van de pensioenuitvoerder. Het verkrijgen van fictieve dienstjaren speelt dan niet.

4.2.2 Interne en externe waardeoverdracht

Naast de eerder vermelde verschillende vormen van waardeoverdracht, kan er onderscheid worden gemaakt tussen interne en externe waardeoverdracht van de pensioenvoorziening.

Wanneer de pensioenuitvoerder dezelfde blijft en het pensioenkapitaal alleen maar van de ene naar de andere pensioenregeling wordt overgedragen, is er sprake van een interne waardeoverdracht. In dat geval is de dienstbetrekking gewijzigd en om de verstreken dienstjaren mee te kunnen nemen in de nieuwe pensioenregeling, dient de waarde intern te worden overgedragen. Het pensioenkapitaal blijft bij één en de dezelfde pensioen-bv zonder dat er een kasstroom plaatsvindt naar een andere bv. Afhankelijk van hoe de oude en nieuwe pensioenregeling tot elkaar in verhouding staan worden dienstjaren toegekend in de nieuwe pensioenregeling. Ten aanzien van de waardering van de pensioenverplichting wijzigt er niets. Er zullen dus geen fiscale gevolgen verbonden zijn aan interne waardeoverdracht.

Indien het pensioenkapitaal wordt overgedragen naar een andere pensioenverzekeraar is er sprake van een externe waardeoverdracht. De externe waardeoverdracht gaat in beginsel gepaard met een kasstroom ter hoogte van de overdrachtswaarde. Voor mijn onderzoek naar de gevolgen van waardeoverdracht is alleen de externe waardeoverdracht relevant, omdat een interne waardeoverdracht geen fiscale gevolgen heeft. Wanneer ik in het vervolg van dit onderzoek spreek over waardeoverdracht dient gerealiseerd te worden dat dit een externe waardeoverdracht betreft. Daarnaast dient te worden verondersteld dat de pensioenverplichting van de ene bv naar een andere bv (of pensioenstichting) buiten de fiscale eenheid vennootschapsbelasting plaatsvindt. Het overdragen van de pensioenverplichting binnen de fiscale eenheid wordt later behandeld in paragraaf 4.5.

4.2.3 Overdrachtswaarde versus de fiscale waardering

De overdracht van de pensioenverplichting vindt plaats tegen de waarde in het economische verkeer. De waarde in het economische verkeer noem ik ook wel de commerciële waarde. Door het verschil

tussen de fiscale en commerciële waarde van de pensioenverplichting zal de overdrachtprijs die wordt betaald door de overdragende partij hoger zijn dan de fiscale waarde. Om de gevolgen van de waardeoverdracht uit te kunnen werken moet allereerst het verschil tussen de waarde van het overgedragen pensioenkapitaal en de fiscale waardering duidelijk worden. In hoofdstuk 2 is de fiscale waardering uitgebreid aan bod gekomen. Ik volsta daarom met een korte samenvatting aan de hand van de diverse elementen van de over te dragen koopsom.

De overdrachtswaarde, of afkoopsom, dient te worden berekend:

I. volgens de koopsommethode

Wanneer er een externe waardeoverdracht plaatsvindt van bijvoorbeeld de holding bv naar de pensioen bv dient de overdrachtswaarde bepaald te worden. Op grond van het arrest van 16 juni 1993⁹¹ dient de overdrachtswaarde in de regel volgens de koopsommethode te worden berekend. Hierop bestaat echter een uitzondering indien de over te dragen pensioenverplichtingen op grond van de overgangsregeling in art. 31d Wet VpB 1969 bij de overdragende partij zijn gewaardeerd volgens de premiemethode. Op het tijdstip van de overdracht worden de door de werknemer reeds verkregen rechten berekend. Hieruit vloeit een verplichting voort. De koopsom van de aan verstreken jaren toe te rekenen pensioenlast is het gedeelte van de waarde die volgt uit deze verplichting.

II. met leeftijdsterugstellingen

Bij de berekening van de waarde in het economische verkeer wordt een leeftijdsterugstelling op de sterftetafels toegepast. Bij de fiscale waardering van de pensioenverplichting mag op grond van art. 6, zesde lid, Wet VpB 1969 geen rekening worden gehouden met leeftijdsterugstellingen.

III. met kosten- en winstopslag

Er dient rekening te worden gehouden met een normaliter door professionele verzekeringsmaatschappijen te hanteren kosten- en winstopslag⁹². Een verzekeraar doet dit namelijk ook. De kosten worden in het algemeen gemaximeerd op 5%, waarbij een maximum wordt gehanteerd van € 20.000.

IV. rekening houdend met het vooroverlijdensrisico

⁹¹ HR 16 juni 1993, BNB 1993/297

⁹² HR 24 oktober 2003, BNB 2004/112

Het vooroverlijdensrisico is het risico dat de DGA voor ingangsdatum van het pensioen komt te overlijden. Op grond van jurisprudentie⁹³ mag bij een pensioen in eigen beheer geen rekening worden gehouden met het vooroverlijdensrisico. Indien de pensioenvoorziening wordt overgedragen of er een premie wordt betaald aan een andere pensioenverzekeraar, moet wel rekening worden gehouden met het vooroverlijdensrisico.

V. met indexatie

Eventueel overeengekomen indexatie dient in aanmerking te worden genomen bij het berekenen van de overdrachtswaarde⁹⁴. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen vast en open geïndexeerde pensioenen. Deze zullen in de volgende paragraaf aan de orde komen.

VI. met inachtneming van de marktrente

Verder dient de waarde van de pensioenverplichting te worden berekend met een rekenrente die gelijk is aan de op het moment van de overdracht geldende marktrente⁹⁵. Jaarlijks is de marktrente te vinden in het marktrentebesluit. De marktrente wordt per kalendermaand vastgesteld op het laagste van het maandelijkse U-rendement van de desbetreffende maand en van de acht voorafgaande kalendermaanden, naar beneden afgerond op één cijfer achter de komma, waarbij het in enige maand toe te passen percentage niet meer dan één punt hoger zal zijn dan het percentage van diezelfde maand in het daaraan voorafgaande jaar⁹⁶. De marktrente van de maand waarin het boekjaar eindigt kan in aanmerking worden genomen bij de waardering. Indien het percentage lager is dan 4% wordt het bedrag dat volgt uit de rente onder de 4% beschouwd als indexatie.

Deze elementen zullen er toe leiden dat de daadwerkelijke overdrachtswaarde hoger is dan de fiscale waarde. In de volgende paragraaf zullen de gevolgen van waardeoverdracht van het pensioenkapitaal voor de overdragende partij worden uitgewerkt. In paragraaf 4.4 worden de gevolgen voor de ontvangende partij onderzocht.

4.3 De overdragende bv

De overdragende bv is de bv waarin het pensioen van de DGA was ondergebracht. De pensioenreserve is in deze bv ondergebracht en wordt overgedragen aan een andere bv of pensioenstichting. De koopsom die de overdragende bv zal moeten betalen aan de overnemende bv zal hoger zijn dan de fiscale waardering op de balans. De overdrachtswaarde wordt vastgesteld op

⁹³ HR 14 juni 2000, nr. 35 424, BNB 2000/282

⁹⁴ HR 14 april 2006, BNB 2006/278

⁹⁵ HR 28 juni 2000, BNB 2000/275

⁹⁶ Besluit van 9 december 2011, nr. BLKB2011/2437M (marktrentebesluit)

het moment van de overdracht. Het gedeelte van de koopsom dat valt toe te rekenen aan de verplichting vloeit voort uit de door de werknemer op dat moment reeds verworven rechten. Uit deze paragraaf zal blijken dat het deel dat de fiscale waarde overstijgt niet direct volledig ten laste van de winst kan worden gebracht. Dit volgt onder andere uit jurisprudentie van de Hoge Raad⁹⁷. De diverse onderdelen welke een rol spelen bij waardeoverdracht worden hierna besproken ten aanzien van de overdragende bv.

4.3.1 Leeftijdsterugstellingen

In verband met verbeterde levensverwachtingen wordt een correctie op de sterftetafels toegepast. Op grond van art. 8, zesde lid, Wet VpB 1969 mag bij de waardering van een pensioen in eigen beheer geen rekening worden gehouden met leeftijdsterugstelling. Door het toepassen van leeftijdsterugstelling wordt de economische waarde hoger dan de fiscale waarde. Dit leidt dus tot een extra last bij de overdrager. Deze last mag direct worden genomen bij de overdragende bv.

4.3.2 Kosten- en winstopslag en het vooroverlijdensrisico

Bij de berekening van de waarde in het economische verkeer worden kosten- en winstopslagen in ogenschouw genomen. Deze kosten- en winstopslag wordt gezien als een opslag die nodig zal zijn om kosten van het overnemende lichaam goed te maken en zo fiscale verliezen te voorkomen. Deze kosten- en winstopslag wordt veelal bepaald op 5% met een maximum van € 20.000. Als het pensioen wordt overgedragen moet naast de kosten- en winstopslag ook rekening worden gehouden met het vooroverlijdensrisico. De extra last die ontstaat door de kosten- en winstopslag en het vooroverlijdensrisico kan ten laste van het resultaat van de overdragende vennootschap worden gebracht.

4.3.3 Indexatie

Indien pensioen geïndexeerd dient te worden dient bij de berekening van de overdrachtswaarde rekening te worden gehouden met deze indexatieverplichting. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen open geïndexeerde pensioenen en vast geïndexeerde pensioenen.

Het "overdrachtswaarde-arrest" van 14 april 2006⁹⁸

De procedure ging over het jaar 1999. In de casus werd een drietal pensioenverplichtingen overgebracht van de werkmaatschappij naar de persoonlijke holdings. De inspecteur was van mening dat de overdrachtswaarde niet juist was berekend, omdat geen sprake was van een vast geïndexeerd

⁹⁷ HR 24 december 2010, nr. 09/03431, BNB 2011/94

⁹⁸ HR 14 april 2006, nr. 41 569, BNB 2006/278

pensioen, maar van een open geïndexeerde pensioenverplichting. De inspecteur stelde dat de overdrachtswaarde van de pensioenverplichting dient te worden berekend met inachtneming van een rekenrente van 4%. Voor open geïndexeerde pensioenrechten bestaan geen tarieven van levensverzekeringsmaatschappijen, maar de inspecteur gaf aan dat overdracht van dergelijke pensioenverplichtingen wel plaatsvindt tussen ondernemings- en bedrijfspensioenfondsen en daarbij wordt de overdrachtswaarde berekend met een rekenrente van 4%.

De Hoge Raad komt tot een ander oordeel. De Hoge Raad wijst erop dat er bij overdracht van pensioenkapitaal sprake is van totaalwinst en dat de werking van art. 9b Wet IB 1964 (thans: 3.28 Wet IB 2001) is beperkt tot de jaarwinstbepaling en dus irrelevant is voor de totale winst.

De Hoge Raad overwoog op welke wijze rekening kan worden gehouden met de indexatieverplichting bij de overdrachtswaarde van een voorwaardelijk geïndexeerd pensioen:

“de waarde van een dergelijk pensioenrecht (...) kan worden bepaald door uit te gaan van de waarde van een pensioen met recht op een vastgelegde aanpassing volgens een vast percentage dat tussen partijen (op zakelijke wijze) ten tijde van de overdracht ter vervanging van het toegezegde voorwaardelijke recht zou zijn overeengekomen”

Dit arrest leidde tot veel hogere overdrachtswaardes. Op grond van het Besluit van 3 juli 2008⁹⁹ is goedgekeurd dat de waarde van een open geïndexeerd pensioenrecht wordt bepaald door uit te gaan van een pensioen met een vaste indexatie van 2% per jaar.

Jaarwinst, totaalwinst en goed koopmansgebruik

Bij de overdracht van pensioenkapitaal speelt de vraag of er sprake is van jaarwinst of totaalwinst. Indien sprake is van jaarwinst dient rekening te worden gehouden met de jaarwinstbepalingen van art. 3.25 tot en met 3.29 Wet IB 2001. Dit brengt met zich dat niet mag worden geanticipeerd op verwachte inflatie, welke leidt tot indexatie van de pensioenaanspraak. Zelfs niet als deze kosten en lasten bij het einde van het jaar vaststaan en dus toerekenbaar zijn aan het boekjaar (zie art. 3.26 Wet IB 2001). Volgens art. 3.26, tweede lid, Wet IB 2001 mag de indexatielast worden genomen als de inflatie is opgetreden. In art. 3.27 Wet IB 2001 is opgenomen dat de indexatielast ook mag worden genomen als ter zake betaling heeft plaatsgevonden. Deze regeling wordt echter door het derde lid van art. 3.27 Wet IB 2001 buiten werking gesteld indien de betaling heeft plaatsgevonden aan een eigenbeheerlichaam.

Het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen van de Belastingdienst verzette zich tegen de bij pensioenoverdrachten beoogde aftrekposten. Volgens het CAP dient het bedrag ter grootte van het

⁹⁹ Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, Stcrt. Nr. 133

indexatiecomponent en het effect van de marktrente te worden geactiveerd en lineair te worden afgeschreven gedurende de statistische levensduur van de pensioengerechtigde.

Naar aanleiding van het zogenaamde overdrachtswaarde-arrest is er veel onduidelijkheid ontstaan over de waardeoverdracht van pensioenkapitaal. Hoewel feitelijk de Hoge Raad zich in dit arrest heeft uitgelaten over het waarderen van een voorwaardelijk recht op indexatie, wordt ook door Bruins Slot opgemerkt dat de totaalwinstbepalingen niet moeten worden uitgelegd aan de hand van jaarwinstbepalingen¹⁰⁰.

De literatuur lijkt eensgezind. Zowel van Soest¹⁰¹, Staats¹⁰², Ter Beest en Gommer¹⁰³ geven aan dat het strookt met de algemene leer dat juiste toerekening van uitgaven op basis van de jaarwinstregels noopt tot activering van een transitorische post voor kosten welke wel al zijn betaald, maar als kosten van een later jaar gelden. Wel betogen Soest, Staats, Ter Beest en Gommer dat aan deze activering fiscale en boekhoudkundige knelpunten zijn verbonden.

Het standpunt van het CAP is inmiddels in de rechtspraak diverse malen bevestigd¹⁰⁴. In het belangrijke arrest van 24 december 2010¹⁰⁵ werden twee pensioenverplichtingen overgedragen naar de personal holdings. Bij het bepalen van de overnamevergoeding werd rekening gehouden met een indexatie van 2%. De Hoge Raad oordeelde op 24 december 2010 dat de hogere overdrachtswaarde, die ontstaat door de indexatie, niet geheel als last dient te worden genomen bij de overdragende bv. Het deel dat ziet op de indexatie dient geactiveerd moet worden op de fiscale balans. Vervolgens de actiefpost ten laste van de winst worden afgeschreven naarmate de loon-of prijsstijging zich voordoen¹⁰⁶. Indien de belastingplicht eindigt – bijvoorbeeld door zetelverplaatsing of liquidatie – kan de geactiveerde indexatieverplichting direct ten laste van de winst worden gebracht.

Gezien de wetgeving zijn de overwegingen van de rechtelijke macht begrijpelijk. De vraag die nu dient te worden beantwoord is of de betreffende jaarwinstbepaling (art. 3.26 Wet IB 2001) in strijd is met goed koopmansgebruik. Op grond van het goed koopmansgebruik¹⁰⁷ dient de som van de jaarwinsten gelijk te zijn aan de totaalwinst¹⁰⁸. Uit het arrest van 24 december volgt dat de jaarlast deels later genomen dient te worden dan de totaallast. De totaallast staat immers definitief vast op het moment waarop de pensioenverplichting wordt overgedragen. Bruins Slot heeft zich uitgelaten

¹⁰⁰ W. Bruins Slot, de verhouding tussen totaal- en jaarwinstbepalingen, onderdeel 4, NTFR beschouwing 2011/9

¹⁰¹ A.J. van Soest, Belastingen; inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting, besluit ter voorkoming dubbele belasting 2001, Nederlands Standaardverdrag, 23^e druk, Deventer: Kluwer 2007, p. 101- 102

¹⁰² G.M.C.M. Staats, Waardeoverdracht pensioen in eigen beheer, VFP 2010,2

¹⁰³ P.A. ter Beest en J.T. Gommer, Waardering van pensioen in (extern) eigen beheer, WFR 2009/546

¹⁰⁴ Rechtbank 's-Gravenhage 22 maart 2012, AWB 10/4139 VPB, V-N Vandaag 2012/941 & Rechtbank 's-Gravenhage 22 maart 2012, AWB 10/4490 VPB, V-N Vandaag 2012/942

¹⁰⁵ HR 24 december 2010, nr. 09/03431, BNB 2011/94

¹⁰⁶ Hof Leeuwarden 28 september 1984, nr. 1714/82, BNB 1986/67

¹⁰⁷ Vakstudie Vennootschapsbelasting, commentaar op artikel 3.25 Wet IB 2001, aantekening 3.3

¹⁰⁸ Uitzonderingen op de regel worden veroorzaakt door bijvoorbeeld de stakingswinst

over deze problematiek. Ik deel zijn mening dat goed koopmansgebruik de ondernemer voorschrijft uiterlijk in het jaar waarin zijn totaallast vast komt te staan, de som van de jaarlasten daarmee in overeenstemming te brengen¹⁰⁹. Dit impliceert dat het resultaat op een verdwenen balanspost gewoon is gerealiseerd. De overwegingen zoals geformuleerd in de rechtspraak zijn juist: de fiscale winst wordt bepaald door zowel de jaar- als totaalwinstbepalingen. De bepaling in kwestie – art. 3.26 Wet IB 2001 – heeft niets van doen met goed koopmansgebruik. Het artikel is ingevoerd naar aanleiding van het “coming-backservicearrest”¹¹⁰. Het artikel moest verliesneming voorkomen¹¹¹. Het verlies vloeit voort uit goed koopmansgebruik. Daarom ben ik evenals Bruins Slot van mening dat, art. 3.26 Wet IB 2001 een belangrijk evenwicht in goed koopmansgebruik verstoort.

De uitkomst van het arrest is niet aanvaardbaar. Mijn theoretische bezwaar is dat het evenwicht tussen de totaalsom en de som van de jaarwinsten is verstoord. Daarnaast is het ook niet logisch dat een vennootschap die geen pensioenverplichting meer heeft en dus niet meer te maken heeft met het voldoen van de na-indexatieverplichting, nog jarenlang de fiscale gevolgen van de overdracht moet merken in bijvoorbeeld de boekhouding. Dit brengt praktische bezwaren met zich mee, want de overdragende vennootschap moet informatie verkrijgen over het feit wanneer de loon- of prijswijzigingen zich werkelijk voordoen, want op dat moment mag de last immers pas worden genomen.

In mijn ogen is het dus zowel praktisch als theoretisch logischer dat de aftrek geleidelijk plaatsvindt bij de vennootschap die de pensioenverplichting jegens haar DGA heeft. Voor een oplossing sluit ik mij aan bij Kuypers¹¹². Hij pleit ervoor de aftrek van de indexatielast bij de overdragende vennootschap toe te staan. De ontvangende partij dient winst te nemen (ter hoogte van de indexatieverplichting) en dient deze winst gefaseerd te passiveren ten laste van de winst¹¹³. Het nemen van winst bij het overnemende lichaam na overdracht van de pensioenverplichting wordt later in dit hoofdstuk behandeld.

Om de eerder behandelde theoretische en praktische bezwaren pleit ik voor een aanpassing van art. 3.27, derde lid, Wet IB 2001. Hiermee bedoel ik dat ook het na-indexatiedeel in premie- en koopsom betalingen aan pensioenlichamen nooit van aftrek dienen te worden uitgesloten. De wetgever bereikt hetzelfde doel als de vorming van de na-indexatieverplichting bij de nieuwe pensioenverzekeraar gefaseerd plaatsvindt. Een dergelijke wijziging acht ik efficiënt, omdat deze de

¹⁰⁹ W. Bruins Slot, de verhouding tussen totaal- en jaarwinstbepalingen, NTFR beschouwingen 2011/9

¹¹⁰ HR 8 december 1971, nr. 16/610, BNB 1972/26

¹¹¹ Kamerstukken II 1973/74, 13 004, nr. 3, p. 3–5

¹¹² A.C.M. Kuypers, NTFR 2010/674, commentaar bij conclusie van A-G Wattel bij het beroep in cassatie tegen Hof Den Haag, 21 juli 2009

¹¹³ A.C.M. Kuypers, indexatielast ter zake van overgedragen pensioenverplichting niet aftrekbaar, NTFR 2011/57

eerder genoemde bezwaren wegneemt. Daarnaast zie ik geen problemen die de uitvoerbaarheid in gevaar zouden kunnen brengen.

4.3.4 Rekenrente

Op grond van art. 3.28 Wet IB 2001 worden pensioenlasten, die zijn berekend op basis van een pensioengrondslag, die:

1. is gebaseerd op een loon dat niet uit gaat boven het actuele eindloon; en
2. met inachtneming van een rekenrente van ten minste 4%

niet geacht een indexatiecomponent te bevatten. Wanneer bij het bepalen van de overnamevergoeding een lagere rekenrente dan 4% wordt gehanteerd dient het deel van de pensioenverplichting voor zover dit meer bedraagt dan het geval zou zijn indien bij de berekening daarvan een rekenrente van ten minste 4% zou zijn toegepast, geactiveerd te worden bij de overdrager.

In tegenstelling tot het bovenstaande kwam de rechtbank Breda tot het oordeel dat een lagere rekenrente dan 4% bij waardeoverdracht toch een direct aftrekbare last vormt¹¹⁴. In onderhavige uitspraak was rekening gehouden met een rekenrente van 3,74% en een na-indexatie van 2,11%. De rechter is van mening dat het verschil tussen 4% en in dit geval 3,74% niet valt te kwalificeren als indexatie-element. De rechtbank motiveert dit met een verwijzing naar de rekenrente van 3% die de DNB voor dat jaar voor verzekeraars hanteerde. Indien in dat geval een rekenrente van 4% zou worden gehanteerd leidt dit er toe dat een niet bestaand indexatie-element in aanmerking zou worden genomen. Uit doel en strekking van art. 9a Wet IB 1964¹¹⁵ meent de rechtbank af te kunnen leiden dat een rentepercentage van 3,74% zakelijk is en de daarmee samenhangende last aftrekbaar is in het jaar van betaling¹¹⁶.

Deze uitspraak is opmerkelijk en lijkt in strijd te zijn met de jaarwinstbepalingen¹¹⁷ in de Wet IB 2001 en eerdere jurisprudentie van onder andere rechtbank 's-Gravenhage¹¹⁸. Naar mijn mening is de last aftrekbaar in het jaar van betaling bij de overdragende vennootschap om dezelfde theoretische en praktische redenen als bij de indexatie-component in paragraaf 4.3.3.

De fiscale gevolgen bij de overdrager van de pensioenverplichting zijn in deze paragraaf uitgewerkt. Het verschil tussen de te betalen commerciële overdrachtswaarde van de pensioenvoorziening en de

¹¹⁴ Rechtbank Breda 11 mei 2012, nr. 11/1245, V-N Vandaag 2012/1608

¹¹⁵ Kamerstukken II 1974/75, 13 004, nr. 5 - 6, blz. 27-28 & Memorie van Antwoord Kamerstukken I 1975/76, 13 004, nr. 20b, blz. 8-9

¹¹⁶ Rechtbank Breda 11 mei 2012, nr. 11/1245, V-N Vandaag 2012/1608, r.o. 4.13

¹¹⁷ Art 3.28 & art. 3.29 Wet IB 2001

¹¹⁸ o.a. Rechtbank 's-Gravenhage 22 maart 2012, AWB 10/4490 VPB, V-N Vandaag 2012/942

fiscale waarde van de pensioenverplichting op de balans kan grotendeels ten laste van de winst worden gebracht. De indexatie-component dient te worden geactiveerd en geleidelijk ten laste van de winst te worden gebracht op grond van HR 24 december 2010¹¹⁹. Ten aanzien van deze activering heb ik theoretische en praktische kanttekeningen geplaatst.

Overigens is in art. 3.27, vierde lid juncto art. 10, tweede lid, Uitv. reg. Wet IB 2001 een uitzondering opgenomen voor betalingen van premies en koopsommen aan een pensioenlichaam waarvan het doel en de feitelijke werkzaamheden overeenkomen met die van een pensioenfonds. Hiermee wordt een - in de fiscale praktijk ook wel genoemde - "zuivere" pensioenstichting bedoeld. De winst van een dergelijke zuivere pensioenstichting mag alleen worden aangewend ten bate van de verzekerden, een ander pensioenfonds met overeenkomstige doelstelling of een algemeen maatschappelijk belang. In de volgende paragraaf komen de gevolgen voor de overnemende partij aan de orde.

4.4 Het overnemende lichaam

Bij een externe waardeoverdracht van een pensioenverplichting welke in eigen beheer wordt gehouden kan het overnemende lichaam een pensioen bv of pensioenstichting zijn. Beide lichamen zijn belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. De DGA gaat deelnemen aan de pensioenregeling van dit lichaam. In dat kader wordt er een waardeoverdracht gedaan. Het overnemende lichaam ontvangt een overnamesom en moet berekenen hoe groot de pensioenvoorziening op de balans wordt. De verschillende elementen uit voorgaande hoofdstukken en paragrafen maken dat de overdrachtswaarde hoger is dan fiscaal mag worden gewaardeerd. In deze paragraaf onderzoek ik aan de hand van de verschillende elementen of dit automatisch betekent dat er winst moet worden genomen bij het overnemende lichaam.

4.4.1 *Kosten- en winstopslag en het vooroverlijdensrisico*

Het lichaam dat de pensioenverplichting overneemt ontvangt een koopsom met hierin begrepen een kosten- en winstopslag en mogelijk ook een bedrag ter dekking van het vooroverlijdensrisico. De kosten- en winstopslag kan worden gepassiveerd bij het overnemend lichaam. Vervolgens dienen deze te worden afgeschreven tot aan de pensioendatum of wellicht zelfs tot de statistische levensverwachting. Ook het bedrag dat samenhangt met het vooroverlijdensrisico kan worden gepassiveerd bij het overnemende lichaam.

4.4.2 *Indexatie*

¹¹⁹ HR 24 december 2010, nr. 09/03431, BNB 2011/94

Het overnemende lichaam kan een vergoeding voor voorwaardelijke na-indexatie ontvangen. De gevolgen voor de overdrager van deze vergoeding zijn gecompliceerd. Dit is al eerder dit hoofdstuk uitgewerkt. Ten aanzien van de overnemer geldt dat dit bedrag op grond van paragraaf B.2.4 van het Besluit van 3 juli 2008 nr. CPP2008/447M¹²⁰. Dit betekent dat er geen winst genomen hoeft te worden.

In de vorige paragraaf heb ik gepleit om de indexatie-component, die is begrepen in de overdrachtswaarde, ten laste van de winst van de overdrager te brengen. Dit indexatie-component dient bij de overnemer van de pensioenverplichting vrij te vallen ten gunste van de winst. De indexatiecomponent kan vervolgens gefaseerd ten laste van de winst worden gepassiveerd. Het feit dat het lichaam dat een verplichting overneemt winst moet nemen, lijkt in eerste instantie onredelijk. De indexatie wordt gefaseerd ten laste van de winst gebracht. Dit betekent dat de indexatie-component in eerste instantie tot de winst wordt gerekend en later ten laste van de winst kan worden gebracht. Dit verloopt in de tijd fiscaal neutraal en heeft wel invloed op de verliesverrekening en liquiditeitspositie van het overnemende lichaam. Fiscaal neutraal wil zeggen dat de aftrekpost gelijk per saldo gelijk is aan de belaste indexatiecomponent. De indexatiecomponent zal belast worden. Deze belasting heeft mogelijk invloed op de liquiditeiten van het overnemende lichaam. Daarnaast kan de verliesverrekening mogelijk worden beïnvloed, omdat in het jaar van overdracht winst genomen dient te worden en de daarop volgende jaren een bedrag ten laste van de winst kan worden gepassiveerd.

4.4.3 Leefijdsterugstellingen

Bij de berekening van de waarde in het economisch verkeer moet er rekening worden gehouden met de leefijdsterugstellingen. De tweede volzin van art. 8, zesde lid, Wet VpB 1969 bepaalt dat bij de waardering van een pensioenverplichting in eigen beheer alleen leefijdsterugstelling is toegestaan, indien deze verband houdt met de omstandigheid dat de gehanteerde overlevingstabel niet meer de meest actuele is. De overnemer van de pensioenverplichting mag op grond van bovenstaande bepaling geen rekening houden met leefijdsterugstellingen. Dit is bevestigd door Rechtbank 's-Gravenhage¹²¹. In de overdrachtswaarde is een bedrag opgenomen dat ziet op leefijdsterugstellingen. De vraag die in deze paragraaf centraal staat is of dit bedrag als gevolg van art. 8, zesde lid, Wet VpB 1969 direct tot de winst dient te worden gerekend.

De staatssecretaris van Financiën merkt in het Besluit van 3 juli 2008¹²² in paragraaf B.2.3 op dat overdracht van een pensioenverplichting tot gevolg kan hebben dat een deel van de ontvangen

¹²⁰ Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, Stcrt. 2008, 133

¹²¹ Rechtbank 's-Gravenhage 1 maart 2012, AWB 10/4647, V-N Vandaag 2012/933

¹²² Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, Stcrt. 2008, 133

premie (of koopsom) tot de winst moet worden gerekend. Hierbij doelt de staatssecretaris op het gedeelte dat ziet op de leeftijdsterugstellingen. In de literatuur wordt dit standpunt in twijfel getrokken¹²³.

Ik ben een andere mening toegedaan dan de staatssecretaris. Naar mijn mening dient het gedeelte van de overdrachtswaarde dat samenhangt met de leeftijdsterugstellingen in een aparte passiefpost te worden gereserveerd. In feite gaat het hier wederom om het onderscheid tussen totaalwinst en jaarwinst. In de koopsom die het overdragende lichaam betaalt aan het overnemende lichaam is een bedrag begrepen dat ziet op leeftijdsterugstellingen. Deze vergoeding ziet op het feit dat de sterftetafels niet voorzien in de toekomstige stijging van de levensverwachting. Het overnemende lichaam ontvangt een vergoeding, omdat zij als nieuwe pensioenverzekeraar kosten zal maken voor het nakomen van de toekomstige verplichtingen. De voorwaarden uit het baksteen-arrest¹²⁴ voor het vormen van een voorziening zijn mijns inziens niet van belang, omdat het hier niet gaat om het vormen van een voorziening maar om het vormen van een transitorische winstuitstelpost. Steun voor mijn standpunt vind ik in het arrest van 11 november 2011¹²⁵.

In dit arrest ontvangt een verzekeringsmaatschappij een premie (of koopsom) waarin een opslag is begrepen voor toekomstige administratiekosten. De opslag voor toekomstige administratiekosten van de verzekeringsmaatschappij wordt in rekening gebracht, omdat de verzekeringsmaatschappij voor het nakomen van zijn verplichtingen jegens verzekerden in latere jaren kosten zal moeten maken. De verzekeringsmaatschappij mocht een tweede passiefpost (een transitoire winstuitstelpost) vormen voor reeds ontvangen vergoeding voor administratiekosten.

De voorwaarden voor het vormen van een transitorische winstuitstelpost volgen uit het arrest van 20 april 1977. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest dat “volgens goed koopmansgebruik (...) voor vergoedingen als de onderhavige, voor zover zij betrekking hebben op behoorlijk aanwijsbare, in de komende jaren ten laste van de winst uit onderneming te brengen bedrijfskosten, kunnen worden gepassiveerd”¹²⁶. Ik deel de mening van Goes¹²⁷ dat naar aanleiding van onder andere dit arrest een ontvangen vergoeding als transitoire winstuitstelpost kan worden gepassiveerd als sprake is van (a) een vergoeding die gegeven is (b) voor bedrijfskosten die (c) behoorlijk aanwijsbaar zijn en (d) naar de verwachting in de toekomst gemaakt zullen worden. Wanneer dit wordt vertaald naar het gedeelte in de koopsom dat betrekking heeft op leeftijdsterugstelling is er sprake van een vergoeding

¹²³ o.a. G.M.C.M. Staats, Waardeoverdracht pensioen in eigen beheer, VFP 2012/2 en Pensioen van de dga en waardeoverdracht, Belastingbrief 2008/01

¹²⁴ HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409

¹²⁵ HR 11 november 2011, nr. 10/03774, NTFR 2011/2623

¹²⁶ HR 20 april 1977, nr. 017, BNB 1978/195, zie ook r.o. 9.13 in het arrest van HR 11 november 2011, nr. 10/03774, BNB 2012/17

¹²⁷ P.F. Goes, De fiscaal aftrekbare passiva, Fiscale Monografieën, Kluwer Deventer 2000, blz. 168-170

die wordt ontvangen, omdat de in de bij de berekening gehanteerde sterftetafel geen rekening houdt met toekomstige stijging van de levensverwachting. Zodoende is voldaan aan de voorwaarden (a) en (b). De Hoge Raad heeft invulling gegeven aan het begrip (c) “behoorlijk aanwijsbaar” in het reeds vermelde arrest van 20 april 1977. De Hoge Raad geeft aan dat de kosten voldoende bepaalbaar moeten zijn en aannemelijk gemaakt kunnen worden. Het gedeelte van de koopsom dat ziet op leeftijdsterugstelling ziet voorts op kosten die in de toekomst gemaakt zullen worden. Zodoende wordt voldaan aan voorwaarde (d).

De vergoeding die de verzekeringsmaatschappij in onderhavige casus ontvangt is mijns inziens vergelijkbaar met de in de koopsom begrepen leeftijdsterugstellingen. Dit brengt mij tot de conclusie dat het gedeelte van de koopsom dat ziet op leeftijdsterugstellingen, als transitoire winstuitstelpost bij het overnemende lichaam moet worden gepassiveerd. Daarnaast druist het tegen mijn fiscale gevoel dat een lichaam winst dient te nemen wanneer het een verplichting overneemt. De huidige visie dat het deel dat ziet op de leeftijdsterugstellingen dient vrij te vallen ten gunste van de winst is mijns inziens daarom onjuist en ongewenst. Indien in een later stadium, door bijvoorbeeld onverwachts overlijden, de kosten niet gemaakt hoeven te worden valt het gepassiveerde deel vrij ten gunste van de winst.

4.5 Waardeoverdracht binnen de fiscale eenheid

In de voorgaande paragrafen heeft de externe waardeoverdracht, waarbij geen sprake was van een fiscale eenheid vennootschapsbelasting, centraal gestaan. De fiscale gevolgen zijn uitgebreid uitgewerkt. Het is echter ook van belang stil te staan bij waardeoverdrachten binnen fiscale eenheid. Conform art. 8 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VpB 1969) juncto art. 3.8 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) dient de waardeoverdracht van de pensioenverplichting plaats te vinden tegen waarde in het economische verkeer. De overdracht gaat gepaard met fiscale gevolgen bij de overdrager en overnemer. Omdat er bij een fiscale eenheid sprake is van één belastingplichtige leidt deze transactie niet tot fiscale gevolgen. Aangezien er een interne overdracht plaatsvindt, is bij latere verbreking van de fiscale eenheid wellicht de sanctiebepaling van art. 15ai Wet VpB 1969 van toepassing. De eerste volzin van artikel 15ai Wet VpB 1969 eerste lid luidt:

Indien in enig jaar door een maatschappij (overdrager) een vermogensbestanddeel is overgedragen aan een andere maatschappij (overnemer) waarvan de waarde in het economische verkeer op het moment van de overdracht hoger was dan de boekwaarde, wordt op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan het ontvoegingstijdstip van die overdrager of overnemer, dat vermogensbestanddeel te boek gesteld op de waarde in het economische verkeer.

De vraag of art. 15ai Wet VpB 1969 van toepassing is bij een overdracht van pensioenkapitaal is aan bod gekomen bij de parlementaire behandeling. Tijdens deze behandeling komt naar voren dat de sanctiebepaling van toepassing is indien pensioenkapitaal wordt overgedragen¹²⁸. Kok¹²⁹ komt ook tot deze conclusie en met name omdat onder het begrip vermogensbestanddeel zowel bezittingen als schulden moet worden verstaan. Pancham, Kampschoër en De Roos¹³⁰ delen de mening van de staatssecretaris dat het in overeenstemming is met de ratio van art. 15ai Wet VpB 1969 dat passiva ook onder vermogensbestanddelen worden begrepen.

Uit de wettekst volgt dat indien sprake is van een positieve stille reserve art. 15ai Wet VpB 1969 van toepassing kan zijn bij overdracht en een latere verbreking van de fiscale eenheid binnen de gestelde Indien de waarde in het economische verkeer van de pensioenverplichting lager is dan de waarde van de pensioenverplichting op de fiscale balans betekent dit dat de passiefpost een positieve stille reserve bevat¹³¹.

Wanneer de waarde van de pensioenverplichting in werkelijkheid (waarde economische verkeer) hoger is dan de waarde op de fiscale balans, is sprake van een negatieve stille reserve. Wanneer wordt gekeken naar het doel en strekking van de bepaling in art. 15ai Wet VpB lijkt het ook mij alleszins redelijk dat de overdracht van passiva met een positieve stille reserve onder het toepassingsbereik van art. 15ai Wet VpB 1969 valt. Hiervoor is echter wel een creatieve uitleg van de onzorgvuldig geformuleerde wettekst nodig¹³². Indien ik de wettekst juist interpreteer de wettekst valt een negatieve stille reserve niet onder de ratio art. 15ai Wet VpB 1969.

De fiscale waarderingsregels van de pensioenverplichting in eigen beheer zullen er veelal voor zorgen dat de waarde van de pensioenverplichting op de fiscale balans lager zal zijn dan de waarde in het economische verkeer van de pensioenverplichting. Indien de pensioenverplichting wordt overgedragen binnen de fiscale eenheid heeft dit daarom in de meeste gevallen geen ongewenste fiscale gevolgen bij latere verbreking van de fiscale eenheid. Helemaal uitgesloten is dit echter niet. Door de fiscale waarderingsbeperkingen uit hoofdstuk 2 zal in zeer weinig gevallen de waarde van de pensioenverplichting in werkelijkheid lager zijn dan de waarde op de fiscale balans. Wanneer dit wel het geval betekent dit dat de pensioenverplichting een positieve stille reserve voor de onderneming bevat. Indien de fiscale eenheid wordt verbroken binnen zes jaar na de overdracht van de pensioenverplichting, waarin zich een positieve stille reserve bevond, treedt art. 15ai Wet VpB in werking. De waarde van de pensioenverplichting wordt door de sanctiebepaling onmiddellijk

¹²⁸ Kamerstukken I 2002/03, 26 854, nr. 45a, p. 2

¹²⁹ Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, p. 454, Amersfoort: SDU 2005

¹³⁰ G.W.J.M. Kampschoër, S.R. Pancham en I. de Roos, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting* (Fed Fiscale Brochures), par. 4.2.9, p. 138–149, Deventer: Kluwer 2003

¹³¹ Kamerstukken I 2002/03, 26 854, nr. 45a, p. 2

¹³² Kamerstukken I 2002/03, 26 854, nr. 45a, p. 2 in combinatie met de Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 15ai Wet VPB 1969, aant. 2.2.4

voorafgaand aan het ontvoegingstijdstip te boek gesteld op de waarde in het economische verkeer bij de overdrager of overnemer. In dit geval valt een gedeelte van de verplichting vrij. Deze vrijval vindt plaats ten gunste van de winst. Omdat de verplichting, welke ten laste van de winst is opgebouwd, hoger is dan dat deze in het economische verkeer zou moeten zijn is de vrijval ten gunste van de winst bij de overdrager in mijn ogen geen onredelijke uitkomst.

4.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is de waardeoverdracht van pensioenaanspraken in eigen beheer aan bod gekomen. Aangezien de commerciële waarde veelal hoger is dan de fiscale waarde gaat dit gepaard met fiscale gevolgen. Deze gevolgen zijn in dit hoofdstuk uitgebreid aan bod gekomen. Hierbij is gebleken dat de waardeoverdracht binnen de fiscale eenheid vennootschapsbelasting mijns inziens veelal niet zal leiden tot ongewenste fiscale gevolgen, omdat er door de fiscale waarderingsbeperkingen uit hoofdstuk 2 nagenoeg altijd sprake zal zijn van een negatieve stille reserve. Helemaal uitgesloten is dit echter niet, want indien er wel een positieve stille reserve schuilt in de pensioenverplichting zal bij latere verbreking van de fiscale eenheid de sanctiebepaling van art. 15ai Wet VpB 1969 in werking treden. In dat geval wordt de waarde van de verplichting onmiddellijk voorafgaand aan het ontvoegingstijdstip te boek worden gesteld op de waarde in het economische verkeer. Dit betekent dat er een vrijval plaatsvindt ten gunste van de winst. Winstneming acht ik in dat geval geen onredelijke uitkomst, omdat voorheen de te hoge verplichting is opgebouwd ten laste van de winst. Gebleken is dat bij een externe waardeoverdracht van pensioen in eigen beheer buiten de fiscale eenheid nogal wat komt kijken. Zo dient de indexatie-component te worden geactiveerd bij de overdragende partij. Daarnaast dient volgens de staatssecretaris het deel in de koopsom dat ziet op de leeftijdsterugstelling vrij te vallen bij het overnemende lichaam. Mijn onderzoek naar de externe waardeoverdracht buiten de fiscale eenheid en de ongewenste gevolgen van deze overdracht heeft mij tot een andere conclusie doen komen. Naar mijn mening dient de indexatie-component niet te worden geactiveerd bij de overdragende partij én dient het deel in de koopsom dat ziet op leeftijdsterugstellingen door de overnemende partij te worden gepassiveerd.

Ten aanzien van de overdragende partij is het om theoretische en praktische redenen geboden om art. 3.27, derde lid, Wet IB 2001 aan te passen. Ik pleit in navolging van Kuypers voor winstneming bij de overnemende partij in combinatie met een gefaseerde vorming van een passiefpost ten laste van de winst. Het feit dat winst dient te worden genomen bij de overnemer van de verplichting is weliswaar een 'rare' economische gedacht, maar door de gefaseerde vorming van een passiefpost ten laste van de winst verloopt dit fiscaal neutraal.

Daarnaast deel ik de mening van de staatssecretaris niet met betrekking tot het in de koopsom opgenomen bedrag dat ziet op leeftijdsterugstellingen. Het is in lijn met de jurisprudentie om ten

aanzien van de leeftijdsterugstellingen een transitorische winstuitstelpost op de balans van het overnemende lichaam te vormen.

Al met al rest mij niets anders dan te concluderen dat de fiscale regelgeving inzake de waardering van pensioenen in eigen beheer leidt tot zeer complexe en ongewenste gevolgen indien de pensioenverplichting wordt overgedragen buiten de fiscale eenheid vennootschapsbelasting.

5 SAMENVATTING EN CONCLUSIES

In deze scriptie heb ik onderzoek gedaan naar de waardering van het pensioen in eigen beheer en de invloed van diverse (rechts)handelingen op deze waardering. In het inleidende hoofdstuk heb ik stilgestaan bij de ontwikkelingen in de economie en bij de toenemende vergrijzing. De gevolgen hiervan zijn merkbaar in de pensioenwereld. De pensioenproblematiek leidt tot diverse noodzakelijke aanpassingen binnen het pensioenkader. Een van deze wijzigingen is het verhogen van de pensioenleeftijd. Daarnaast is afstempeling van pensioenaanspraken een vaak in het nieuws voorkomend fenomeen.

In mijn onderzoek staat de waardering van het pensioen in eigen beheer centraal. Hierbij gaat de aandacht uit naar handelingen die invloed hebben op de waardering van het pensioen of de inkomenssfeer van de DGA. De vraag die ik heb onderzocht luidt als volgt:

Wat zijn de fiscale gevolgen van bepaalde rechtshandelingen bij de pensioenuitvoerder en welke fiscale gevolgen hebben dergelijke transacties ten aanzien van de pensioengerechtigde?

Om deze vraag te beantwoorden heb ik allereerst in hoofdstuk 2 de opbouw en de waardering van het pensioen in eigen beheer onderzocht. Uit dit hoofdstuk is naar voren gekomen dat de opbouw en waardering van het pensioen in eigen beheer vrij complex is.

Aan de hand van de Wet op de loonbelasting 1964 heb ik uitgewerkt onder welke voorwaarden pensioen in eigen beheer opgebouwd kan worden. De Pensioenwet is niet van toepassing op de DGA die pensioen opbouwt in eigen beheer. De opbouw van het pensioen is afhankelijk van hetgeen in de pensioenbrief of het pensioenreglement is opgenomen. De hoogte van de pensioenopbouw is onder andere afhankelijk van de pensioenregeling, het pensioengevend loon, de diensttijd en de AOW-inbouw.

Bij oprichting van een bv wordt de voorperiode niet aangemerkt als diensttijd. Er wordt aangesloten bij een juridische benadering. Ik pleit in dit geval voor een meer economische benadering. De resultaten in de voorperiode worden toegerekend aan de toekomstige bv. Economisch gezien is er ten tijde van de voorperiode al sprake van een dienstbetrekking. Dit brengt mij tot de conclusie dat de voorperiode in aanmerking moet worden genomen als diensttijd in de zin van Hoofdstuk IIB van de Wet LB 1964. Naast de in aanmerking te nemen diensttijd heb ik vraagtekens geplaatst bij de in aanmerking te nemen AOW-inbouw bij het berekenen van de pensioengrondslag. De pensioengrondslag is van belang voor de hoogte van de pensioenopbouw. Bij het berekenen van de pensioengrondslag voor pensioenopbouw in eigen beheer moet rekening worden gehouden met een AOW-inbouw voor ongehuwden. Deze standaard AOW-inbouw voor ongehuwden bij het berekenen

van de pensioengrondslag van de DGA moet wellicht worden heroverwogen aangezien niet meer wordt aangesloten bij hetgeen collectief gangbaar is.

De fiscale waardering van de op te bouwen pensioenaanspraken dient plaats te vinden met inachtneming van de in de Wet IB 2001 en de Wet VpB 1969 vastgelegde regelgeving. Fiscaal mag geen rekening worden gehouden met leeftijdsterugstellingen. Daarnaast moet fiscaal standaard tegen 4% gereserveerd worden en mag er niet gereserveerd worden voor het zogenoemde vooroverlijdensrisico. Ook mag fiscaal geen rekening worden gehouden met kosten- en winstopslagen en indexatie. Deze fiscale beperkingen ten aanzien van de fiscale waardering van de pensioenverplichting in eigen beheer leiden er toe dat de commerciële waarde meestal aanzienlijk hoger is dan de fiscale waarde.

Ter uitvoering van de pensioenrechten worden pensioenlichamen opgericht. Indien het pensioen wordt uitgevoerd door een pensioenlichaam dient de werkgever bv jaarlijks premies te betalen aan het pensioenlichaam. Deze premies dienen betaald te worden om de pensioenverplichting aan de DGA te kunnen dekken. In het besluit van 3 juli 2008 zijn de richtlijnen vastgesteld voor premies aan pensioenlichamen. Uitgangspunt hierbij is dat de premies een zakelijk karakter dienen te hebben. De rekenregels in het besluit blinken niet uit in eenvoud. De door de werkgever bv te betalen premie dient te worden bepaald met in achtneming van de tarieven bij verzekeraars. Bij het ontvangende pensioenlichaam dient er echter fiscaal gewaardeerd te worden. Het verschil tussen de in aanmerking genomen (feitelijke) rekenrentes kan leiden tot activering van gedeeltes van premies/koopsommen bij de werkgever bv en tot winstneming bij het ontvangende pensioenlichaam. Deze gevolgen acht ik ongewenst. In mijn ogen is het relatief eenvoudiger om zowel bij het berekenen van de pensioenverplichting als bij het berekenen van de premie of koopsom een gelijke rekenrente van bijvoorbeeld 4% in aanmerking te nemen.

Als laatste onderdeel van hoofdstuk 2 heb ik de invloed van een aantal (rechts)handelingen op de waardering behandeld. De Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd heeft niet direct gevolgen voor de waardering van de pensioenverplichting. Toekomstige dotaties aan de pensioenverplichting worden wel beïnvloed door de verhoging van de pensioenleeftijd en de lagere opbouwpercentages. Overlijden of echtscheiding van de DGA heeft daarentegen wel directe gevolgen voor de hoogte van de pensioenverplichting. Overlijden gaat gepaard met een vrijval (hoogte afhankelijk van de pensioenregeling) van een gedeelte van de pensioenverplichting ten gunste van de winst. Echtscheiding leidt tot een afstortingsplicht van 50% van het tijdens het huwelijk opgebouwde aan de ex-partner toekomstige aanspraak op ouderdomspensioen, gevolgd door een actuariële berekening van de nog overblijvende aanspraak op ouderdomspensioen van de DGA.

In hoofdstuk 3 is aandacht besteed aan het korten van pensioenaanspraken van de DGA en het daarbij gemaakte onderscheid ten opzichte van pensioenfondsen/erkende verzekeraars en andere werknemers. Daarbij ga ik allereerst in op de sanctiebepalingen die mogelijk worden opgelegd bij het niet in acht nemen van de wettelijke regelgeving inzake pensioen in eigen beheer. De sanctiebepalingen in art. 19b Wet LB 1964 leidt ertoe dat de waarde in het economische verkeer van de gehele aanspraak bij de werknemer dan wel, indien deze is overleden, bij de gerechtigde tot de aanspraak wordt belast. Op grond van art. 30i AWR kan daarnaast ook 20% revisierente over de waarde in het economische verkeer van de aanspraak in rekening worden gebracht.

De sanctiebepalingen welke betrekking hebben op de DGA heb ik uitgewerkt. In mijn ogen leidt de sanctiebepaling die kan worden opgelegd bij het korten/prijsgeven van een (gedeelte) van de pensioenaanspraak van de DGA tot een ongerechtvaardigd verschil in benadering tussen pensioenfondsen (en de daarin ondergebrachte pensioenen van werknemers) en eigenbeheerlichamen (en het daarin ondergebrachte pensioen van de DGA). Pensioenfondsen hebben aangekondigd pensioenaanspraken te zullen gaan korten. Dit is een onvermijdelijk gevolg van de crisis en de daarmee gepaard gaande slechte resultaten op de beleggingsmarkt.

Onderdekking kan voor een pensioenfonds of erkende verzekeraar leiden tot een noodzakelijke korting op pensioenaanspraken van werknemers. Bij deze korting dienen de in de Pensioenwet opgenomen voorwaarden in acht te worden genomen. Eigenbeheerlichamen kunnen pensioenaanspraken van DGA's alleen korten om zakelijke redenen, zoals faillissement, surseance van betaling of schuldsanering. Onbelast (gedeeltelijk) afzien van pensioenaanspraken door de DGA is niet mogelijk zonder fiscale gevolgen. Ook niet indien sprake is van een dekkingstekort dat is ontstaan door tegenvallende rendementen.

Het afkopen, vervreemden of feitelijk tot voorwerp van zekerheid maken van een pensioenaanspraak is door de wetgever nadrukkelijk tot een verboden handeling bestempeld en derhalve een belastbaar feit. Ik betreur het dat geen tegenbewijsregeling is ingebouwd voor specifieke gevallen waarin geen sprake is van oneigenlijk gebruik. De DGA dient de mogelijkheid te worden geboden om zonder belastingheffing een gedeelte van de pensioenaanspraak prijs te geven, onder de voorwaarde dat sprake is van onderdekking welke is veroorzaakt door slechte beleggingsresultaten.

Om het verschil in behandeling én de ongewenste gevolgen van het korten van pensioenaanspraken van de DGA weg te nemen dient een tegenbewijsregeling in de Wet LB 1964 te worden opgenomen. De bewijslast ligt bij de belastingplichtige. Middels een verzoek kan daarbij vooraf zekerheid worden gevraagd bij de inspecteur. Dergelijke kortingen van pensioenaanspraken leiden tot gecompliceerde berekening van pensioenaanspraken. Daarom dient een leidraad voor dergelijke berekeningen in een besluit te worden opgenomen.

In het laatste hoofdstuk heb ik eventuele ongewenste fiscale gevolgen van de waardeoverdracht van pensioen in eigen beheer onderzocht. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen een interne en externe waardeoverdracht van de pensioenverplichting. Aan de interne waarde overdracht zijn geen fiscale gevolgen verbonden. Aan de externe waardeoverdracht, de overdracht aan een andere pensioenverzekeraar, zijn veelal wel fiscale gevolgen verbonden.

Een externe waardeoverdracht van de pensioenverplichting kan plaatsvinden binnen de fiscale eenheid vennootschapsbelasting. Wanneer de fiscale eenheid vervolgens binnen 6 jaar wordt verbroken kan mogelijk de sanctiebepaling van art. 15ai Wet VpB 1969 worden opgelegd, namelijk indien sprake is van een positieve stille reserve op het moment van overdracht. Dit wil zeggen dat de pensioenverplichting in het economische verkeer minder waard is dan dat deze op de fiscale balans bedraagt. In dat geval zal het verschil tussen de waarde op de fiscale balans en de waarde in het economische verkeer, onmiddellijk voorafgaand aan het ontvoegingstijdstip, vrijvallen ten gunste van de winst van de overdrager of overnemer. Veelal zal de pensioenverplichting door de fiscale waarderingbeperkingen, zoals ik heb behandeld in hoofdstuk 2, een negatieve stille reserve bevatten waardoor art. 15ai Wet VpB 1969 geen toepassing zal vinden.

Uit hoofdstuk 4 is gebleken dat bij de externe waardeoverdracht van de pensioenverplichting buiten de fiscale eenheid nogal wat komt kijken. De overdrachtswaarde is de waarde in het economische verkeer. Deze is meestal aanzienlijk hoger dan de fiscale waardering op de balans. Fiscaal mag geen rekening worden gehouden met leeftijdsterugstellingen. Daarnaast dient fiscaal standaard tegen 4% te worden gereserveerd bij een open geïndexeerd pensioen. Ook mag er fiscaal geen rekening worden gehouden met indexatie, kosten- en winstopslagen en het vooroverlijdensrisico.

Bij de uitwerking van de fiscale gevolgen van de waardeoverdracht heb ik onderscheid gemaakt tussen de gevolgen ten aanzien van het overdragende en het overnemende lichaam. De gevolgen van de waardeoverdracht voor zowel het overdragende als het overnemende lichaam bevatten ongewenste elementen.

De indexatiecomponent is onderdeel van de overdrachtswaarde. De indexatiecomponent dient na waardeoverdracht van de pensioenverplichting geactiveerd te worden bij de overdragende partij. Om theoretische en praktische redenen is het in mijn ogen gewenst om de indexatiecomponent vrij te laten vallen ten gunste van de winst bij de overnemende partij. Vervolgens kan deze gefaseerd ten laste van de winst worden gepassiveerd. Om dit mogelijk te maken moet art. 3.27, derde lid, Wet IB 2001 worden aangepast.

Naar de mening van de staatssecretaris dient het in de koopsom opgenomen bedrag dat ziet op leeftijdsterugstellingen vrij te vallen ten gunste van de winst van het overnemende lichaam. Ik ben een andere mening toegedaan. In mijn ogen is het in lijn met de jurisprudentie om ten aanzien van

de leeftijdsterugstellingen een transitorische winstuitstelpost op de balans van het overnemende lichaam te vormen.

In deze masterscriptie Fiscale Economie heb ik de fiscale gevolgen van enkele rechtshandelingen met betrekking tot het pensioen in eigen beheer onderzocht. Hierbij heb ik onderscheid gemaakt tussen de volgende rechtshandelingen: het korten van pensioen (zoals dit eerder aan bod is gekomen), het doen van een nieuwe pensioentoezegging (in verband met de te wijzigen pensioenleeftijd naar 67 jaar), en het overdragen van de pensioenverplichting.

Ten aanzien van de pensioengerechtigde treden met name gevolgen op indien de pensioenaanspraak wordt gekort. Hierbij heb ik de nodige kanttekeningen geplaatst en gepleit voor een tegenbewijsregeling. Bij de pensioenuitvoerder in eigen beheer leiden met name waardeoverdracht van pensioenkapitaal en premiebetalingen aan pensioenlichamen tot ongewenste fiscale gevolgen. Om deze ongewenste gevolgen deels weg te nemen heb ik enkele aanbevelingen gedaan.

6 LITERATUURLIJST

Boeken:

- J.J. Buijze, De dga en zijn pensioen, Fiscale Praktijkreeks, nr. 26
- P.F. Goes, De fiscaal aftrekbare passiva, Fiscale Monografieën, Kluwer Deventer 2000, blz. 168-170
- G.W.J.M. Kampschöer, S.R. Pancham en I. de Roos, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (Fed Fiscale Brochures), Deventer: Kluwer 2003
- Q.W.J.C.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Amersfoort: SDU 2005
- A.J. van Soest, Belastingen; inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting, besluit ter voorkoming dubbele belasting 2001, Nederlands Standaardverdrag, 23^e druk, Deventer: Kluwer 2007
- L.G.M. Stevens en B.G.J. Schuurman, Pensioen in de loonsfeer, FED, 2008
- G.J.B. Dietvorst, J. Dilling, L.G.M. Stevens, Pensioengids 2011, Deventer: Kluwer 2011

Artikelen:

- E. Aardema, De passiefzijde van de fiscale balans, TFO 1996/82
- P.J.M. Akkermans, Korten, afstempelen, versoberen, verminderen: de 'kleine lettertjes' onder de loep, Pensioen Magazine 2011, 22
- J.C.K.W. Bartel, DGA-pensioen-verplichtingen, NTFR 2012/1068
- P.A. ter Beest en J.T. Gommer, Waardering van pensioen in (extern) eigen beheer, WFR 2009/546
- L.P. van den Bosch, Besluit waardering pensioenverplichtingen; mist..., WFR 2001/248
- J.A.L. Borremans en C. Beishuizen, Lang leve (de bewustwording van) het pensioen in eigen beheer!, Pensioen Magazine 2009, 211
- M.E.C. Boumans, Waardeoverdracht in de schijnwerpers, Pensioen & Praktijk, 2011, nr. 5
- W. Bruins Slot, De verhouding tussen totaal- en jaarwinstbepalingen, NTFR beschouwingen 2011/9
- G.J.B. Dietvorst, Hebben oudedagsreserve en pensioen in eigen beheer nog toekomst?, Pensioen Magazine 2009, 167
- J. Dilling, Waardeoverdracht van pensioen, wel of niet doen?, VFP 2008,61
- J. Doornebal, Passivering van terugbetalingsverplichtingen, NTFR beschouwingen 2012/1
- W.W.G. Gaemers en N.H. Hekker, Waarom het afkooprecht geen recht is!, Pensioen & Praktijk, 2011, nr. 11
- J.A. Gielink, Korten van pensioen: fiscaal onherstelbaar?, Pensioen & Praktijk, 2012, nr. 4
- J.A. Gielink, L.J.P. v.d. Meij, M.W. Minnaard, E.M.F. Schols, M.C.J. Witteman, Juridische aspecten van korten van pensioenen, Tijdschrift Pensioenvraagstukken, april 2011 afl. 2 nr. 9
- M. Heemskerk, Pensioenakkoord en AOW: onzekere pensioenen en gerommel in de polder, Fiscaal Tijdschrift Vermogen 2011/6
- E.J. Heemskerk en S.J. Röder, Herstel van korting vraagt om herstel van de wet?, Pensioenmagazine 2011, 25

- A.G. Jimmink, kredietcrisis: afzien voor de dga (?), Pensioen Actief 2009/1
- I.E. Leene-Hoedemaeker, Afstorten pensioen in eigen beheer bij echtscheiding, VFP 2007/65
- M.E. Kastelein, prijsgeven van pensioen door de dga, Pensioen Actief 2009/4
- A.C.M. Kuypers, NTFR 2010/674, commentaar bij conclusie van A-G Wattel bij het beroep in cassatie tegen Hof Den Haag, 21 juli 2009
- A.C.M. Kuypers, indexatielast ter zake van overgedragen pensioenverplichting niet aftrekbaar, NTFR 2011/57
- I.E. Leene-Hoedemaeker, Afstorten pensioen in eigen beheer bij echtscheiding, VFP 2007/65
- C.A.H. van Luijken, Fiscale behandeling pensioenverplichtingen in de winstfeer, TFO 2001/210
- C.A.H. van Luijken, Korting pensioenaanspraken, welke fiscale problemen kan dit gaan opleveren?, NTFR 2010/43
- J.J.T. Roijackers, Fiscale en commerciële waardering pensioenvoorziening, WFR 2006/101
- G.M.C.M. Staats, Pensioen van de dga en waardeoverdracht, Belastingbrief 2008/1
- G.M.C.M. Staats, Waardeoverdracht pensioen in eigen beheer, VFP 2010, 2
- G.M.C.M. Staats, Wat moet er gebeuren met het pensioen in eigen beheer?, WFR 2011/287
- R. Stam, Afstorten in eigen beheer gehouden pensioen na echtscheiding, Pensioen Magazine 2007, 60
- L.J.C. Vet, De kronkel van art. 19b Wet LB 1964, PensioenMagazine 2012,64
- I. Witte, Richtlijn en rekenrente, Pensioen & Praktijk, 2012, nr. 3
- P.F.H. Weishaupt & G.M.C.M. Staats, De kronkel van art. 19 b Wet LB 1964: Hoe kun je afzien van wat er niet is?, PensioenMagazine 2012,6

Kamerstukken:

- Kamerstukken II 1973/74, 13 004, nr. 3, p. 3–5
- Kamerstukken II 1974/75, 13 004, nr. 5 - 6, blz. 27-28
- Kamerstukken II 1992/93, 23 046, nr. 3, blz. 21
- Kamerstukken II 1993/94, 23 046, nr. 2.
- Kamerstukken I 1994/95, 23 046, nrs. 79c en 79d, blz. 2
- Kamerstukken I 1994/95, 23 046, nr. 79d, blz. 2
- Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr.3
- Kamerstukken I 1999/2000, 26 020, nr. 56
- Kamerstukken I 2002/03, 26 854, nr. 45a, p. 2
- Kamerstukken I 2002/03, 26 854, nr. 45a, p. 2
- Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr.3
- Kamerstukken II 2010/11, 30 413, nr. 157
- Kamerstukken II 2011/12, 33 046, nr. 1-4

Jurisprudentie:

- Rechtbank Arnhem, 1 februari 2006, nr. 05/2004, V-N 2006/29.15

- Rechtbank Haarlem 14 februari 2006, nr. 05/2627, LJN AV2073
- Rechtbank Arnhem 14 juni 2007, nr. AWB 06/3792, V-N 2008/3.15
- Rechtbank 's-Gravenhage 1 maart 2012, AWB 10/4647, V-N Vandaag 2012/933
- Rechtbank 's-Gravenhage 22 maart 2012, AWB 10/4139 VPB, V-N Vandaag 2012/941
- Rechtbank 's-Gravenhage 22 maart 2012, AWB 10/4490 VPB, V-N Vandaag 2012/942
- Rechtbank Breda 11 mei 2012, nr. 11/1245, V-N Vandaag 2012/1608

- Hof Leeuwarden 28 september 1984, nr. 1714/82, BNB 1986/67
- Hof Amsterdam, 27 november 2000, V-N 2001/19.23
- Hof Leeuwarden, 4 mei 2007, V-N 2007/40.17
- Hof 's-Gravenhage 9 oktober 2009, nr. BK09-00011, V-N 2010/37.12
- Hof Den Haag, 26 januari 2010, V-N 2011/25.18.9
- Hof Den Bosch, 18 februari 2011, LJN BQ3646, NTFR 2011/1136

- HR 26 juni 1963, BNB 1963/313
- HR 8 december 1971, nr. 16/610, BNB 1972/26
- HR 20 april 1977, nr. 017, BNB 1978/195
- HR 9 juni 1982, nr. 21 120, BNB 1982/200
- HR 24 februari 1988, nr. 23/776, BNB 1988/202
- HR 16 juni 1993, nr. 28 490, BNB 1993/297
- HR 26 februari 1997, nr. 31 803, BNB 1997/218
- HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409
- HR 28 juni 2000, nr. 34 169, BNB 2000/275
- HR 14 juni 2000, nr. 35 424, BNB 2000/282
- HR 24 oktober 2003, nr. 37 856, BNB 2004/112
- HR 23 januari 2004, nr. 38 029, BNB 2004/163
- HR 14 april 2006, nr. 41 569, BNB 2006/278
- HR 1 september 2006, nr. 40 930, BNB 2007/103
- HR 9 februari 2007, nr. R06/021, LJN: AZ2658
- HR 24 december 2010, nr. 09/03431, BNB 2011/94
- HR 11 november 2011, nr. 10/03774, NTFR 2011/2623

Besluiten

- Regeling van 23 december 1994, Stcrt. 1994, 251 laatst gewijzigd bij besluit van 11 december 2000, Stcrt. 2000, 242.
- Besluit van 22 april 2004, nr. CPP2003/2794, onderdeel 14 (dit besluit is inmiddels vervallen)
- Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, Stcrt. Nr. 133, in combinatie met

- Besluit van 21 december 2009, nr. CPP2009/1487M
- Besluit van 9 december 2011, nr. BLKB2011/2437M, Staatscourant 2011, nr. 23247

Overige:

- Brief van Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2009, nr. DB2009/589M, nota naar aanleiding van het verslag, V-N 2009/48.2,
- Brief Staatssecretaris van Financiën van 29 april 2009, DB2009/210 U, gepubliceerd in V-N 2009/24.6
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 1 februari 2001, nr. DGB/2010/0838 U
- Conclusie A-G Groeneveld, 20 mei 2003, nr. 37 856, V-N 2003/34.9
- CAP: Vraag & Antwoord 11 februari 2009, 08-078 & 08-079
- Elsevier, ambtenarenfonds ABP kort pensioenen met 0,5 procent,
<http://www.elsevier.nl/web/Nieuws/Economie/329429/Ambtenarenfonds-ABP-kort-pensioenen-met-05-procent.htm>
- Reactie van 11 oktober 2010, 2513AA22, bijlage bij brief aan de Eerste en Tweede kamer,
www.eerstekamer.nl/eu/.../20101011/brief_met...=/vijcqw8ejhvn.pdf
- Korten pensioenfonds: <http://www.pfzw.nl/Particulieren/actueel/herstelplan/herstelplan.asp>
- Uitzending Nieuwsuur 5 januari 2012, <http://www.uitzendinggemist.nl/afleveringen/1211770>
- Vakstudie Inkomstenbelasting, commentaar op diverse wetsartikelen
- Vakstudie Loonbelasting en Premieheffingen, commentaar op diverse wetsartikelen
- Vakstudie Venootschapsbelasting, commentaar op diverse wetsartikelen