

Erasmus Universiteit Rotterdam

Faculteit der Economische Wetenschappen

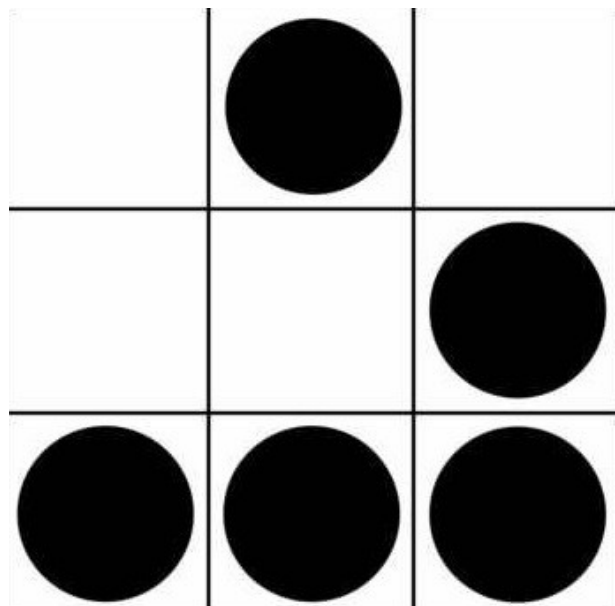
Master thesis

Rotterdam, maart 2015

# Pensioen in eigen beheer

Verzorging, financiering & facilitering

Naam Frodo Dirks  
Begeleider Prof. Dr. P. Kavelaars  
Studentnummer 139241



## Voorwoord

Met het schrijven van dit voorwoord komt een einde aan mijn studie Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit. Ik vind dat een toepasselijk moment om enkele personen te bedanken die mij daar bij hebben geholpen. Allereerst gaan mijn gedachten daarbij uit naar Peter Kavelaars. Zonder zijn hulp zou deze scriptie niet tot stand zijn gekomen. Ik wil hem bedanken voor de begeleiding en de correcties, maar bovenal voor de hulp bij het aanbrengen van structuur in het onderzoek. Fouten en onjuistheden zijn uiteraard geheel van mijn hand. Verder wil ik Piet Oerlemans bedanken voor zijn hulp bij het schrijven van mijn bachelor scriptie, wat ik niet eerder heb gedaan, en voor zijn ondersteuning tijdens het werkcollege. Zonder het te weten heeft hij me precies op het juiste moment overtuigd van mijn kunnen. Alle familieleden en vrienden die mij gesteund hebben bedank ik daarvoor. Als laatst wil ik mijn vriendin Monique bedanken. Zij heeft een en ander moeten laten zodat ik mij kon richten op mijn studie. Ik hoop dat in de toekomst zal blijken dat die inspanning voor haar niet voor niets is geweest.

# Inhoudsopgave

1 Inleiding.....	1
1.1 Algemeen.....	1
1.2 Oudedagsvoorzieningen.....	1
1.3 Pensioen voor de DGA.....	3
1.4 Onderzoekstelling en opzet scriptie.....	5
2 Pensioenwet.....	7
2.1 Inleiding.....	7
2.2 Doel en strekking.....	7
2.3 De DGA en pensioen in eigen beheer.....	9
2.4 Verschillenanalyse.....	12
2.4.1 Inleiding.....	12
2.4.2 Ouderdomspensioen.....	13
2.4.3 Pensioen in natura.....	16
2.4.4 Financiële opzet en crisis.....	17
2.4.5 Afkoop en vervreemding.....	20
2.4.6 Waardeoverdracht.....	21
2.4.7 Bijzonder partnerpensioen.....	26
2.4.8 Informatieverstrekking.....	28
2.5 Conclusie.....	28
3 Loonbelasting.....	30
3.1 Inleiding.....	30
3.2 Dienstbetrekking.....	30
3.3 Loon en aanspraak.....	32
3.3.1 Loon.....	32
3.3.2 Loonmanipulatie.....	33
3.3.3 Aanspraken.....	36
3.4 Pensioensoorten.....	38
3.5 Gangbaarheids criterium.....	40
3.6 Inkoop dienstjaren.....	44
3.7 Afwijkingen.....	46
3.8 Strafbare handelingen.....	47
3.8.1 Algemeen.....	47
3.8.2 Afkoop.....	48
3.8.3 Prijsgeven van aanspraken.....	50
3.9 Conclusie.....	52
4 Ondernemingsrecht.....	54
4.1 Inleiding.....	54

4.2 Doel en strekking.....	54
4.3 Kleine rechtspersonen.....	58
4.3.1 BW.....	58
4.3.2 Kritiek regime kleine rechtspersonen.....	59
4.3.3 Micro-entiteiten.....	61
4.3.4 Eenpersoonsvennootschap.....	62
4.3.5 Conclusie kleine rechtspersonen.....	64
4.4 De pensioenvoorziening in de jaarrekening.....	65
4.4.1 Voorzieningen.....	65
4.4.2 Omvang van de voorziening voor pensioenverplichtingen.....	66
4.4.3 Rekenrente.....	72
4.5 De uitkering.....	75
4.6 Conclusie.....	77
5 Vennootschapsbelasting.....	79
5.1 Inleiding.....	79
5.2 Subjectieve belastingplicht.....	79
5.3 Voorzieningen.....	82
5.4 Intern eigen beheer.....	83
5.4.1 Inleiding.....	83
5.4.2 Overlevingstafel.....	84
5.4.3 Rekenrente.....	85
5.4.4 Kosten.....	87
5.4.5 Veiligheidsmarges.....	88
5.4.6 Jaarlagen.....	88
5.4.7 Methode van financiering.....	89
5.4.8 Toekomstige loon- en prijsontwikkelingen.....	91
5.4.9 Uitgaande waardeoverdracht.....	93
5.5 Extern eigen beheer.....	96
5.5.1 Jaarpremie/-koopsom.....	96
5.5.2 Werkmaatschappij.....	97
5.5.3 Pensioenlichaam.....	97
5.5.4 Inkomende waardeoverdracht.....	98
5.6 Dividenduitkering.....	99
5.7 Conclusie.....	101
6 Conclusie en aanbevelingen.....	103
6.1 Conclusie.....	103
6.2 Aanbevelingen.....	104
Geraadpleegde bronnen.....	107

# 1 Inleiding

## 1.1 Algemeen

Pensioen geniet momenteel de nodige aandacht. Terecht, want pensioen is belangrijk. Het is immers niet alleen van belang om gedurende het actieve leven in het levensonderhoud te kunnen voorzien, maar ook in de periode die daar op volgt. Pensioen geniet ook de aandacht omdat met pensioen grote bedragen zijn gemoeid die beslag leggen op de overheidsfinanciën ten gevolge van de fiscale facilitering (zogenoemde omkeerregel). Het budgettaire belang van de omkeerregel bedraagt op dit moment iets meer dan € 13 mld,<sup>1</sup> maar de werkelijke kosten van de facilitering zijn moeilijk te schatten.<sup>2</sup>

## 1.2 Oudedagsvoorzieningen

In Nederland kan op verschillende manieren worden voorzien in een inkomen voor de oude dag. Naast sparen in box 3 kent Nederland een systeem voor inkomensvoorzieningen dat bestaat uit drie pijlers. Binnen de eerste pijler bouwt iedere ingezetene van Nederland op grond van de Algemene oudersdomswet (AOW) een recht op de basis oudedagsvoorziening op, de AOW-uitkering. Het recht op de AOW-uitkering wordt in 50 jaar, vanaf 15 jaar en drie maanden tot 65 jaar en drie maanden (2015), lineair opgebouwd.<sup>3</sup> De komende jaren stijgt de AOW-leeftijd geleidelijk tot in elk geval 67 jaar en wordt vervolgens gekoppeld aan de ontwikkeling van de levensverwachting, maar op dit moment is een wetsvoorstel aanhangig waardoor de verhoging van de AOW-leeftijd wordt versneld.<sup>4</sup> Zodra de AOW-leeftijd wordt bereikt heeft men, indien en voor zover men verzekerd is geweest gedurende de voorafgaande periode van 50 jaar, recht op de uitkering. De AOW wordt gefinancierd door een heffing van 17,9% over het premie-inkomen tot geen hoger bedrag dan het als tweede vermelde bedrag in kolom II van de tarieftabel in art. 2.10 lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) en wordt tezamen met de inkomstenbelasting/loonbelasting geheven van belastingplichtigen tot de AOW-leeftijd.<sup>5</sup> De AOW financiering is gebaseerd op het omslagstelsel waarbij inkomen wordt overgeheveld van de actieve bevolking naar de bevolking die recht heeft op een AOW-uitkering. Een actueel probleem is de verhouding tussen de actieven en de inactieven, ook wel de grijze druk genoemd.<sup>6</sup> Door de vergrijzing van de Nederlandse bevolking krijgen steeds meer personen recht op een uitkering. Tegelijkertijd neemt de beroepsbevolking af waardoor steeds minder mensen bijdragen aan de financiering van de AOW.<sup>7</sup> Een bijdrage aan de oplossing van dat probleem is een vorm van

<sup>1</sup> *Rijksbegroting 2015*, [http://www.rijksbegroting.nl/2015/voorbereiding/miljoenennota,kst199383\\_6.html](http://www.rijksbegroting.nl/2015/voorbereiding/miljoenennota,kst199383_6.html) [04-03-2015].

<sup>2</sup> Zie voetnoot 15.

<sup>3</sup> Art. 7a lid 1 onderdeel d AOW.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34 083, nr. 2.

<sup>5</sup> Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 november 2014, 2014-0000156608, tot vaststelling van de premiepercentages en het maximumpremieloon werknemers- en volksverzekeringen en de opslag kinderopvangtoeslag voor 2015, *Stcrt.* 2014, 32195; Art. 11 lid 1 Wfsv, art. 8 lid 3 Wfsv en art. 2.10 Wet IB 2001.

<sup>6</sup> Verhouding tussen het aantal inwoners in de AOW-gerechtigde leeftijd en de omvang van de potentiële beroepsbevolking. Zie: CBS, *Potentiële beroepsbevolking blijft straks op peil dankzij 65-plussers*, PB12-073, Den Haag: CBS 2012, p. 2.

<sup>7</sup> Althans tot 2016. Zie: CBS, *Potentiële beroepsbevolking blijft straks op peil dankzij 65-plussers*, PB12-073, Den Haag: CBS 2012, p. 1.

fiscalisering van de AOW. Het achterliggende idee van fiscalisering van de AOW is dat ook AOW-gerechtigden zelf een bijdrage leveren aan de financiering van de AOW. Sinds 2011 vindt fiscalisering van de AOW feitelijk plaats in de vorm van de zogenoemde houdbaarheidsbijdrage en doordat een (steeds groter) deel van de AOW-uitkeringen gefinancierd wordt uit de algemene middelen. De opbrengst van de geheven AOW-premies is namelijk lager dan de uitgaven aan AOW-uitkeringen.<sup>8</sup> De houdbaarheidsbijdrage houdt in dat voor belastingplichtigen die geboren zijn na 1945 de bovengrens van de tweede schijf in de inkomstenbelasting niet volledig, maar voor 75% wordt geïndexeerd. De bovengrens van de tweede schijf groeit daardoor minder met als gevolg dat eerder het tarief van de derde schijf wordt bereikt en dat op termijn de tweede schijf geheel verdwijnt. Voor de groep belastingplichtigen die geboren is na 1945, een AOW-uitkering ontvangt en een hoger belastbaar inkomen heeft dan de bovengrens van de tweede schijf, zal dit tot gevolg hebben dat “*vanaf 2011 een bijdrage [wordt, FD] gevraagd*”.<sup>9</sup> De Commissie-Van Dijkhuizen heeft voorgesteld de fiscalisering van de AOW te versnellen door AOW-gerechtigden mee te laten betalen aan de AOW-premie.<sup>10</sup> Bij wijze van overgangsregime zou het AOW-percentages voor AOW-gerechtigden moeten starten met 1% en jaarlijks met een procentpunt moeten stijgen tot het huidige niveau van circa 18%. AOW-gerechtigden die enkel een AOW-uitkering ontvangen worden niet geraakt door de fiscalisering van de AOW omdat de netto AOW-uitkering wordt afgeleid van het netto minimumloon,<sup>11</sup> ook wel bekend als de netto-nettokoppeling. Hieruit blijkt dat de AOW gezien moet worden als een basisvoorziening. Het is nauwelijks mogelijk met enkel een AOW-uitkering in het levensonderhoud te kunnen voorzien. In de tweede en derde pijler kan dan ook aanvullend worden voorzien in inkomen. De tweede pijler is het werknemerspensioen. Omdat het gezien wordt als aanvulling op de eerste pijler wordt het ook aangeduid als het aanvullend pensioen. Binnen de tweede pijler bestaat een rechtstreeks verband tussen het werknemerschap en de inkomensvoorziening. Indien geen sprake is van een werknemer, bijvoorbeeld een zelfstandige IB-ondernemer, kan in deze pijler geen inkomensvoorziening worden opgebouwd. Uitzondering hierop is de regeling voor beroepspensioenen. Beroepsgenoten die onder de werkingssfeer van de Wet verplichte beroepspensioenregeling vallen zijn geen werknemer, maar kunnen wel in de tweede pijler pensioen opbouwen, zij het op een wat andere wijze dan werknemers.<sup>12</sup> In tegenstelling tot de eerste pijler wordt de tweede pijler gekenmerkt door een kapitaaldeckingsstelsel. Iedere gerechtigde ‘spaart’ voor zijn eigen pensioen. In Nederland bestaat geen formele pensioenplicht, maar toch bouwt zo’n 90% van de beroepsbevolking pensioen op binnen de tweede pijler. Het pensioen in de tweede pijler wordt beheerst door de Pensioenwet (PW). Het doel van de Pensioenwet is het verschaffen van zekerheid dat opgebouwde aanspraken ook daadwerkelijk geëffectueerd worden.<sup>13</sup> Die

<sup>8</sup> Kamerstukken II 2013/14, 32 043, nr 202, p. 1.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 704, nr. 3, p. 11–13.

<sup>10</sup> Rapport Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, *Naar een activerender belastingstelsel, Interim-rapport*, bijlage bij Kamerstukken II 2012/13, 33 447, nr. 1, p. 81.

<sup>11</sup> Art. 9 lid 2 AOW.

<sup>12</sup> Beroepspensioenregelingen hoefden tot 2015 niet aan de voorwaarden van Hoofdstuk IIB Wet LB 1964 te voldoen indien geen sprake is van een beroepsgenoot die in loondienst is of die als DGA kwalificeert. Vanaf 2015 is het Witteveenkader wel van toepassing op beroepsgenoten (Wet Overige fiscale maatregelen 2013, *Stb.* 2012, 669).

<sup>13</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 2–3.

zekerheid uit zich onder andere in de voorwaarde dat het pensioen buiten de risicosfeer van de onderneming moet worden opgebouwd. Het pensioen wordt toegezegd door de werkgever en is als zodanig een deel van de beloning en van het geheel van arbeidsvoorwaarden.<sup>14</sup> Indien de pensioenregeling voldoet aan de voorwaarden van hoofdstuk IIB van de Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB 1964) is de aanspraak op pensioen bij toekenning onbelast. Op grond van art. 11 lid 1 onderdeel c Wet LB 1964 behoort de aanspraak dan namelijk niet tot het loon. In art. 11 lid 1 onderdeel j Wet LB 1964 is verder bepaald dat ook bedragen die worden ingehouden op het loon ingevolge een pensioenregeling, de werknemersbijdrage, niet tot het loon behoren. Dit systeem wordt aangeduid met de “omkeerregel”. Pensioenregelingen voldoen in de regel aan de gestelde eisen voor de fiscale facilitering. Het beoogde gevolg van de omkeerregel is dat het pensioen belastingvrij kan worden opgebouwd en dat de uitkeringen te zijner tijd belast worden. De kosten die dit meebrengt voor de overheid, namelijk de rentederving over het heffen op een tijdstip in de toekomst, de mogelijkheid dat de premies tegen een hoger tarief worden afgetrokken dan de uitkeringen worden belast, de mogelijkheid dat uitkeringen geheel niet worden belast na emigratie (het buitenlandlek) en de hogere tarieven om de subsidie te neutraliseren, zijn moeilijk in te schatten.<sup>15</sup>

Daar waar de eerste en tweede pijler met name zien op inkomensvoorzieningen voor groepen werknemers, veelal per onderneming of bedrijfstak, biedt de derde pijler voor iedereen de mogelijkheid op individuele basis te voorzien in een oudedagsinkomen (lijfrente). Een lijfrente is een reeks periodieke uitkeringen afhankelijk van het in leven zijn van één of meer personen.<sup>16</sup> Die reeks kan eindigen na een van te voren vastgesteld aantal termijnen, maar kan ook eindigen door het overlijden van een of meer personen. Meer van belang dan de civielrechtelijke bepaling is de bepaling wat in fiscaal opzicht onder een lijfrente moet worden verstaan, omdat de opbouw daarvan onder voorwaarden fiscaal kan worden gefaciliteerd. In art. 1.7 lid 1 Wet IB 2001 is ter zake een definitie opgenomen. Fiscale facilitering in de derde pijler is uitgesloten indien en voor zover niet aan de voorwaarden van de Wet IB 2001 wordt voldaan. Met name afdeling 3.7 van de Wet IB 2001 bepaalt wat de voorwaarden voor fiscale facilitering zijn. Het begrip lijfrente heeft verder vorm gekregen in de jurisprudentie.

### **1.3 Pensioen voor de DGA**

Het systeem van pensioen in de tweede pijler, waarbij een werkgever en werknemer een pensioentoezegging overeenkomen en waarbij de aanspraak vervolgens op grond van de Pensioenwet wordt ondergebracht bij een pensioenuitvoerder, is niet van toepassing op de directeur-groootaandeelhouder (DGA). De wetgever is van mening dat de DGA geen behoefte heeft aan de bescherming van de Pensioenwet. Hij kan als eigenaar zijn eigen belangen behartigen. Zijn hoedanigheid als werknemer is van ondergeschikt belang.<sup>17</sup> Art. 1 PW bepaalt wie DGA is. Hetzelfde

<sup>14</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p 1.

<sup>15</sup> DNB, *De omkeerregel voor pensioenopbouw en de inkomensverdeling*, DNB Kwartaalbericht september 2007, sAmsterdam: DNB 2007.

<sup>16</sup> Art. 7:990 BW.

<sup>17</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3 , p. 20.

artikel bepaalt vervolgens dat hij geen werknemer is en zodoende, behoudens enkele uitzonderingen, niet onder de werkingssfeer van de Pensioenwet valt. Een uitzondering is de DGA die op grond van art. 3 lid 1 PW onder de werkingssfeer valt van een door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling. Een andere uitzondering is de DGA die in 2007 bij de vervanging van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) in de Pensioenwet de keuze heeft gemaakt mee te blijven lopen in een pensioenregeling van de onderneming, dan wel een pensioenovereenkomst die hij heeft gesloten met een professionele verzekeraar. Verder heeft de DGA de keuze vrijwillig voor een periode van drie jaar deel te blijven nemen aan een pensioenregeling op grond van art. 54 PW. De vrijwillige voortzetting moet dan volgen op een verplichte deelneming. Als laatste kan nog genoemd worden de DGA die een bedrijfstakpensioenfonds verzoekt voor vrijwillige aansluiting. Indien geen van de uitzonderingen van toepassing is resteren de DGA twee alternatieven om in de tweede pijler pensioen op te bouwen. Een pensioenverzekeringsspolis sluiten bij een pensioenverzekeraar of het pensioen in eigen beheer opbouwen.

Pensioen in eigen beheer is het onderwerp van deze scriptie en vindt zijn oorsprong in de gedachte dat voor zelfstandigen pensioenopbouw mogelijk moet zijn zonder de beschermende werking van de pensioenwetgeving en zonder dat dit negatieve consequenties heeft voor de cash-flow van de onderneming. Voor zelfstandige IB-ondernemers bestaat de mogelijkheid om ten laste van de winst een oudedagsreserve te vormen.<sup>18</sup> Bij pensioen in eigen beheer wordt onderscheid gemaakt tussen intern eigen beheer en extern eigen beheer. Van intern eigen beheer is sprake als de werkmaatschappij waarbij de DGA in dienst is zelf optreedt als uitvoerder van het pensioen. Op de balans van de werkmaatschappij wordt een verplichting opgenomen om te zijner tijd een pensioen uit te keren aan de DGA. De bv kan daartoe een afgezonderd kapitaal vormen, bijvoorbeeld door het aanhouden van een beleggingsportefeuille, maar dit is niet verplicht. Van extern eigen beheer is sprake als de pensioentoezegging wordt ondergebracht bij een ander lichaam dan de werkmaatschappij, zoals een pensioen-bv, de holding-bv van de DGA of een ander lichaam. Dit laatste is overigens vrij ongebruikelijk omdat de DGA voor het beheer van de pensioengelden dan sterk afhankelijk wordt van die ander.<sup>19</sup> Bij extern eigen beheer wordt het kapitaal dat dient ter financiering van het toegezegd pensioen in principe uit de risicosfeer van de onderneming gehaald.<sup>20</sup> Ook bij pensioenopbouw in eigen beheer kan de omkeerregel worden toegepast, zij het dat de voorwaarden op een aantal onderdelen verschilt van die welke gelden voor reguliere werknemers. Het verschil wordt veroorzaakt door aanvullende regels die de mogelijkheid voor pensioenopbouw beperken. De Wet op de loonbelasting 1964 bevat daartoe bepalingen die beogen te voorkomen dat de DGA maximaal gebruik maakt van de fiscale facilitering waar dit voor de reguliere werknemer niet gebruikelijk is. Daarnaast zijn om dezelfde reden aanvullende

<sup>18</sup> Art. 3.67 Wet IB 2001.

<sup>19</sup> Het komt nog wel eens voor dat de aandelen in het pensioenlichaam in handen zijn van de kinderen van de DGA. Dit was met name in het verleden vanuit fiscaal oogpunt wel aantrekkelijk. Een pensioenstichting behoort ook tot de mogelijkheden.

<sup>20</sup> Het vermogen van de pensioen-bv kan uitgeleend worden aan de werkmaatschappij waardoor het binnen de risicosfeer blijft.



bepalingen opgenomen ten aanzien van de winstbepaling bij het lichaam waar het pensioen wordt opgebouwd (art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 en art. 3.26 t/m 3.29 Wet IB 2001).

#### **1.4 Onderzoekstelling en opzet scriptie**

Het systeem van pensioen in eigen beheer heeft enkele bezwaren die zich niet of in mindere mate voordoen bij reguliere pensioenopbouw van 'gewone' werknemers. Bij pensioenopbouw die onder de Pensioenwet valt zal het zich om verschillende redenen minder snel voordoen dat het pensioen niet op een regelmatige manier wordt afgewikkeld. Bij pensioen in eigen beheer worden bijvoorbeeld geen eisen gesteld ten aanzien van het beleggen van het vermogen dat dient om de pensioenuitkeringen uit te financieren omdat de Pensioenwet niet van toepassing is. Bij eigen beheer hoeft geen afgescheiden vermogen te bestaan. Naast het ontbreken van beleggingsvoorschriften staat het de bv die het pensioen in eigen beheer houdt in beginsel vrij om dividend uit te keren, mits er voldoende winst is. Bij faillissement van het lichaam dat een pensioen in eigen beheer houdt is het vermogen dat dient voor de pensioenuitkeringen verloren gegaan. Van een pensioenfonds of verzekeraar kan gesteld worden dat faillissement niet voor zal komen. Een andere situatie waarin mogelijk geen belastbare uitkeringen plaatsvinden is emigratie omdat mogelijk in het nieuwe woonland niet of weinig belasting wordt geheven en Nederland niet altijd heffingsbevoegd is. Zowel de wet als de belangrijkste verdragen zijn op dit punt overigens de laatste jaren aangepast, zodat dit steeds minder voor komt. Andere bezwaren van pensioen in eigen beheer zijn de extra administratieve lasten van regelgeving en controle voor de overheid, problematiek rondom echtscheiding en het langlevensrisico. Op grond van de Wet verevening pensioenrechten bij echtscheiding (Wvps) en jurisprudentie heeft de partner van de DGA het recht te eisen dat de DGA over gaat tot externe verzekering van het partnerdeel. Dit is slechts anders als hierdoor de continuïteit van de onderneming gevaar loopt. Het langlevensrisico houdt in dat de pensioengerechtigde langer leeft dan verwacht. Bij eigen beheer zal dan de pensioenspaarpot leeg raken voordat de pensioengerechtigde is overleden. Op pensioenfonds en verzekeraars is de wet van de grote aantallen van toepassing, waardoor de duur van de uitkeringen gemiddeld ongeveer zal zijn zoals verwacht. Als laatste bezwaar kan nog genoemd worden de pensioenoptimalisatie. Omdat tussen de DGA en zijn werkgever het krachtenveld ontbreekt dat tussen een reguliere werknemer en werkgever wel bestaat, heeft de DGA meer mogelijkheden maximaal gebruik te maken van de fiscale facilitering. Met betrekking tot de loonbelasting is hier al over opgemerkt dat dit onwenselijk wordt bevonden door de fiscale wetgever. In de winst sfeer wordt de waardering van de pensioenverplichting en de aftrek van pensioenkosten met name beperkt door de art. 3.26 t/m 3.29 Wet IB 2001. Deze fiscale waarderingsregels hebben tot gevolg dat de waardering volgens het civiele recht en volgens het fiscale recht sterk van elkaar kunnen verschillen. Onder andere bij dividenduitkeringen kan dit tot ongewenste situaties leiden.

Gezien de primaire doelstelling van pensioen, namelijk een inkomensvoorziening voor de oude dag, en de genoemde bezwaren, komt de vraag op of het pensioen in eigen beheer wel voldoet aan de maatschappelijke opvattingen omtrent pensioen. Daarom wordt in deze scriptie een onderzoek ingesteld naar de wenselijkheid van pensioenopbouw in eigen beheer aan de hand van de

onderzoekstelling “Pensioen in eigen beheer is maatschappelijk onwenselijk”.

De uitwerking van de stelling vindt plaats door de stelling te toetsen aan de criteria effectiviteit, efficiëntie en rechtvaardigheid. De stelling, en daarmee het huidige systeem van pensioenopbouw in eigen beheer, wordt verworpen als blijkt dat de huidige wetgeving de toets niet kan doorstaan. De wettelijk bepalingen die van toepassing zijn op pensioenopbouw in eigen beheer zijn effectief als de bepaling daadwerkelijk zijn doel bereikt. De bepalingen zijn efficiënt indien de doelstelling van de bepaling met zo weinig mogelijk kosten wordt bereikt. Kosten omvatten zowel kosten van uitvoering voor de overheid als kosten voor de bv die het pensioen in eigen beheer houdt. Van rechtvaardigheid is sprake indien eigen beheer niet tot onbedoelde bevoordeling of benadeling van bepaalde personen of groepen personen leidt en eigen beheer genoeg draagvlak heeft in de maatschappij.

Deze scriptie is ingedeeld in zes hoofdstukken. In hoofdstuk 2 wordt een vergelijking gemaakt tussen pensioen in eigen beheer en een pensioen dat beheerst wordt door de Pensioenwet en wordt de vraag beantwoord of het wenselijk is dat het pensioen in eigen beheer niet door de Pensioenwet wordt beheerst. In hoofdstuk 3 wordt een fiscaalrechtelijke vergelijking gemaakt tussen een pensioenregeling voor een reguliere werknemer en een DGA met betrekking tot de loonbelasting en wordt geanalyseerd in hoeverre de afwijkingen wenselijk zijn. In hoofdstuk 4 komen de ondernemingsrechtelijke gevolgen van het houden van een pensioen in eigen beheer aan de orde en het jaarrekeningenrecht. In dit hoofdstuk komt met name aan de orde in hoeverre het jaarrekeningenrecht wenselijk kan worden geacht voor kleine rechtspersonen, waaronder de lichamen die een pensioen in eigen beheer houden veelal zijn te scharen en de waardering van een pensioenverplichting, ook wel aangeduid als de commerciële waardering. In hoofdstuk 5 staan de gevolgen van het houden van een pensioen in eigen beheer voor de vennootschapsbelasting (Wet VpB 1969) centraal. In dit hoofdstuk wordt behandeld in hoeverre belastingplicht voor pensioenlichamen wenselijk is en in hoeverre het huidige regime in de winstsfeer van pensioen opbouw in eigen beheer voldoet aan het effectiviteits-, efficiëntie- en rechtvaardigheids criterium. De scriptie sluit af in hoofdstuk 6 met een een conclusie en enkele aanbevelingen.

## 2 Pensioenwet

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de Pensioenwet behandeld. De Pensioenwet is, behalve in enkele uitzonderlijke gevallen, niet van toepassing op het pensioen van de DGA, waaronder het in eigen beheer gehouden pensioen. In dit hoofdstuk wordt de vraag beantwoord of het maatschappelijk wenselijk is dat het in eigen beheer gehouden pensioen van de DGA niet onder de werkingssfeer van de Pensioenwet valt. Om deze vraag te beantwoorden komen in dit hoofdstuk de volgende onderwerpen aan bod. Paragraaf 2.2 behandelt het doel en de strekking van de Pensioenwet. In paragraaf 2.3 wordt aan de hand van de parlementaire geschiedenis behandeld wat de bestaansgrond van het pensioen in eigen beheer is. In paragraaf 2.4 wordt een analyse gemaakt van de belangrijkste verschillen tussen het pensioen dat onder de werkingssfeer van de Pensioenwet valt en het in eigen beheer gehouden pensioen van de DGA. Dit hoofdstuk sluit in paragraaf 2.5 af met een conclusie.

### 2.2 Doel en strekking

De Pensioenwet is de opvolger van de PSW die na 50 jaar toe was aan modernisering.<sup>21</sup> De Pensioenwet is grotendeels in werking getreden in 2007 en is daarna diverse keren herzien.<sup>22</sup> De doelstelling van de PSW, het waarborgen van bij werknemers gewekte pensioenverwachtingen, is ook het uitgangspunt van de Pensioenwet.<sup>23</sup> Ten opzichte van de PSW worden als belangrijkste beleidsmatige veranderingen genoemd: transparantie, toezicht en toegang.<sup>24</sup> De beleidsmatige verandering in transparantie uit zich met name in voorlichtingsverplichtingen voor pensioenuitvoerders (en in voorkomend geval voor werkgevers). De wetgever is van mening dat het in het kader van financiële planning van belang is dat de werknemer (a) zich realiseert welke aanspraken zijn opgebouwd, (b) zich realiseert dat toeslagen mogelijk voorwaardelijk zijn, (c) een realistische inschatting kan maken welke toeslagen hij redelijkerwijs kan verwachten en (d) periodiek wordt geïnformeerd over aanspraken en toeslagen.<sup>25</sup> Transparantie (in samenhang met toezicht) wordt verder bereikt door normen ten aanzien van de financiële zekerstelling van pensioenfondsen in de Pensioenwet op te nemen en uit te werken in lagere regelgeving.<sup>26</sup> Dit is met name geregeld in hoofdstuk 6 van de Pensioenwet, het Financieel toetsingskader inzake pensioenfondsen (FTK) en het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen (Besluit FTK). Deze regels hebben onder andere betrekking op de waardering van de beleggingen (waarden genoemd in de pensioenwetgeving), de waardering van de verplichtingen (technische voorzieningen), vereisten omtrent (minimaal) eigen vermogen en de wijze waarop ouderdomspensioen gefinancierd dient te zijn. Het toezicht is geregeld in

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 3.

<sup>22</sup> Op grond van art. 222 PW wordt bij koninklijk besluit het tijdstip waarop de Pensioenwet in werking treedt bepaald. Het artikel bepaalt verder dat voor verschillende onderdelen of artikelen verschillende tijdstippen kunnen worden vastgesteld. Uit het besluit kan worden opgemaakt dat de meeste artikelen van de Pensioenwet in werking zijn getreden op 1 januari 2007.

<sup>23</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 3.

<sup>24</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 4-6.

<sup>25</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 5.

<sup>26</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 5.

hoofdstuk 7 van de Pensioenwet. Dat hoofdstuk bevat enkele delegatiebepalingen waarvan gebruik is gemaakt in de Regeling PW. Het toezicht wordt op grond van art. 151 PW gehouden door de toezichthouders en omvat prudentieel toezicht door DNB en gedragstoezicht door de AFM. Gedragstoezicht en prudentieel toezicht zijn geen gedefinieerde begrippen in de Pensioenwet, maar art. 151 PW geeft aan waar het toezicht op gericht is. Het toezicht op de toezichthouders wordt gehouden door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (art. 163 PW).

Pensioen is een arbeidsvoorwaarde en blijft als zodanig primair de verantwoordelijkheid van de werkgever(s) en werknemer(s). De Pensioenwet geeft de kaders waaraan de werkgevers en werknemers moeten voldoen bij de onderhandelingen over pensioen en over de uitvoering van pensioen door pensioenfondsen en verzekeraars.<sup>27</sup> De rol van de overheid beperkt zich tot de waarborgfunctie die drie vormen kan aannemen: financiële zekerheid, individuele zekerheid en uitvoeringszekerheid.<sup>28</sup> De overheid heeft in het kader van de arbeidsvoorwaarde pensioen nog een aantal rollen, zoals de verplichte deelname in bedrijfstakpensioenregelingen of in een beroepspensioenregeling en ten aanzien van de fiscale facilitering. De Pensioenwet neemt de driehoeksverhouding tussen werknemer, werkgever en pensioenuitvoerder als uitgangspunt. Het aanvangspunt is de pensioenovereenkomst die gesloten wordt tussen werkgever en werknemer als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden die in beginsel tot stand komen door onderhandeling. Op deze onderhandelingsvrijheid en het beginsel van aanbod en aanvaarding bestaan echter belangrijke uitzonderingen.<sup>29</sup> Vervolgens is de werkgever verplicht de pensioenovereenkomst extern onder te brengen bij een pensioenuitvoerder. De werkgever en de pensioenuitvoerder sluiten daartoe een uitvoeringsovereenkomst. Door de onderbrengingsplicht ontstaat naast een relatie tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder ook een relatie tussen de werknemer en de pensioenuitvoerder. Deze relatie wordt geformaliseerd met het pensioenreglement. Door de invoering van het begrip pensioenovereenkomst heeft de wetgever de nadruk willen leggen op het tweezijdige karakter van pensioen en wordt meer duidelijk dat pensioen een arbeidsvoorwaarde is die werknemer en werkgever samen overeenkomen.<sup>30</sup> In de PSW werd nog gesproken van pensioentoezegging, dat meer de schijn heeft van een eenzijdige gunst van de werkgever.<sup>31</sup> Een materiële verandering heeft de wetgever met de introductie van het begrip pensioenovereenkomst niet beoogd.<sup>32</sup> Vergeleken met de PSW, die met name tot doel had de financiële waarborging van de pensioenaanspraken, heeft de Pensioenwet een meeromvattende doelstelling.<sup>33</sup> Naast de financiële waarborging van pensioenaanspraken is in de Pensioenwet de bescherming van de (gewezen) deelnemer/werknemer, zijn partner en zijn kinderen komen te staan (de eerder genoemde uitvoeringszekerheid) die naar mijn mening goed tot uitdrukking

<sup>27</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 3.

<sup>28</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 2.

<sup>29</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 12 en p. 13; E. Lutjens, 'De pensioenovereenkomst', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2010, p. 113-116.

<sup>30</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 8 en p. 12.

<sup>31</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 12.

<sup>32</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 12.

<sup>33</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 3.

komt in de wens van de wetgever de aanspraakgerechtigde in staat te stellen een deugdelijke financiële planning te kunnen maken.

Op basis van bovenstaande overwegingen vat ik het doel en de strekking van de Pensioenwet samen als de bescherming van pensioenaanspraken en bescherming van de (gewezen) deelnemer door het uitoefenen van de waarborgfunctie die de (gewezen) deelnemer in staat stelt een realistische schatting van zijn te verwachten pensioen te maken.<sup>34</sup>

## 2.3 De DGA en pensioen in eigen beheer

In deze paragraaf wordt aan de hand van de parlementaire geschiedenis en literatuur de vraag beantwoord wat de bestaansgrond van het pensioen in eigen beheer is. Inzicht in de bestaansgrond van het eigen beheer is mede van belang om de onderzoeksvraag van deze scriptie naar de maatschappelijke wenselijkheid van eigen beheer te beantwoorden.

Het doel van de PSW was met name het voorkomen van teleurstellingen in de gewekte verwachtingen ten aanzien van toegezegd pensioen.<sup>35</sup> Die teleurstellingen werden veroorzaakt doordat een onderneming, *“welke aan haar personeel wel uitzicht op pensioen had gegeven, doch geen doeltreffende maatregelen had genomen om de terzake gewekte verwachtingen te kunnen realiseren”*.<sup>36</sup> Vóór de inwerkingtreding van de PSW op 1 januari 1954<sup>37</sup> was het niet ongevoel dat een werkgever die aan zijn werknemers een pensioentoezegging deed daarvoor een pensioenreserve vormde. Van die praktijk, waarbij de uitkering van het pensioen mede afhankelijk was van het (succesvol) voortbestaan van de onderneming, wenste de wetgever in 1949 afscheid te nemen.<sup>38</sup> Met de inwerkingtreding van de PSW kwam een eind aan de mogelijkheid voor werkgevers om het pensioen dat aan haar werknemers was toegezegd in eigen beheer te houden. Sinds die datum waren werkgevers in beginsel verplicht het pensioen buiten de risicosfeer van de onderneming te brengen door (a) toe te treden tot een bedrijfspensioenfonds, (b) toe te treden tot een ondernemingspensioenfonds of (c) voorzieningen te treffen door verzekeringsovereenkomsten te sluiten of zijn werknemer daartoe in staat te stellen (art. 2 PSW, tekst van 1 januari 1954). Op grond van art. 29 PSW kon de Minister van Sociale Zaken, de Verzekeringskamer gehoord hebbende, vrijstelling verlenen voor deze verzekeringsplicht indien sprake was van bijzondere gevallen en hij van oordeel is dat de belangen der betrokken deelnemers en gewezen deelnemers voldoende gewaarborgd zijn. De bescherming van de PSW werd aanstonds overbodig gevonden voor de grootaandeelhouder. De grootaandeelhouder heeft immers doorslaggevende invloed op het reilen en zeilen van de onderneming.<sup>39</sup> Het nadeel, dat de aanspraak op de vennootschap zeer dubieus blijkt te zijn, werd door de wetgever aanvaard.<sup>40</sup> De vrijstelling op grond van art. 29 PSW werd aanvankelijk alleen gegeven

<sup>34</sup> In enkele gevallen dient ook de gewezen partner geïnformeerd te worden.

<sup>35</sup> Kamerstukken II 1949/50, 1730, nr. 3, p. 2.

<sup>36</sup> Kamerstukken II 1949/50, 1730, nr. 3, p. 1.

<sup>37</sup> Pensioen- en spaarfondsenwet, *Stb.* 1952, 275.

<sup>38</sup> Deze praktijk bestaat overigens nog steeds, onder andere in Duitsland waar het bekend staat als direktzusage.

<sup>39</sup> G.R. Boshuizen, 'Definitieve oplossing DGA-pensioen nabij?', *WFR* 2000/872, voetnoot 5.

<sup>40</sup> Kamerstukken II 1979/80, 15 539, nr. 6, p. 8.

indien de grootaandeelhouder een meerderheidsbelang in de werkgever hield.<sup>41</sup> In 1959 was dat inmiddels teruggebracht tot een belang van 10%. De ontheffingsbevoegdheid is op 8 juli 1994 overgegaan naar de Verzekeringskamer.<sup>42</sup> Reeds in 1981 was voor natuurlijke personen met een direct belang van 10% of meer in de PSW vastgelegd dat zij onder voorwaarden niet onder de verzekeringsplicht vielen.<sup>43</sup> Voor indirecte aandeelhouders werd dit vastgelegd in de wet van 30 juni 1994.<sup>44</sup> De opname van de uitsluiting van de grootaandeelhouder in de PSW werd met name gemotiveerd doordat op grond van art. 29 PSW al regelmatig ontheffingen werden verleend en dat hun belangen genoeg beschermd werden geacht.<sup>45</sup> De opname van de uitsluiting van de grootaandeelhouder in de PSW was verder een kostenoverweging: meer dan 95% van de verzoeken op grond van art. 29 PSW werd gedaan door grootaandeelhouders.<sup>46</sup> Ten tijde van de overgang van de PSW naar de PW was de SER van mening dat voor het DGA-begrip aangesloten moest worden bij de DGA-begrip uit de werknemersverzekeringen (kort gezegd: 50% belang) en dat die DGA's de wettelijke waarborgen van de PSW/PW niet nodig hebben.<sup>47</sup> De regulering van de pensioentoezegging van de DGA kon dan buiten de pensioenwetgeving plaatsvinden. Feitelijk is dit een terugkeer naar de oorspronkelijke zienswijze die er op neer komt dat pas bij een belang van 50% of meer gesproken kan worden van doorslaggevende invloed op het reilen en zeilen van de onderneming. MKB-Nederland vond dit onacceptabel en de wetgever heeft bij de totstandkoming van de Pensioenwet die zienswijze gevolgd en de keuze aan de sociale partners gelaten.<sup>48</sup> Kennelijk was het politiek niet haalbaar om terug te keren naar de norm van 50% aandelenbelang waar, naar mijn mening, goede argumenten voor waren. Naar mijn mening kan van een DGA, zoals gedefinieerd in art. 1 PW met een belang van 10% in de werkgever, niet gezegd worden dat hij de feitelijke macht heeft, zoals de wetgever stelt.<sup>49</sup> Een van de meest in het oog springende kenmerken van macht in de context van ondernemen/besturen is de vrijheid waarin beslissingen kunnen worden genomen. De DGA met een belang van 10% zal veelal niet in alle vrijheid de werkgever kunnen binden in transacties. Slechts in die gevallen waarin de DGA een belang heeft in de werkgever dat groter is dan 50% zal hij die vrijheid doorgaans wel hebben. De stelling van de wetgever dat de DGA de feitelijke macht heeft is daarom alleen juist als het aandelenbelang meer dan 50% is en dat aandelenbelang meer dan 50% van de stemmen in de algemene vergadering vertegenwoordigt. De definitie van het begrip DGA in de Pensioenwet vind ik in zoverre onjuist dat de definitie niet aansluit bij de stelling van de wetgever dat de DGA de feitelijke macht heeft. Ook andere wetgeving, zoals de Wazo, Wia en ZW bevat regelgeving die betrekking heeft

<sup>41</sup> G.R. Boshuizen, 'Definitieve oplossing DGA-pensioen nabij?', *WFR* 2000/872, p. 2.

<sup>42</sup> Wet van 30 juni 1994 tot wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enige andere wetten (wettelijk recht op waarde-overdracht en enige andere maatregelen op het aanvullende pensioenterrein), *Stb.* 1994, 496.

<sup>43</sup> Wet van 21 januari 1981 tot wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enkele andere wetten, *Stb.* 1981, 17.

<sup>44</sup> G.R. Boshuizen, 'Definitieve oplossing DGA-pensioen nabij?', *WFR* 2000/872, p. 2.

<sup>45</sup> Kamerstukken II 1992/93, 23 123, nr. 3, p. 22; Kamerstukken II 1992/93, 23 123, nr. 3, p. 23.

<sup>46</sup> Kamerstukken II 1978/79, 15 539, nr. 3, p. 12.

<sup>47</sup> SER, *De positie van de directeur-grootaandeelhouder* (Advies van 5 februari 2002, SER 2002/01), Den Haag: SER 2002, p. 79-80.

<sup>48</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 20; Kamerstukken II 2001/02, 28 294, nr. 1, p. 19; Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 17.

<sup>49</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 20.

op het begrip DGA (art. 3:17 lid 1 letter b onder 5° Wazo en art. 3:17 lid 2 Wazo). Indien aan de criteria is voldaan wordt, in de zin van de Wet arbeid en zorg, de DGA gelijkgesteld met de zelfstandige. De criteria worden gevonden in de Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder.<sup>50</sup> Kort gezegd is DGA de statutair bestuurder die houder is van aandelen in de vennootschap die minimaal 50% van de stemmen vertegenwoordigen in de algemene vergadering. Dit lijkt mij een juiste benadering, althans voor de werknemersverzekeringen.<sup>51</sup> Want, naar mijn mening is ten aanzien van pensioen een andere zienswijze heel goed mogelijk. Het is namelijk de vraag wanneer pensioenopbouw onder de werkingssfeer van de Pensioenwet meer wenselijk is dan pensioenopbouw in eigen beheer. Voordelen van het PW-pensioen zijn onder andere de zekerheid van de uitkering en de belasting daarvan, doordat het pensioen niet afhankelijk is van het resultaat van de onderneming, en de informatierechten van de werknemer. In feite komt dit neer op de bescherming van de belangen van de werknemer. Deze bescherming gaat ten koste van de liquiditeitspositie van de onderneming en brengt uitvoeringskosten met zich. Daarnaast zijn situaties denkbaar waarin werknemers niet de behoefte hebben om beschermd te worden. Het is mijns inziens daarom logisch dat bepaalde werknemers die een beduidende invloed hebben op het resultaat van de onderneming en geen behoefte hebben aan zekerheid en informatierechten, uitgesloten worden van de werkingssfeer van de Pensioenwet. De gedachtegang is dat deze werknemers meer preferentie hebben voor huidig inkomen en/of groei van de onderneming en meer preferentie hebben voor risico. Werknemers met deze eigenschappen worden doorgaans aangeduid als ondernemer. Dit zijn personen die arbeid, kapitaal en ondernemerschap samenbrengen ten einde daar voordeel mee te behalen.<sup>52</sup> Zonder meer kwalificeren personen met een 100% belang in de bv voor wie zij arbeid verrichten als ondernemer. Voor hen is het volgens mij ook zonder meer wenselijk dat zij uitgesloten worden van de werkingssfeer van de Pensioenwet. Deze personen hoeven niet beschermd te worden. De Pensioenwet heeft voor hen geen functie en is daardoor niet effectief en efficiënt. Naar mijn mening geldt hetzelfde voor personen die een 10% belang houden. Het mag aangenomen worden dat de motivatie voor het houden van het belang gelegen is in het te verwachten voordeel. Verwacht wordt dat dit voordeel niet behaald kan worden zonder het belang te houden en ook niet door het kapitaal elders te investeren. Het nemen en houden van het belang is voor de DGA de uitkomst van een optimaliseringsvraagstuk. Het onderscheidend criterium voor de wenselijkheid van het van toepassing zijn van de Pensioenwet is niet de arbeid of het kapitaal, maar het ondernemerschap. Mijns inziens zou de aanwezigheid van ondernemerschap er toe moeten leiden dat pensioenopbouw in eigen beheer mogelijk is. In de praktijk wordt het onderscheid tussen passief vermogensbeheer en actief ondernemerschap veelal bij een belang van 5% gelegd.

<sup>50</sup> Regeling van 19 december 1997 houdende regels omtrent het geen wordt verstaan onder directeur-groootaandeelhouder als bedoeld in artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Ziektewet, artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering en artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Werkloosheidswet, nr. SV/WV/97/5347, *Stcrt.* 1997, 248.

<sup>51</sup> Zo ook: B. Dieleman, *Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2012, p. 28; Anders: F.M.M. de Bont, 'De (on)gelijke behandeling van een DGA-pensioen', *WFR* 2000/877, p. 2.

<sup>52</sup> In de zin van manager, marktzoeker, innovator en risiconemer. Zie A. Bruins, *Ondernemerschap en strategie in het MKB*, Zoetermeer: EIM 2006, p. 3-4.

Naar mijn mening bestaan geen theoretische gronden voor het exacte onderscheid tussen werknemer en DGA. Boshuizen merkt in dit verband op dat het jammer is dat niet nagegaan kan worden wat de achtergrond was van de beleidswijziging die er toe leidde dat het kwalificerend aandelenbezit werd gereduceerd van 50% tot 10% omdat de archieven van de Verzekeringskamer en het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op dit punt zwijgen.<sup>53</sup> Bij de totstandkoming van de Pensioenwet merkt de wetgever op dat *“Al tijdens de parlementaire behandeling van de PSW, midden vorige eeuw, werd onderkend dat de directeur-groootaandeelhouder die ten minste 10% van de aandelen houdt van de onderneming, maatschappelijk gezien eerder als (mede-)eigenaar van die onderneming is aan te merken, dan als werknemer.”*<sup>54</sup> Ik betreur het dat de wetgever hier geen verwijzing naar een bron geeft. Het komt mij voor dat een bepaald percentage aandelenbezit in de werkgever uiteindelijk een politieke keuze is. Een belang van 5% is mijns inziens even goed pleitbaar.

Uit deze parlementaire geschiedenis trek ik de conclusie dat de bestaansgrond van het eigen beheer de overweging is dat de grootaandeelhouder de bescherming van de Pensioenwet niet nodig heeft. Hij heeft direct invloed op het reilen en zeilen van de vennootschap (en kan daarmee verlies van de pensioengelden zoveel mogelijk voorkomen).<sup>55</sup> Met bescherming wordt in de context van de Pensioenwet bedoeld de bescherming tegen teloorgang van de pensioenaanspraken bij déconfiture van de onderneming. Van Diggelen verwoordt deze gedachten treffend door te stellen *“dat de directeur-groootaandeelhouder van een besloten NV niet tegen zichzelf behoeft te worden beschermd door bovenbedoelde wet”*.<sup>56</sup> Dat aan het eigen beheer is verbonden de omstandigheid dat geen gelden de onderneming hoeven te verlaten, is naar mijn mening wel een voordeel van het eigen beheer ten opzichte van de verzekeringsplicht, maar niet de bestaansgrond van het eigen beheer. De wetgever merkt hier over op dat grootaandeelhouders maatschappelijk meer als eigenaar of mede-eigenaar worden beschouwd en vanwege de liquiditeitspositie de behoefte voelen aan het in eigen beheer houden van het pensioen door middel van reservering op de balans.<sup>57</sup>

## 2.4 Verschillenanalyse

### 2.4.1 Inleiding

Met de Pensioenwet heeft de wetgever regelgeving in het leven geroepen die beoogt pensioenovereenkomsten zoals overeengekomen tussen werkgevers en werknemers te waarborgen (financiële zekerheid, individuele zekerheid en uitvoeringszekerheid).<sup>58</sup> De DGA die pensioen in eigen beheer houdt heeft deze zekerheden niet. In deze paragraaf wordt een vergelijking gemaakt tussen het pensioen dat onder de werkingssfeer van de Pensioenwet valt en het in eigen beheer gehouden pensioen. Met betrekking tot de geconstateerde verschillen wordt de vraag gesteld of deze wenselijk dan wel te rechtvaardigen zijn. De opzet is zodanig dat aan de hand van het doel en de strekking van

<sup>53</sup> G.R. Boshuizen, 'Definitieve oplossing DGA-pensioen nabij?', *WFR* 2000/872, p. 2.

<sup>54</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 17.

<sup>55</sup> G.R. Boshuizen en P.W. Roselle, 'Het pensioen in eigen beheer van de DGA: gemangeld tussen de pensioenregelgeving en de fiscale regelgeving', *WFR* 1995/267, p. 8.

<sup>56</sup> J.J.M. van Diggelen, 'Pensioen van een directeur-groootaandeelhouder van een besloten NV', *WFR* 1959/57, p. 2.

<sup>57</sup> Kamerstukken II 1978/79, 15 539, nr. 6, p. 7-8.

<sup>58</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3 . p. 2-3.



een bepaalde regeling wordt nagegaan of die regeling ook van toepassing zou moeten zijn op het pensioen in eigen beheer. Vanwege de beperkte omvang van dit onderzoek worden enkel de meest relevante regelingen behandeld.

#### 2.4.2 Ouderdomspensioen

In deze paragraaf wordt het begrip ouderdomspensioen in de zin van de Pensioenwet vergeleken met het begrip pensioenregeling voor zover dat begrip ziet op ouderdomspensioen in de zin van de Wet LB 1964. Arbeidsongeschiktheidspensioen en nabestaandenpensioen blijven buiten beschouwing. Ouderdomspensioen dient geldelijk en vastgesteld te zijn (art. 1 PW). De pensioenuitkering dient vastgesteld te worden in een Nederlands wettig betaalmiddel (art. 11 PW), maar mag worden uitgekeerd in buitenlandse valuta.<sup>59</sup> Door het vaststellen in euro's wordt voorkomen dat de genietter van het pensioen risico loopt.<sup>60</sup> De wetgever geeft niet aan welke risico's hij hierbij op het oog heeft, maar ik veronderstel dat dient te worden voorkomen dat een pensioen dat in buitenlandse valuta wordt vastgesteld zijn Nederlandse koopkracht verliest door neerwaartse valutaschommelingen. In de zin van de Pensioenwet is geen sprake van pensioen indien de werkgever en de werknemer een oudedagsvoorziening in natura overeenkomen of als sprake is van een voorziening in een andere vorm dan geld.<sup>61</sup> Zoals uit paragraaf 2.4.3 blijkt is een uitkering in natura fiscaal niet toegestaan omdat art. 18 lid 1 onderdeel a onder 1° Wet LB 1964 bepaalt dat het doel van de pensioenregeling is het treffen van een inkomensvoorziening. Met betrekking tot het criterium geldelijk verschilt het pensioen dat in eigen beheer wordt gehouden niet van een pensioen dat onder de werkingssfeer van de Pensioenwet valt.

Met vastgesteld wordt bedoeld dat de hoogte van de uitkering in ieder geval op de ingangsdatum is vastgesteld zodat het pensioen een zekere mate van inkomenszekerheid biedt en wordt tot uitdrukking gebracht dat de gepensioneerde zekerheid heeft over de hoogte van de uitkering, uitgedrukt in euro's.<sup>62</sup> Variatie in de uitkering is onder voorwaarden mogelijk op grond van art. 63 PW en de hoogte van de uitkering kan van jaar tot jaar ook verschillen door toeslagverlening of door korting op grond van art. 134 PW. De Wet LB 1964 bevat geen bepalingen die overeenkomen met het begrip vastgesteld zoals bedoeld in de Pensioenwet. De Wet LB 1964 bevat wel bepalingen die betrekking hebben op de hoogte van de uitkering. Deze bepalingen, met name art. 18a en art. 18d Wet LB 1964, worden behandeld in de paragrafen 3.3.1, 3.4 en 3.5. Met betrekking tot de vastgesteldheid concludeer ik dat de Pensioenwet en de Wet LB 1964 met elkaar overeenkomen. Het in eigen beheer gehouden pensioen wijkt daarom niet af van het pensioen dat onder de werkingssfeer van de Pensioenwet valt.

In de definitie van ouderdomspensioen in art. 1 PW is niet opgenomen dat het ouderdomspensioen levenslang moet zijn. Daaruit moet niet worden afgeleid dat een ouderdomspensioen niet levenslang hoeft te worden uitgekeerd. Art. 15 lid 1 PW bepaalt dat, indien een pensioenovereenkomst voorziet in ouderdomspensioen, in de pensioenovereenkomst wordt bepaald dat het pensioen levenslang wordt

<sup>59</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 183.

<sup>60</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 34.

<sup>61</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 34; Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 170.

<sup>62</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 13; Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 170.

uitgekeerd aan de gepensioneerde, tenzij sprake is van een van de uitzonderingen genoemd in art. 15 lid 1 PW of art. 2 lid 9 PW. De norm is een levenslang ouderdomspensioen.<sup>63</sup> De eis dat de uitkering levenslang moet zijn brengt met zich dat de uitkering periodiek plaatsvindt. Een uitkering ineens bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd valt wel onder het begrip ouderdomspensioen zoals gedefinieerd in art. 1 PW, waardoor zo een regeling onder de reikwijdte van de Pensioenwet valt, maar is op grond van art. 15 lid 2 PW nietig.<sup>64</sup> De uitkering zal dan omgezet moeten worden in een levenslange, vastgestelde, geldelijke, periodieke uitkering.<sup>65</sup> Het vereiste van een levenslange uitkering vindt zijn bestaansgrond in de overweging van de wetgever dat de werknemer beschermd dient te worden tegen de verleiding van een uitkering ineens of gedurende een korte periode en tegen werkgevers die een eenmalige of tijdelijke toezegging doen.<sup>66</sup> Dat een ouderdomspensioen een levenslange periodieke uitkering dient te zijn is ook het fiscale uitgangspunt. Dit blijkt direct uit de tekst van art. 18a lid 1 onderdeel a onder 1° Wet LB 1964. Deze bepaling wordt behandeld in paragraaf 3.3.1. Praktisch gesproken bestaat echter wel degelijk een verschil. Bij pensioen in eigen beheer kan de situatie zich voordoen dat het pensioenkapitaal volledig is uitgekeerd vóór het overlijden van de DGA (langlevensrisico). Dit is op zich onwenselijk, maar dit is naar mijn mening ook inherent aan het eigen beheer zelf. Een eigen beheer lichaam is nu eenmaal geen beroepsverzekeraar. Het bestaan van het langlevensrisico leidt niet tot de conclusie dat pensioen in eigen beheer onwenselijk is. Evenals de DGA onzekerheid over zijn huidig inkomen accepteert doet hij dat ook over zijn toekomstig inkomen. Dit probleem zou enigszins gemitigeerd kunnen worden door de hoogte van de periodieke uitkering te verlagen, maar dat is behoudens enkele uitzonderingen die behandeld worden in paragraaf 3.8.3, fiscaal niet toegestaan. Volgens Bakker is het levenslang vereiste “*een van de belangrijkste dogma's van de orthodoxe pensioenkerk*” dat beter aan de kant kan worden gezet.<sup>67</sup> Ik kan mij vinden in de mening van Bakker. Ten aanzien van het levenslang vereiste concludeer ik dat de pensioenwetgeving en de fiscale wetgeving theoretisch met elkaar overeenkomen en dat het in eigen beheer gehouden pensioen in dit opzicht niet verschilt van het pensioen dat onder de werkingssfeer van de Pensioenwet valt.

Ouderdomspensioen dient op grond van art. 127 PW gefinancierd te worden op basis van kapitaaldekking. Met kapitaaldekking wordt bedoeld dat de financiering meteen begint zodra de deelnemer aan de regeling deelneemt en de opbouw is gestart.<sup>68</sup> Zowel de Pensioenwet als de IORP-richtlijn<sup>69</sup> geven geen definitie van het begrip kapitaaldekking. De gangbare opvatting is volgens Hoekert dat het een financieringssysteem betreft waarbij de verplichting steeds gedekt is door

<sup>63</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 15.

<sup>64</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 15.

<sup>65</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 185.

<sup>66</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 34.

<sup>67</sup> D.W. Bakker, 'Werknemer de pineut door verbod op pensioenbanksparen', *Pensioen Magazine* 2015, nr. 2. Het artikel ziet op de werking van de beschikbarepremieregeling en gaat niet over pensioen in eigen beheer.

<sup>68</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 254.

<sup>69</sup> Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (*PbEU* 2003, L 235/10).

voldoende kapitaal, waarbij de vraag wat voldoende is in de Pensioenwet bepaald wordt door het FTK.<sup>70</sup> Dieleman hangt een overeenkomstige opvatting aan.<sup>71</sup> Het FTK is overigens alleen van toepassing op pensioenfondsen. In de Wet op het financieel toezicht (Wft) staan overeenkomende regels voor verzekeraars. De fiscale wetgeving bevat geen regelgeving die overeenkomt met art. 127 PW. Mijn conclusie is dat het fiscale recht en het pensioenrecht verschillen ten aanzien van de financiering van het ouderdomspensioen. De wenselijkheid van een FTK of van solvabiliteitsvereisten voor eigen beheer lichamen wordt in paragraaf 2.4.4 behandeld.

Het verzekerde risico van een ouderdomspensioen is op grond van de definitie van het begrip ouderdomspensioen in art. 1 PW ouderdom. Het begrip ouderdom is niet gedefinieerd in de Pensioenwet. De invulling van dat begrip vindt plaats in de pensioenovereenkomst door middel van de ingangsdatum van het pensioen (art. 21 PW en art. 2 Besluit PW). Fiscaal gezien is het uitgangspunt dat het ouderdomspensioen ingaat op de pensioenrichtleeftijd die bepaald wordt in art. 18a lid 6 Wet LB 1964. Op grond van art. 18a lid 11 Wet LB 1964 wordt de pensioenrichtleeftijd elk jaar verhoogd. Binnen bepaalde grenzen en onder voorwaarden die verder onbehandeld blijven mag het pensioen eerder ingaan.<sup>72</sup> Met betrekking tot de ingangsdatum van het ouderdomspensioen kom ik tot de conclusie dat het in eigen beheer gehouden pensioen niet afwijkt van het ouderdomspensioen dat onder de reikwijdte van de Pensioenwet valt. De Wet LB 1964 is in dit opzicht in wezen bepalend.

Art. 1 PW bepaalt dat ouderdomspensioen een geldelijke, vastgestelde uitkering bij wijze van inkomensvoorziening bij ouderdom is.<sup>73</sup> Mijns inziens heeft de wetgever hiermee willen aangeven dat het verzekerde risico van het ouderdomspensioen de terugval in verdien capaciteit (en daarmee arbeidsinkomen) is die door ouderdom veroorzaakt wordt. Art. 18a lid 1 onderdeel a onder 1° Wet LB 1964 bepaalt eveneens dat ouderdomspensioen een inkomensvoorziening bij ouderdom betreft. Het begrip inkomensvoorziening is de vervanger van het begrip verzorging.<sup>74</sup> In de wetsgeschiedenis is de verhouding tussen enerzijds een geldelijke, vastgestelde uitkering en anderzijds een inkomensvoorziening niet ter sprake gekomen. Het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen van de Belastingdienst (CAP) merkt over het begrip inkomensvoorziening op dat die erop gericht is om verlies van inkomen uit werk op te vangen.<sup>75</sup> Met betrekking tot de inkomensvoorziening concludeer ik dat de Pensioenwet en de Wet LB 1964 met elkaar overeenkomen. Het in eigen beheer gehouden pensioen wijkt daarom niet af van het pensioen dat onder de werkingssfeer van de Pensioenwet valt. De Wet LB 1964 en de Pensioenwet bevatten beide bepalingen die zien op afkoop, vervreemding en het prijsgeven van pensioenaanspraken. Deze onderwerpen worden behandeld in paragraaf 2.4.5.

<sup>70</sup> W. Hoekert, 'Financiële opzet', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2010, p. 899.

<sup>71</sup> B. Dieleman, *Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen (diss. Rotterdam)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 45.

<sup>72</sup> Zie onder andere art. 18a Wet LB 1964 en het Besluit van 30 augustus 2011, nr. BLKB2011/1231M, *Stcrt.* 2011, 16384.

<sup>73</sup> Zie ook: Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 14.

<sup>74</sup> Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3, p. 20.

<sup>75</sup> CAP, *Vraag & Antwoord 08-014 d.d. 19092011*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_08-014.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_08-014.htm) [02-03-2015].

Ten aanzien van het begrip ouderdomspensioen concludeer ik dat de Pensioenwet en de Wet LB 1964 op hoofdlijnen met elkaar overeenstemmen. Het in deze paragraaf geconstateerde verschil is de financiering van het ouderdomspensioen. De Pensioenwet schrijft kapitaaldekking voor waarbij de kwantitatieve factoren bepaald worden door het FTK. In de Wet LB 1964 is geen regelgeving opgenomen die betrekking heeft op de financiering van het ouderdomspensioen. Praktisch gesproken is met betrekking tot het levenslang vereiste een verschil geconstateerd tussen het pensioen in eigen beheer en een pensioen dat is ondergebracht bij een pensioenfonds, verzekeraar of premiepensioeninstelling. Bij het eigen beheer is namelijk sprake van het langlevensrisico in de zin dat het pensioenkapitaal volledig uitgekeerd kan zijn voordat de DGA is overleden.

#### 2.4.3 *Pensioen in natura*

In de Pensioenwet zijn geen bepalingen opgenomen die betrekking hebben op de grondslag voor het op te bouwen pensioen. In beginsel is pensioenopbouw over loon in natura in de Wet LB 1964 niet uitgesloten. De Wet LB 1964 bevat geen specifieke bepalingen die pensioenopbouw over loon in natura in de weg staan en bij de totstandkoming van het huidige hoofdstuk IIB Wet LB 1964 is dit bevestigd.<sup>76</sup> Voor het pensioen in eigen beheer zijn echter in art. 18h Wet LB 1964 en art. 10c Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 (Uitv besl LB) enkele belangrijke uitzonderingen opgenomen. Art. 10c onderdeel a Uitv besl LB 1965 sluit pensioenopbouw over loonbestanddelen in natura uit. De achterliggende reden hiervan is dat de wetgever heeft willen voorkomen dat de DGA maximaal gebruik maakt van de fiscale ruimte om pensioen in eigen beheer op te bouwen en het wenselijk acht dat de DGA evenveel pensioenruimte mag nemen als voor collectieve regelingen gangbaar is.<sup>77</sup> In de collectieve sector is het niet gangbaar dat pensioenopbouw plaatsvindt over loon in natura. Pensioenopbouw over loon in natura dat wordt genoten in de vorm van een ter beschikking gestelde auto is zowel voor de DGA als voor de reguliere werknemer uitgesloten op grond van art. 10b Uitv besl LB 1965. Pensioenopbouw over loon in natura is fiscaal gezien voor de DGA niet mogelijk. Hierin verschilt het pensioen van de DGA van het pensioen van de reguliere werknemer dat onder de werkingssfeer van de Pensioenwet valt. Dit verschil wordt enigszins genuanceerd nu het in collectieve regelingen niet gangbaar is dat opbouw plaatsvindt over in natura genoten loon.<sup>78</sup>

Op grond van art. 1 PW en art. 11 PW dient pensioen een in Nederlands wettig betaalmiddel vastgestelde, geldelijke uitkering te zijn. Een pensioenuitkering in natura is, voor een pensioen dat onder de werkingssfeer van de Pensioenwet valt, daarom niet mogelijk. De Wet LB 1964 bevat geen bepalingen die een pensioenuitkering in natura uitsluiten. Desalniettemin lijkt een uitkering in natura fiscaal niet toegestaan. Art. 18 Wet LB 1964 bepaalt dat een pensioenregeling ten doel heeft het treffen van een inkomensvoorziening. Het treffen van een inkomensvoorziening is in de plaats gekomen voor het begrip verzorging.<sup>79</sup> De motivatie voor de verandering is summier. Een inkomensvoorziening is

<sup>76</sup> Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3, p. 11.

<sup>77</sup> Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3, p. 16.

<sup>78</sup> L.G.M. Stevens en B.G.J. Schuurman, *Pensioen in de loonsfeer*, Deventer: Kluwer 2008, p. 278.

<sup>79</sup> Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3, p. 20.

volgens de wetgever een meer neutraal begrip. In de literatuur is nauwelijks aandacht geschonken aan deze verandering. Dietvorst merkt enkel op dat inkomensvoorziening in de plaats is gekomen van verzorging.<sup>80</sup> De verandering is niet aanbevolen in het rapport van de Werkgroep fiscale behandeling pensioenen.<sup>81</sup> Aangezien het volgens de wetgever om “*kleine wijzigingen*” gaat kan geconcludeerd worden dat een inhoudelijke wijziging niet is beoogd.<sup>82</sup> De term verzorging sluit naar mijn mening een uitkering in natura niet uit. Dus kan geconcludeerd worden dat het begrip inkomensvoorziening een uitkering in natura ook niet uitsluit. Alhoewel een inhoudelijke wijziging niet is beoogd, lijkt de invoering van het begrip inkomensvoorziening een uitkering in natura toch uit te sluiten. Een uitkering in natura is naar mijn mening niet gelijk te stellen met een periodieke uitkering in geld (inkomen). Ook het CAP stelt dat het moet gaan om het opvangen van verlies aan inkomen uit werk.<sup>83</sup> Boumans stelt dat er vanuit fiscaal oogpunt niks op tegen zou moeten zijn dat de uitkering in natura plaatsvindt, zolang de fiscus maar kan heffen over het uitgestelde loon.<sup>84</sup> Volgens die auteur heeft de fiscus al de nodige ervaring met de waardering van in natura genoten loon zodat ook daar geen knelpunt zou zitten. Het komt mij voor dat het toestaan van een uitkering in natura geen voordelen heeft boven een uitkering in geld en daarom niet toegestaan dient te worden. De alternatieve aanwendbaarheid van een uitkering in geld is groter dan die van een uitkering in natura en algemeen wordt aangenomen dat uitkeringen in geld, die het prijsmechanisme niet verstoren, economisch efficiënter zijn dan uitkeringen in natura.<sup>85</sup> Een pensioenuitkering in natura is zowel op grond van de Pensioenwet als op grond van de Wet LB 1964 niet mogelijk. In dit opzicht wijkt het in eigen beheer gehouden pensioen niet af van het pensioen dat onder de werkingssfeer van de Pensioenwet valt.

#### 2.4.4 Financiële opzet en crisis

In beginsel is het niet toegestaan dat een pensioenfonds in een situatie van onderdekking verkeert. Van onderdekking wordt gesproken als de som van de technische voorzieningen, de aan het pensioenfonds verstrekte leningen en het eigen vermogen van het pensioenfonds niet ten minste gelijk is aan de waarde van de beleggingen. Onderdekking wordt onderverdeeld in een reservetekort en een dekkingstekort. Een reservetekort duidt op de situatie waarin het vereist eigen vermogen niet aanwezig is. Het vereiste eigen vermogen komt voor een standaard pensioenfonds ongeveer overeen met een dekkingsgraad van 130% (30% van de technische voorzieningen).<sup>86</sup> Het pensioenfonds is op grond van art. 138 lid 1 PW gehouden dit te melden aan de toezichthouder (DNB). Het tweede lid van art. 138 PW bepaalt vervolgens dat het pensioenfonds binnen drie maanden (of eerder als DNB dat bepaalt) een concreet en haalbaar langetermijnherstelplan in moet dienen. Het langetermijnherstelplan dient er toe binnen maximaal 15 jaar te beschikken over het vereist eigen vermogen (art. 138 lid 2 PW). Verder

<sup>80</sup> G.J.B. Dietvorst, 'Een Witteveenpensioen of toch nog maar even nadenken?', *TFO* 1998/163, voetnoot 14.

<sup>81</sup> Kamerstukken II 1994/95, 24 328, nr. 1.

<sup>82</sup> L.G.M. Stevens en B.G.J. Schuurman, *Pensioen in de loonsfeer*, Deventer: Kluwer 2008, p. 35.

<sup>83</sup> CAP, *Vraag & Antwoord 08-014 d.d. 19092011*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_08-014.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_08-014.htm) [02-03-2015].

<sup>84</sup> M.E.C. Boumans, 'Pensioen in natura, van inkomens- naar verzorgingsvoorziening', *TPV*, 2012/2.

<sup>85</sup> D.N. Hyman, *Public Finance: A Contemporary Application of Theory to Policy*, Florida: Harcourt Brace and Company 2010, p. 272-274.

<sup>86</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 88.

dient het pensioenfonds gedurende het van kracht zijn van een langetermijnherstelplan jaarlijks te rapporteren over de uitvoer van het langetermijnherstelplan (art. 138 lid 4 PW) en DNB beoordeelt ten minste eenmaal per drie jaar of het langetermijnherstelplan ook daadwerkelijk gerealiseerd wordt of dat aanvullende maatregelen noodzakelijk zijn (art. 138 lid 5 PW). Wanneer het minimaal vereist eigen vermogen niet aanwezig is wordt veelal van een dekkingstekort gesproken. Het minimaal vereist eigen vermogen komt voor een standaard pensioenfonds ongeveer overeen met een dekkingsgraad van 105%.<sup>87</sup> Een pensioenfonds is gehouden melding te maken binnen twee maanden (of eerder indien DNB dat bepaalt) en een concreet en haalbaar kortetermijnherstelplan in te dienen bij DNB indien niet aan de gestelde vereisten ten aanzien van het minimaal vereist eigen vermogen wordt voldaan (art. 131 en 140 PW). In het kortetermijnherstelplan wordt uitgewerkt hoe het pensioenfonds binnen 3 jaar weer over een minimaal vereist eigen vermogen beschikt (art. 140 lid 2 PW). Onder de in art. 140 lid 3 PW genoemde voorwaarden is een termijn van een jaar van toepassing in plaats van drie jaar. Een pensioenfonds heeft op grond van art. 134 PW het recht verworven pensioenaanspraken en pensioenrechten te verminderen indien aan de in het artikel genoemde drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan. Deze kortingsregel fungeert als noodmaatregel die enkel in uiterste gevallen ingezet mag worden.<sup>88</sup> De situatie van dekkingstekort moet ten minste een jaar bestaan en het kortetermijnherstelplan heeft onvoldoende geresulteerd in een verbetering van de dekkingsgraad.<sup>89</sup> DNB oordeelt of het pensioenfonds niet in staat moet worden geacht binnen een redelijke termijn en op een redelijke manier de situatie te verbeteren.<sup>90</sup> Ingeval de werkgever de premie niet voldoet bepaalt art. 28 lid 1 PW dat het pensioenfonds de deelnemersraad of de deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden, elk kwartaal schriftelijk informeert wanneer de premieachterstand groter is dan 5% van de totale door het pensioenfonds te ontvangen premie en niet aan de eis inzake het minimaal vereist eigen vermogen is voldaan (art. 131 PW). Het tweede lid van art. 28 PW bepaalt dat ook de ondernemingsraad van de onderneming die de premie verschuldigd is wordt geïnformeerd. Art. 28 PW ziet niet op de situatie dat de financiële situatie van het pensioenfonds door andere oorzaken dan de premieachterstand slecht is geworden.<sup>91</sup> Op verzekeraars en premiepensioeninstellingen is art. 29 PW van toepassing. Dit artikel bepaalt dat onder voorwaarden de verzekeraar of premiepensioeninstelling de opbouw van pensioenaanspraken kan beëindigen en de pensioenaanspraken zonder premievrije waarde kan laten vervallen in gevallen waarin sprake is van premieachterstand. Voor eigen beheer situaties is in deze gevallen met name art. 7:980 Burgerlijk Wetboek (BW) van belang.

Het lichaam dat het pensioen in eigen beheer houdt is niet gebonden aan de regels uit de Pensioenwet en daarop gebaseerde wet- en regelgeving voor de waardering van de activa en passiva, de regels die betrekking hebben op de premie, de regels die betrekking hebben op het eigen vermogen en de regels die voorschrijven waaraan een pensioenuitvoerder moet voldoen als het in een situatie van

<sup>87</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 88.

<sup>88</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 90.

<sup>89</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 90.

<sup>90</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 90.

<sup>91</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 195 – 196.

onderdekking belandt. Het doel van het FTK is door middel van het stellen van financiële normen zo veel mogelijk zeker te stellen dat de toegezegde pensioenen ook daadwerkelijk uitbetaald worden.<sup>92</sup> De DGA die besluit om pensioen in intern eigen beheer te houden kiest daarvoor om hem moverende redenen. In die beslissing weegt de DGA de voordelen van eigen beheer af tegen de nadelen. Het is een bewuste keuze van de DGA om het pensioen binnen de risicosfeer van de onderneming op te bouwen. Dat brengt met zich dat hij minder waarde hecht aan de zekerheid van de pensioenuitkeringen. Risico nemen is inherent aan het ondernemen. Regelgeving die zo veel mogelijk zekerheid tot doel heeft dat het in eigen beheer gehouden pensioen ook daadwerkelijk uitgekeerd zal worden is naar mijn mening tegenstrijdig met het wezenskenmerk van intern eigen beheer en daardoor niet effectief. Deze overweging neemt echter niet weg dat zo veel mogelijk moet worden voorkomen dat de eigen beheer faciliteit wordt misbruikt of althans niet wordt ingezet om in een reëel pensioen te voorzien. Dat doel kan echter niet bereikt worden door bijvoorbeeld de prudent-person rule (art. 135 lid 1 PW, art. 13 Besluit FTK en art. 13a Besluit FTK) verplicht te stellen voor intern eigen beheer lichamen. Die regel is naar mijn mening te weinig dynamisch om te worden toegepast in eigen beheer situaties. Buiten dat hoeft bij intern eigen beheer geen sprake te zijn van een belegd vermogen dat dient ter voldoening van toekomstige pensioenuitkeringen. Regelgeving die tot doel heeft zo veel mogelijk zeker te stellen dat het in intern eigen beheer gehouden pensioen ook daadwerkelijk uitgekeerd zal worden is naar mijn mening ook niet effectief om het volgende. De situatie van een pensioenfonds of een verzekeraar wordt meer dan een eigen beheer lichaam gekenmerkt door een min of meer stabiele omgeving en langetermijnplanning. Een herstelplan heeft in die omgeving een reële kans van slagen. Dat kan niet gezegd worden van een eigen beheer lichaam. Door de dynamiek van het ondernemen en de korte termijnen waarin doorgaans beslissingen moeten worden genomen is het opstellen en uitvoeren van een herstelplan een weinig zinvolle operatie. Van een onrechtvaardige behandeling van de DGA of reguliere werknemer is mijns inziens ook geen sprake. De reguliere werknemer heeft niet de keuze om het pensioen binnen de risicosfeer op te bouwen. Zijn situatie is daarom niet vergelijkbaar met de situatie van de DGA die vrijwillig kiest voor eigen beheer.

Bij extern eigen beheer, waarbij de DGA er voor kiest om zijn pensioen meer buiten de risicosfeer van de onderneming op te bouwen, kan naar mijn mening wel een maatschappelijke wens bestaan die overeenkomt met het doel van het FTK. De keuze om pensioen meer buiten de risicosfeer van de onderneming op te bouwen zou mijns inziens moeten worden gereflecteerd in het handelen van het pensioenlichaam. Het FTK is echter naar mijn mening niet geschikt om één-op-één te worden toegepast bij extern eigen beheer lichamen. Daarvoor verschilt het eigen beheer lichaam te veel van een professionele pensioenuitvoerder. Een "FTK-light" voor extern eigen beheer lichamen kan mijns inziens effectief zijn in het bereiken van meer zekerheid over pensioenuitkeringen. Om te voldoen aan het efficiëntie-criterium zou de regelgeving praktisch eenvoudig uitvoerbaar moeten zijn. Maar het is de vraag in hoeverre de kosten van zulke regelgeving opwegen tegen de beoogde voordelen. Praktisch gesproken zal de Belastingdienst het beleggingsbeleid van de pensioen-bv moeten toetsen op de te

<sup>92</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 83.

hanteren criteria.<sup>93</sup> Ik kan mij voorstellen dat zo iets als te paternalistisch wordt opgevat.

Mijn conclusie is dat het verschil in behandeling tussen het pensioen in eigen beheer en het pensioen van de reguliere werknemer dat onder de werkingssfeer van de Pensioenwet valt met betrekking tot de financiële opzet van de pensioenregeling niet maatschappelijk ongewenst is. In gevallen waarin sprake is van extern eigen beheer bestaat echter naar mijn mening wel een maatschappelijke behoefte voor regelgeving over de financiële opzet van het lichaam, mits die regelgeving voldoet aan het efficiëntie-criterium en dus zonder veel kosten door het lichaam zelf en de Belastingdienst uitgevoerd kan worden.

#### 2.4.5 *Afkoop en vervreemding*

Het begrip afkoop is gedefinieerd in art. 1 PW. Wanneer pensioenaanspraken of pensioenrechten hun pensioenbestemming verliezen is sprake van afkoop. In beginsel is afkoop niet toegestaan. Het afkoopverbod in de Pensioenwet heeft met name tot doel de werknemer tegen zichzelf te beschermen.<sup>94</sup> Afkoop is slechts mogelijk op grond van art. 65 lid 1 PW en de daar genoemde situaties. Vervreemding is behoudens enkele uitzonderingen verboden op grond van art. 64 PW. Het begrip vervreemding is niet gedefinieerd in art. 1 PW, maar uit de tekst van art. 64 lid 1 PW kan worden afgeleid dat vervreemding een handeling is waardoor de aanspraakgerechtigde of de pensioengerechtigde enig recht op zijn pensioenaanspraken of pensioenrechten aan een ander toekent. Evenals voor afkoop geldt voor vervreemding een verbod vanwege het uitgangspunt dat pensioengelden te allen tijde hun bestemming moeten behouden.<sup>95</sup> De afkoop van kleine pensioenen wordt toegestaan omdat kleine pensioenen relatief hoge lasten voor de pensioenuitvoerder met zich brengen.<sup>96</sup>

De Pensioenwet bevat geen artikel dat het prijsgeven van pensioenaanspraken verbiedt overeenkomstig art. 18 lid 1 onderdeel b Wet LB 1964. Desalniettemin is het prijsgeven van pensioenaanspraken in beginsel uitgesloten. Voor het prijsgeven van de pensioenaanspraken zal een wijziging van de pensioenovereenkomst noodzakelijk zijn. Op grond van art. 20 PW worden de tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd, tenzij sprake is van waardeoverdracht of een situatie waarop art. 134 PW ziet. Art. 19b lid 9 Wet LB 1964 voorziet in een mogelijkheid voor het prijsgeven van in eigen beheer gehouden pensioenaanspraken.<sup>97</sup> In dit opzicht verschillen het in eigen beheer gehouden pensioen en het pensioen van de reguliere werknemer. De DGA die pensioen in eigen beheer opbouwt kan uitsluitend in bepaalde door de Minister van Financiën aangewezen gevallen en onder door hem te stellen voorwaarden zijn aanspraak prijsgeven zonder dat dit leidt tot fiscale sancties. Die gevallen houden verband met de vermogenspositie van de verzekeraar (het eigen beheer lichaam). De reguliere werknemer heeft geen mogelijkheid zijn aanspraak prijs te geven, al kan die aanspraak door waardeoverdracht of door toepassing van art. 134 PW wel afnemen.

<sup>93</sup> Vergelijk de toets op de onafhankelijkheid van pensioenstichtingen HR 8 januari 1986, nr. 23 469, *BNB* 1986/87 (noot Van Dijck).

<sup>94</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 34.

<sup>95</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 106.

<sup>96</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 103.

<sup>97</sup> Zie ook paragraaf 3.8.3.



Dit verschil wordt mijns inziens gerechtvaardigd omdat op het eigen beheer lichaam niet de kortingsregel van art. 134 PW en de fiscale facilitering daarvan in art. 19b lid 5 Wet LB 1964 kan toepassen. In zekere zin zijn art. 134 PW en art. 19b lid 9 Wet LB 1964 elkaars evenbeeld. Het verschil is naar mijn mening niet maatschappelijk onwenselijk. Desalniettemin ben ik van mening dat bij pensioen in eigen beheer meer flexibiliteit in de hoogte van de pensioenuitkering gewenst is om het langlevenrisico te beperken en dat een lagere uitkering niet hetzelfde is als het afzien van afspraken.<sup>98</sup>

Vanuit een theoretisch perspectief is het ontbreken van een regeling voor de afkoop van klein pensioen naar mijn mening een ongewenste situatie. Hoewel gesteld kan worden dat vrijwel nooit zal sprake zijn van een klein pensioen, mede vanwege de werking van de gebruikelijkloonregeling (art. 12a Wet LB 1964), en dat een regeling overeenkomstig art. 66 PW daarom niet effectief is, kan een afkoopregeling voor kleine pensioenen in eigen beheer naar mijn mening zonder noemenswaardige problemen en kosten geïmplementeerd worden in de Wet LB 1964. De aanspraak wordt dan zonder heffing van revisierente ineens en in zijn geheel belast. Een probleem kan zich voor doen bij de bepaling van de hoogte van de aanspraak indien sprake is van een beschikbare premiereregeling en dan met name het vaststellen van het verwachte rendement van de ingelegde premies tot pensioendatum. Omwille van de eenvoud en omdat elke keuze toch in een bepaalde mate arbitrair is, lijkt mij een vastgesteld vast percentage van bijvoorbeeld 3% of 4% de meest voor de hand liggende keuze.<sup>99</sup> Op praktische gronden kan het ontbreken van een afkoopregeling voor kleine pensioenen die in eigen beheer worden gehouden niet maatschappelijk ongewenst zijn als blijkt dat in de praktijk geen kleine pensioenen in eigen beheer voor komen. Het verschil in behandeling is naar mijn mening overigens niet onrechtvaardig omdat het eigen beheer lichaam met betrekking tot kosten die gemaakt worden niet vergelijkbaar is met een pensioenuitvoerder die onder de werkingssfeer van de Pensioenwet valt.

## *2.4.6 Waardeoverdracht*

### *2.4.6.1 Achtergrond van waardeoverdracht*

Waardeoverdracht onderscheidt zich van afkoop doordat bij waardeoverdracht het pensioen zijn pensioenbestemming niet verliest.<sup>100</sup> Bij waardeoverdracht worden opgebouwde pensioenaanspraken of pensioenrechten aangewend ten behoeve van (a) andere pensioenaanspraken of -rechten bij dezelfde of een andere pensioenuitvoerder of (b) dezelfde pensioenaanspraken of -rechten bij een andere pensioenuitvoerder. In de literatuur en parlementaire geschiedenis worden verschillende doelen van waardeoverdracht genoemd.<sup>101</sup> Door het recht op waardeoverdracht wordt de mobiliteit van werknemers niet meer door pensioenregelingen belemmerd.<sup>102</sup> Waardeoverdracht voorkomt dat de gepensioneerde meerdere kleine pensioenen ontvangt, hetgeen niet alleen onoverzichtelijk is voor de gepensioneerde, maar ook inefficiënt voor de pensioenuitvoerders.<sup>103</sup> Bij pensioenen die gebaseerd

<sup>98</sup> Zie ook paragraaf 3.8.

<sup>99</sup> Zie ook paragraaf 3.4.

<sup>100</sup> Het begrip waardeoverdracht is gedefinieerd in art. 1 PW.

<sup>101</sup> Met name de literatuur en parlementaire geschiedenis van art. 32a, 32b en 32ba PSW.

<sup>102</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 3.

<sup>103</sup> Kamerstukken II 1992/93, 23 123, nr. 3, p. 16.

zijn op een eindloonstelsel is het voorkomen van een pensioenbreuk van belang.<sup>104</sup> Pensioenbreuk heeft meerdere betekenissen. Het is de algemene benaming voor de nadelen die zijn verbonden aan voortijdige beëindiging van de deelneming, maar wordt veelal gebruikt in de meer engere zin die verband houdt met de eindloonregeling.<sup>105</sup> Met de waarde die wordt overgedragen dient de ontvangende pensioenuitvoerder pensioenaanspraken (dienstjaren) in te kopen (art. 27 Besluit PW). Als geen waardeoverdracht plaats kan vinden mist de werknemer met een eindloonregeling bij een loonsverhoging pensioenopbouw over de voorgaande jaren. Doorgaans wordt het voorkomen van pensioenbreuk gezien als het belangrijkste doel van waardeoverdracht.<sup>106</sup> Het voorkomen van pensioenbreuk als voornaamste doel van waardeoverdracht staat enigszins op gespannen voet met onderzoek waaruit blijkt dat voor werknemers de belangrijkste reden voor waardeoverdracht is het “*gemak om alles bij één uitvoerder te hebben*” en met het gegeven dat eindloonregelingen steeds minder voorkomen.<sup>107</sup> Volgens DNB heeft 90,8% van alle deelnemers in een pensioenregeling bij een pensioenfonds een middelloonregeling en 0,6% een eindloonregeling.<sup>108</sup> Bij verzekerende overeenkomsten is dat 23,4% resp. 6,5%.<sup>109</sup> Waardeoverdracht is wel effectief in het voorkomen van versplintering van pensioen, maar de maatschappelijke waarde daarvan is door het ontstaan van het pensioenregister beperkt.<sup>110</sup> Gezien de omstandigheid dat eindloonregelingen slechts beperkt en in steeds mindere mate voorkomen komt de vraag op of waardeoverdracht nog wel gewenst is en of het oorspronkelijke doel niet op een andere wijze dan door waardeoverdracht bereikt kan worden. Op dit moment wordt vanwege deze bezwaren een maatschappelijke discussie gevoerd over de wenselijkheid van waardeoverdracht.<sup>111</sup> Verder noemt DNB het realiseren van flexibiliteit binnen de arbeidsvoorwaarden en wordt ook de continuïteit van toeslagverlening als een doel gezien.<sup>112</sup> Van den Bos en Pannekoek wijzen op het belang van waardeoverdracht indien het aantal (fictieve) dienstjaren van invloed is op het toepasselijk partner- en/of arbeidsongeschiktheidspensioen en op een mogelijk nadeel, namelijk vanwege risicospreiding.<sup>113</sup>

Waardeoverdracht is uitsluitend mogelijk in de situaties bedoeld in de artikelen 71 tot en met 92 PW (art. 70 lid 3 PW). Voorts zijn art. 18 t/m 28 Besluit PW en art. 16 t/m 20 Regeling PW van belang. Op grond van art. 25 Besluit PW wordt de overdrachtswaarde van pensioenaanspraken in beginsel

<sup>104</sup> Kamerstukken II 1992/93, 23 123, nr. 3, p. 16.

<sup>105</sup> Kamerstukken II 1985/86, 19 638, nr. 3, p. 1.

<sup>106</sup> L. Kok en C. Berden, 'Voor- en nadelen van waardeoverdracht', *TPV* 2011/22, p. 1; Kamerstukken II 1992/93, 23 123, nr. 3, p. 16.

<sup>107</sup> L. Kok en C. Berden, 'Voor- en nadelen van waardeoverdracht', *TPV* 2011/22, p. 3; L. Kok en C. Berden, *De praktijk van waardeoverdracht*, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2010.

<sup>108</sup> DNB, <http://www.statistics.dnb.nl/financieele-instellingen/pensioenfonds/pensioenregelingen/index.jsp> [02-03-2015].

<sup>109</sup> DNB, <http://www.statistics.dnb.nl/financieele-instellingen/verzekeraars/rechtstreekse-pensioenregelingen/index.jsp> [02-03-2015]

<sup>110</sup> L. Kok en C. Berden, 'Voor- en nadelen van waardeoverdracht', *TPV* 2011/22, p. 5.

<sup>111</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32 043, nr. 22; Kamerstukken II 2013/14, 32 043, nr. 197, p.1.

<sup>112</sup> DNB, <http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-202012.jsp> [02-03-2015]; J. Verhulst en M. Hendriks, 'Maak van waardeoverdracht ook echt waardeoverdracht!', *P&P* 2012/3, p.14.

<sup>113</sup> P.B. van den Bos en S.Y. Pannekoek, 'Werkgevers en het recht op individuele waardeoverdracht', *TPV* 2014/16, p. 4-5.

berekend op basis van het standaardtarief.<sup>114</sup> Het standaardtarief is uitgewerkt in art. 18 Regeling PW. Uit art. 18 lid 2 en lid 3 Regeling PW kan worden afgeleid dat de te hanteren rekenrente de door DNB gepubliceerde rentetermijnstructuur voor verplichtingen met een looptijd van 25 jaar is. Deze rekenrente wijkt af van de rekenrente die gehanteerd dient te worden voor het vaststellen van de technische voorzieningen met als gevolg dat de overdrachtswaarde kan afwijken van de waarde van het gefinancierde deel van de aanspraken.<sup>115</sup> Het verschil komt ten laste of ten bate van de oude werkgever of het fonds waar de regeling was ondergebracht (art. 26 Besluit PW (uitgaande waardeoverdracht) en art 19 lid 3 Regeling PW (inkomende waardeoverdracht)). Indien dit leidt tot een problematische financiële positie bij de oude of nieuwe werkgever geldt de plicht tot waardeoverdracht op grond van art. 71 PW niet indien wordt voldaan aan de eisen van art. 19a Regeling PW.<sup>116</sup> Fiscaal is waardeoverdracht een vorm van afkoop, maar is op grond van art. 19b lid 2 Wet LB 1964 toegestaan mits de overgang niet in strijd is met de bepalingen bij of krachtens de art. 70 t/m 91 PW. Een overgang van een pensioenverplichting van een eigen beheer lichaam naar een verzekeraar of vice versa is fiscaal toegestaan omdat die overdracht niet in strijd is met de Pensioenwet. Fiscaal is met name van belang dat overgedragen wordt aan een fiscaal toegestane verzekeraar zoals bedoeld in art. 19a lid 1 Wet LB 1964 en dat de overdracht zakelijk is. In de volgende paragraaf wordt de waardeoverdracht zoals geregeld in art. 71 t/m 75 PW behandeld. De overige vormen van waardeoverdracht blijven omwille van de omvang en de relevantie onbehandeld.

#### *2.4.6.2 Waardeoverdracht vanwege de omstandigheid dat de werknemer in dienst treedt bij een nieuwe werkgever of beroepsgenoot wordt (art. 71 t/m 75 PW)*

Pensioenuitvoerders hebben onder voorwaarden de plicht om mee te werken aan waardeoverdracht (art. 71 lid 3 PW). Kort gezegd bestaat die plicht gedurende zes maanden vanaf de datum waarop de verwerving van aanspraken bij de nieuwe werkgever aanvangt. De plicht om mee te werken aan waardeoverdracht geldt niet indien (1) de op de ontvangende pensioenuitvoerder geldende wetgeving van een andere lidstaat ruimere afkoopmogelijkheden biedt dan de afkoopmogelijkheden op grond van de Pensioenwet (art. 71a PW), (2) de financiële toestand van de pensioenuitvoerder waardeoverdracht onmogelijk maakt (art. 72 PW), (3) de financiële toestand van de werkgever waardeoverdracht niet toestaat en de overdragende uitvoerder een verzekeraar is (art. 72 lid 3 PW), (4) aanvullende bijdragen van de oude of nieuwe werkgever waardeoverdracht onmogelijk maken (art. 72a PW) en (5) de deelneming of het dienstverband is geëindigd voor 8 juli 1994 (art. 73 PW). Deze datum houdt verband met de wet van 30 juni 1994 die het recht op waardeoverdracht wettelijk verankerde.<sup>117</sup> Daarvoor was sprake van vrijwillige uitvoering door pensioenuitvoerders. De pensioenuitvoerder heeft op grond van art. 75 PW de bevoegdheid om mee te werken aan waardeoverdracht indien de deelnemer niet binnen zes maanden een opgave heeft gevraagd of wanneer sprake is van de situatie zoals bedoeld in art. 73

<sup>114</sup> Uitzonderingen staan in art. 25 lid 2 en lid 4 Besluit PW.

<sup>115</sup> De waarde van de aanspraken wordt berekend op basis van actuele rentepercentages. Zie art. 126 lid 2 sub a PW en art. 2 lid 2 Besluit FTK.

<sup>116</sup> Art. 71 lid 1 PW, art. 72A PW en art. 19a Besluit PW.

<sup>117</sup> Wet van 30 juni 1994, tot wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enige andere wetten (wettelijk recht op waarde-overdracht en enige andere maatregelen op het aanvullende pensioenterrein), *Stb.* 1994, 496.

PW.

Waardeoverdracht van het in eigen beheer gehouden pensioen naar een pensioenregeling onder de werkingssfeer van de Pensioenwet wanneer de DGA reguliere werknemer wordt is niet mogelijk. De wetgever heeft drie argumenten om waardeoverdracht van het pensioen van de DGA van of naar een pensioenuitvoerder niet toe te staan: (1) de reguliere werknemer kan ook geen “*eigen geld weg (..) zetten*”, (2) pensioen van de DGA is niet arbeidsgerelateerd en (3) consistente wetstoepassing.<sup>118</sup> Het wegzetten van eigen geld moet naar mijn mening enigszins genuanceerd worden. Het gaat immers niet om “eigen geld”. Het kapitaal dat dient ter dekking van de pensioenverplichting, dat overigens bij een in eigen beheer gehouden pensioen niet aanwezig hoeft te zijn, en de pensioenverplichting zijn juridisch beide een vermogensbestanddeel van het lichaam dat het pensioen houdt, niet van de DGA. In economische zin kan het kapitaal overigens wel gezien worden als kapitaal van de DGA, met name wanneer de DGA alle aandelen in het eigen beheer lichaam houdt. Wat betreft de overweging dat het pensioen van de DGA niet arbeidsgerelateerd is komt het mij voor dat het nog maar de vraag is in hoeverre sprake is van een maatschappelijke norm om de DGA, zoals die gedefinieerd is in de Pensioenwet, meer als ondernemer dan als werknemer te zien. Fiscaal gezien is de DGA aan te merken als werknemer, maar zoals besproken in paragraaf 2.3 kan ik mij vinden in de stelling van de wetgever dat de DGA veelal meer als zelfstandige moet worden gezien en het pensioen in die zin dus niet arbeidsgerelateerd is. De wetgever is naar mijn mening terecht consistent in het uitgangspunt dat het pensioen van de DGA niet onder de reikwijdte van de Pensioenwet valt. Voor zowel het pensioen dat is ondergebracht bij een verzekeraar als het in eigen beheer gehouden pensioen geldt dat het opgebouwde pensioen ook niet door waardeoverdracht onder de reikwijdte van de Pensioenwet kan gaan vallen.

De voordelen van waardeoverdracht van een eigen beheer lichaam naar een pensioenuitvoerder zijn samengevat (1) het pensioenkapitaal komt uit de risicosfeer onderneming met als gevolg grotere kans op belaste uitkeringen,<sup>119</sup> (2) voorkomen van pensioenbreuk en (3) al het pensioen bij één uitvoerder. De nadelen zijn (1) waardeoverdracht sorteert geen effect indien geen sprake is van een eindloonregeling, (2) kosten regelgeving en toezicht en (3) minder consistente PW. Regelgeving die ziet op een wettelijk recht op waardeoverdracht, zoals bedoeld in art. 71 PW, is slechts effectief in het voorkomen van een pensioenbreuk indien de nieuwe pensioenovereenkomst een eindloonregeling betreft. Eindloonregelingen komen steeds minder vaak voor, waardoor in dit opzicht waardeoverdracht ook steeds minder effectief wordt. Waardeoverdracht is daarentegen wel effectief in het uit de risicosfeer van de onderneming brengen van pensioenkapitaal en in het samenbrengen van verschillende pensioenen bij één pensioenuitvoerder. Met betrekking tot het toetscriterium effectiviteit neigt de uitkomst naar mijn mening tot de conclusie dat het ontbreken van een regeling voor

<sup>118</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 15, p. 20; Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 18-19; Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 24, p. 10; Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 24, p. 101.

<sup>119</sup> De situatie dat het pensioenkapitaal volledig is uitgekeerd vóór dat de DGA is overleden zal zich ook niet voor doen.

waardeoverdracht van een in eigen beheer gehouden pensioen onwenselijk is. Daarbij plaats ik de kanttekening dat het oorspronkelijk doel van waardeoverdracht het voorkomen van pensioenbreuk is en dat in dat opzicht een geringe en afnemende noodzaak voor waardeoverdracht bestaat. Met betrekking tot het voorkomen van pensioenbreuk is waardeoverdracht niet efficiënt vanwege de omstandigheid dat eindloonregelingen weinig en in afnemende mate voorkomen. Verder is de behoefte aan het voordeel van één uitvoerder afgenomen met de komst van het pensioenregister. In het kader van de efficiëntie moet verder rekening worden gehouden met de bijkomende kosten van regelgeving en toezicht en een minder consistente PW. Met betrekking tot het uit de risicosfeer brengen van het pensioenkapitaal ben ik van mening dat op meer efficiënte wijze dat doel bereikt kan worden door het pensioen onder te brengen bij een verzekeraar of bij een extern eigen beheer lichaam. Voldoen aan de regelgeving die voortvloeit uit de Pensioenwet brengt extra kosten met zich voor de verzekeraar en heeft naar mijn mening geen noemenswaardige voordelen voor de DGA. Het ontbreken van een regeling voor waardeoverdracht voor het in eigen beheer gehouden pensioen is onrechtvaardig als aangenomen wordt dat de situatie van de DGA die reguliere werknemer wordt en zijn pensioen wenst over te dragen vergelijkbaar is met de situatie van de reguliere werknemer die van werkgever wisselt en zijn pensioen wenst over te dragen. Enerzijds zijn de situaties vergelijkbaar omdat beiden in dienst treden bij een nieuwe werkgever en daarbij onder dezelfde omstandigheden onderhandelen over een arbeidsovereenkomst en een pensioenovereenkomst. Anderzijds zijn de situaties niet vergelijkbaar. De DGA aanvaardt dat zijn inkomen meer risicovol wordt en dat zijn pensioen, al dan niet in eigen beheer gehouden, niet beschermd wordt door de Pensioenwet. Wanneer hij op enig moment besluit in een regulier dienstverband arbeid te gaan verrichten voor een werkgever en daarbij een pensioen overeenkomt, wordt door die beslissing geen afbreuk gedaan aan zijn vorige beslissing om als DGA in zijn huidige en toekomstig inkomen te voorzien. De situaties komen weliswaar ten dele overeen, maar zijn niet identiek. Naar mijn mening is daarom geen sprake van een onrechtvaardige situatie. Het pensioen dat in eigen beheer wordt gehouden wijkt met betrekking tot waardeoverdracht van een eigen beheer lichaam naar een pensioenuitvoerder af van het reguliere pensioen. Dit is naar mijn mening geen maatschappelijk ongewenste situatie. Een regeling die waardeoverdracht voor pensioen in eigen beheer naar een pensioenuitvoerder mogelijk maakt is slechts ten dele effectief en voldoet niet aan het efficiëntie criterium. De afwijkende situatie is verder niet onrechtvaardig omdat de situatie van de DGA die werknemer wordt niet geheel overeenkomt met de situatie van de reguliere werknemer die van werkgever wisselt.

De voordelen van waardeoverdracht van een pensioenuitvoerder naar een eigen beheer lichaam zijn samengevat (1) betere groeimogelijkheden van de onderneming, (2) één pensioenuitvoerder en (3) voorkomen van pensioenbreuk. De nadelen zijn (1) waardeoverdracht sorteert geen effect indien geen sprake is van een eindloonregeling, (2) kosten regelgeving en toezicht, (3) minder consistente PW en (4) pensioenkapitaal komt in de risicosfeer van de onderneming met als gevolg een kleinere kans op uitkeringen die belast kunnen worden. De voordelen en nadelen van deze vorm van waardeoverdracht verschillen op twee punten met de waardeoverdracht van een eigen beheer lichaam naar een

pensioenuitvoerder. Het voordeel van de betere groeimogelijkheden van de onderneming en het nadeel dat het pensioenkapitaal binnen de risicosfeer van de onderneming komt, waardoor de kans op belaste uitkeringen afneemt. Een regeling die waardeoverdracht van een pensioenuitvoerder naar een eigen beheer lichaam mogelijk maakt is effectief in het vergroten van de groeimogelijkheden van de onderneming doordat de onderneming de beschikking krijgt over meer werkkapitaal. Dit is niet alleen een voordeel voor de DGA, maar ook voor de maatschappij. Groeiende ondernemingen creëren werkgelegenheid en dragen bij aan innovatie. Het is naar mijn mening de vraag of dat doel niet op meer efficiënte wijze bereikt kan worden. De verbeterde liquiditeitspositie en groeimogelijkheden van de onderneming gaan ten koste van de kans dat de pensioenuitkeringen daadwerkelijk belast kunnen worden. Verder frustreert de mogelijkheid om beschikkingsmacht over pensioenkapitaal te krijgen de werking van de Pensioenwet. De waardeoverdracht hoeft immers niet plaats te vinden met het oog op het starten van een groeiende, innovatieve en gezonde onderneming en de mogelijkheid tot deze vorm van waardeoverdracht werkt mogelijk oneigenlijk gebruik in de hand. Hij is naar mijn mening principieel onjuist dat een DGA zulke vergaande mogelijkheden wordt geboden. Het uitgangspunt dat over het pensioenkapitaal niet vrij kan worden beschikt komt mij juist voor. Met betrekking tot het rechtvaardigheids criterium is naar mijn mening geen sprake van een ongewenste situatie. De situatie van de werknemer die van werkgever wisselt is in dit opzicht vergelijkbaar met de werknemer die DGA wordt. De reguliere werknemer die met zijn werkgever een pensioen overeenkomt kan geen beschikking krijgen over zijn pensioenkapitaal. Ook niet als hij van werkgever verandert. Dit is voor een werknemer die DGA wordt niet anders. Het ontbreken van een regeling die waardeoverdracht van een pensioenuitvoerder naar een eigen beheer lichaam mogelijk maakt is naar mijn mening geen ongewenste situatie. Deze vorm van waardeoverdracht is effectief in het vergroten van het werkkapitaal van de onderneming, maar dat doel wordt niet op de meest efficiënte wijze bereikt en zo een regeling is onrechtvaardig.

#### *2.4.7 Bijzonder partnerpensioen*

Art. 57 PW ziet op het behoud van de aanspraak van de gewezen partner door de toekenning van bijzonder partnerpensioen ingeval van scheiding. Op het in eigen beheer gehouden pensioen is art. 57 PW niet van toepassing. De gevolgen van scheiding voor het partnerpensioen van de DGA die pensioen opbouwt in eigen beheer zijn met name geregeld in art. 3a Wvps en verder ontwikkeld in de jurisprudentie.<sup>120</sup> De Wet verevening pensioenrechten bij scheiding voorziet in regelgeving die betrekking heeft op de verevening van ouderdomspensioen bij scheiding. Daarnaast voorziet deze wet in regelgeving die betrekking heeft op de toekenning van bijzonder partnerpensioen aan de gewezen partner van de DGA. Van de werking van de Wvps kan worden afgeweken door huwelijkse voorwaarden of bij een schriftelijk gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding (art. 3a lid 4 Wvps en art. 2 lid 1 Wvps).

<sup>120</sup> Voor eigen beheer is van belang dat afstorting bij een verzekeraar van het ouderdomspensioen en bijzonder partnerpensioen door de gewezen partner kan worden gevorderd. Zie bijvoorbeeld HR 19 januari 1996, nr. 15829, NJ 1996, 617 (noot Kleijn).

Het valt op dat art. 3a Wvps een ander partnerbegrip hanteert waardoor de werking van art. 3a Wvps niet geheel overeenkomt met de werking van art. 57 PW. De Wvps is namelijk niet van toepassing op niet-geregistreerde ongehuwde partners. Toekenning van bijzonder partner pensioen dient daarom overeen te worden gekomen in de pensioenovereenkomst van de DGA. Hierdoor bestaat de mogelijkheid dat in de pensioenovereenkomst wel sprake is van partnerpensioen, maar dat bij een eventuele scheiding dit partnerpensioen niet wordt omgezet in bijzonder partnerpensioen vanwege het ontbreken van een bepaling in de pensioenovereenkomst daartoe.

Het is naar mijn mening onwenselijk dat de ongehuwde niet-geregistreerde partner van de reguliere werknemer op grond van art. 57 PW recht heeft op bijzonder partnerpensioen, maar dat de ongehuwde niet-geregistreerde partner van de DGA dit wettelijk recht niet heeft op grond van art. 3a Wvps.<sup>121</sup> Alhoewel gesteld kan worden dat een ongehuwde niet-geregistreerde partner niet overeenkomt met een gehuwde of geregistreerde partner, komt hij mij voor dat het recht op bijzonder partnerpensioen toekomt aan de persoon die als partner is aangemerkt in de pensioenovereenkomst en dat daarbij geen onderscheid gemaakt moet worden naar huwelijkse staat. En hoewel art. 5 lid 6 AWGB niet verplicht tot gelijke behandeling van niet-geregistreerde samenwonenden met gehuwde of registreerden, komt het mij onjuist voor dat de regelgeving in de Pensioenwet in dit opzicht niet overeenkomt met de regelgeving in de Wvps. Bij de totstandkoming van de Pensioenwet heeft de wetgever bewust gekozen voor gelijke behandeling van ongehuwde niet-geregistreerde partners met gehuwde of registreerde partners.<sup>122</sup> Ik zie niet in waarom dit in de Wvps anders zou moeten zijn. Het onderscheid is verder niet gewenst omdat de wetgever in de parlementaire geschiedenis van art. 3a Wvps beoogt de bescherming van de echtgenoot van de DGA overeen te laten komen met de bescherming zoals die bestaat op grond van de Pensioenwet.<sup>123</sup> De beoogde gelijke behandeling van de partner van de reguliere werknemer en de partner van de DGA wordt bevestigd in de Memorie van Toelichting bij de wet van 15 juli 2008.<sup>124</sup> Ik ben daarom van mening dat aangesloten moet worden bij de partner zoals vastgelegd in de pensioenovereenkomst.<sup>125</sup> Dat in de pensioenovereenkomst van de DGA veelal wordt opgenomen wie als partner kwalificeert en wie bij scheiding een aanspraak op bijzonder partnerpensioen heeft sluit niet uit dat in de pensioenovereenkomst hier niets over wordt opgenomen. In dat geval wordt de niet-geregistreerde ongehuwde partner van de DGA minder goed beschermd dan de gehuwde of geregistreerde partner. Afsluitend wil ik hier over opmerken dat met betrekking tot verevening van ouderdomspensioen en toekenning van bijzonder partnerpensioen de positie van de partner van de DGA ook op andere gronden minder sterk is dan de positie van de partner van de reguliere werknemer.<sup>126</sup>

<sup>121</sup> Indien en voor zover de ongehuwde niet-geregistreerde partner kwalificeert als partner in de zin van de pensioenovereenkomst.

<sup>122</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 38.

<sup>123</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 655, nr. 3, p. 30.

<sup>124</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 226, nr. 3, p. 14; Wet van 15 juli 2008, houdende enige wijzigingen in de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en enige andere wetten, *Stb.* 2008, 314.

<sup>125</sup> In dezelfde zin: I.E. Leene-Hoedemaeker, 'Heeft de Pensioenwet de positie van de ongehuwd samenwonende partners verbeterd?', *FJR* 2007, 115.

<sup>126</sup> F.M.H. Hoens, 'Postrelationele pensioensolidariteit: wat een pech, pensioenpot weg (II, slot)', *WPNR* 2013/6961, p.

Ik concludeer dat het pensioen dat in eigen beheer wordt gehouden afwijkt van het pensioen van de reguliere werknemer in gevallen waarin sprake is van scheiding in de zin van de Pensioenwet. De gewezen partner van de reguliere werknemer verkrijgt op grond van art. 57 PW een aanspraak op bijzonder partnerpensioen. De gewezen partner van de DGA die niet gehuwd is geweest of een geregistreerd partnerschap is aangegaan verkrijgt deze aanspraak niet, tenzij dit is overeengekomen in de pensioenovereenkomst. Dit verschil in behandeling is naar mijn mening ongewenst omdat gronden die de ongelijke behandeling rechtvaardigen ontbreken.

#### 2.4.8 Informatieverstrekking

De wetgever hecht grote waarde aan de informatieverstrekking van met name pensioenuitvoerders aan (gewezen) deelnemers, pensioengerechtigden en gewezen partners over de uitvoering van de pensioenovereenkomst, zodat zij in staat worden gesteld een financiële oudedagsplanning te maken.<sup>127</sup> Uit de evaluatie van de Pensioenwet,<sup>128</sup> het rapport van de Commissie-Goudswaard<sup>129</sup> en uitingen van de AFM<sup>130</sup> blijkt dat duidelijke communicatie en informatieverstrekking een belangrijk, voor verbetering vatbaar, speerpunt van de Pensioenwet is. Op het moment van schrijven is een wetsvoorstel inzake pensioencommunicatie aanhangig.<sup>131</sup> Verder heeft EIOPA in januari 2013 een rapport gepubliceerd over het onderwerp pensioencommunicatie.<sup>132</sup> Uit de ondertitel van het rapport (Enabling occupational DC scheme members to plan for retirement) blijkt ook dat het doel van de pensioencommunicatie is het in staat stellen van de deelnemer om een financiële planning te maken. Het is niet maatschappelijk ongewenst dat op het lichaam dat een pensioen in eigen beheer houdt geen informatieplichten rusten. Dergelijke informatieverstrekking treft nauwelijks een doel en is daardoor niet effectief. De situatie van het in eigen beheer gehouden pensioen van de DGA is niet vergelijkbaar met het pensioen van de reguliere werknemer. Indien en voor zover de DGA wenst geïnformeerd te worden heeft het omwille van de efficiëntie de voorkeur hierover afspraken op te nemen in de pensioenovereenkomst. Verplichte informatieverstrekking voor in eigen beheer gehouden pensioen brengt onnodige kosten van wetgeving, uitvoering en controle met zich. Met betrekking tot informatieverstrekking is het niet onwenselijk dat het in eigen beheer gehouden pensioen niet onder de werkingssfeer van de Pensioenwet valt.

## 2.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is een gedeelte van de Pensioenwet op hoofdlijnen behandeld en is de vraag beantwoord of het wenselijk is dat het in eigen beheer gehouden pensioen niet onder de werkingssfeer van de Pensioenwet valt. Het doel en de strekking van de Pensioenwet zijn samen te vatten als de

2.

<sup>127</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 5 en p. 110.

<sup>128</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 110, nr. 2, p. 4.

<sup>129</sup> Rapport Commissie toekomstbestendigheid aanvullende pensioenregelingen, *Een sterke tweede pijler. Naar een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen*, bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 30 413 nr. 139, \sp. 73-74.

<sup>130</sup> AFM, *Een volgende stap naar meer pensioeninzicht; pensioeninformatie actief gebruiken*, Amsterdam: AFM 2012, p. 16.

<sup>131</sup> Kamerstukken II 2013/14, 34 008, nr. 1.

<sup>132</sup> EIOPA, *Good practices on information provision for DC schemes*, Frankfurt:EIOPA 2013.



bescherming van pensioenaanspraken en bescherming van de (gewezen) deelnemer door het uitoefenen van de waarborgfunctie die de (gewezen) deelnemer in staat stelt een realistische schatting van zijn te verwachten pensioen te maken. De bestaansgrond van het eigen beheer is de overweging dat de grootaandeelhouder de bescherming van de PSW/PW niet nodig heeft. Die bescherming uit zich vooral in informatieplichten van pensioenuitvoerders ten behoeve van (gewezen) deelnemers en het stellen van financiële normen (FTK). Het stellen van financiële normen is voor intern eigen beheer lichamen ongewenst omdat zulke normen de dynamiek van het ondernemen te veel verstoren. Voor extern eigen beheer lichamen kan een FTK in aangepaste vorm (FTK-light) wenselijk zijn omdat zulke regelgeving effectief, efficiënt en rechtvaardig kan zijn. Met betrekking tot informatieplichten is het aannemelijk om te veronderstellen dat de DGA daar in veruit de meeste gevallen geen behoefte aan heeft. De definitie van het begrip DGA in de Pensioenwet valt niet te rijmen met de stelling van de wetgever dat de DGA de feitelijke macht heeft. Er zijn argumenten om aan te sluiten bij het begrip DGA in de werknemersverzekeringen. Dat komt er kort gezegd op neer dat het kwalificerend aandelenbelang niet minimaal 10% is, maar 50%. Evenwel kan ook beargumenteerd worden dat het onderscheid tussen DGA en reguliere werknemer bij een belang van 5% wordt gelegd. Het eigen beheer lichaam heeft niet de afkoopmogelijkheden die bestaan op grond van de Pensioenwet. Een klein pensioen kan daarom niet afgekocht worden. In de praktijk kan hier echter wel behoefte aan bestaan en regelgeving die hiertoe strekt kan effectief en efficiënt geïmplementeerd worden in de Wet LB 1964. In eigen beheer gehouden pensioen wijkt af van het pensioen van de reguliere werknemer in gevallen waarin sprake is van scheiding in de zin van de Pensioenwet. De gewezen partner van de reguliere werknemer verkrijgt op grond van art. 57 PW, een aanspraak op bijzonder partnerpensioen. De gewezen partner van de DGA die niet gehuwd is geweest of een geregistreerd partnerschap is aangegaan verkrijgt deze aanspraak niet, tenzij dit is overeengekomen in de pensioenovereenkomst. Dit verschil in behandeling is naar mijn mening ongewenst omdat gronden die de ongelijke behandeling rechtvaardigen ontbreken.

### 3 Loonbelasting

#### 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de invloed van de Wet LB 1964 op het pensioen in eigen beheer behandeld. Hoofdstuk IIB van de Wet LB 1964 kent een van de Pensioenwet onafhankelijke eigen regelgeving die met name tot doel heeft de budgettaire gevolgen van de pensioentoezegging te beheersen.<sup>133</sup> Dit doel wordt bereikt door regels te stellen die definiëren wat als pensioen kwalificeert en in welke mate pensioen kan worden opgebouwd. Daarnaast bestaan flankerende regels die misbruik moeten voorkomen of bepaalde handelingen stimuleren of ontmoedigen. Ondanks dat de DGA als werknemer kwalificeert in de Wet LB 1964 gelden voor hem afwijkende bepalingen die toezien op pensioen in eigen beheer. Om die afwijkingen te analyseren wordt in dit hoofdstuk de volgende onderzoeksvraag beantwoord: “In welk opzicht wijkt, met betrekking tot de loonbelasting, het in eigen beheer gehouden pensioen af van het pensioen van de reguliere werknemer en in hoeverre zijn deze afwijkingen maatschappelijk gewenst of ongewenst?”. Om deze vraag te beantwoorden worden de volgende onderwerpen behandeld. In paragraaf 3.2 staat het begrip dienstbetrekking centraal. Paragraaf 3.3 behandelt wat onder loon en aanspraak moet worden verstaan. In paragraaf 3.4 worden de verschillende pensioensoorten en -stelsels behandeld. Het onderwerp van paragraaf 3.5 is het gangbaarheids criterium dat de mogelijkheden voor pensioenopbouw in eigen beheer beperkt. Vervolgens komt in paragraaf 3.6 de inkoop van dienstjaren aan de orde. In paragraaf 3.7 wordt bezien in welke mate afwijkingen van de bepalingen van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 mogelijk zijn en in paragraaf 3.8 welke handelingen strafbaar zijn. Dit hoofdstuk sluit in paragraaf 3.9 af met een conclusie.

#### 3.2 Dienstbetrekking

In deze paragraaf wordt het kernbegrip dienstbetrekking behandeld. Het civiele begrip dienstbetrekking is het verbindende element tussen de werknemer en inhoudingsplichtige en vormt de basis om de subjectieve belastingplicht vast te stellen.<sup>134</sup> Met betrekking tot de positie van de DGA in de Wet LB 1964 is met name de vraag of vanwege het ontbreken van een gezagsverhouding wel sprake is van een dienstverband. Het aanvangspunt bij het vaststellen of sprake is van een dienstbetrekking in de zin van de Wet LB 1964 is het civielrechtelijke begrip arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW).<sup>135</sup> Uit art. 7:610 lid 1 BW volgt dat sprake moet zijn van enkele elementen die in de literatuur worden samengevat met gezag, de verplichting om persoonlijk arbeid te verrichten en de verplichting loon te betalen.<sup>136</sup> Veelal wordt gezag als belangrijkste element van de arbeidsovereenkomst gezien. Wat onder gezag moet worden verstaan is een casuïstische vraag die in deze paragraaf wordt behandeld. De plicht om persoonlijk arbeid te verrichten wordt niet behandeld omdat daar minder onduidelijkheid over bestaat. De plicht om loon te betalen komt ter sprake in paragraaf 3.3. Dat de werknemer *in dienst* moet zijn van

<sup>133</sup> In enkele artikelen wordt naar de Pensioenwet verwezen en het DGA-begrip is overeenkomstig de Pensioenwet.

<sup>134</sup> Kamerstukken II 1962/63, 5380, nr. 23, p. 6.

<sup>135</sup> Het begrip dienstbetrekking is inmiddels vervangen door het begrip arbeidsovereenkomst in het civiele recht.

<sup>136</sup> Heerma van Voss, (sin: *Arbeidsovereenkomst, artikel 610 Boek 7 BW*, aantekening 1 (online, laatst bijgewerkt op 1 januari 2002).

de werkgever wordt gewoonlijk aangeduid als de gezagsverhouding. De werknemer verricht zijn arbeid in ondergeschiktheid aan de werkgever. Dit ter onderscheiding van de overeenkomst tot aanneming van werk (art. 7:750 BW) en van opdracht (art. 7:400 BW). Volgens Van Westen levert dit onderscheid in de praktijk de meeste problemen op.<sup>137</sup> Dat is met name het geval als het onderscheid met de overeenkomst van opdracht moeilijk te maken is. Bij de overeenkomst van opdracht kan namelijk ook sprake zijn van een gezagsverhouding (zie art. 7:402 lid 1 BW). Bij het element gezag in de arbeidsovereenkomst gaat het niet zozeer om de formele instructiebevoegdheid van de werkgever. In de rechtspraak wordt gekeken naar diverse factoren die in onderling verband worden gewogen, zoals het functioneren van de werknemer binnen de arbeidsorganisatie (onderlinge gezagsverhoudingen, wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering) en het economisch risico van de arbeid.<sup>138</sup> Voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst dienen alle feiten en omstandigheden in aanmerking worden genomen. Geen gezag werd aangenomen in het civiele arrest HR 17 november 1967, nr. 1967-11-17/NJ\_51615, NJ 1968, 163 (concl. Minkenhof, noot Bröring), waarbij werd overwogen dat de verplichting een incidentele opdracht te vervullen overeenkomstig de aanwijzingen van de opdrachtgever het bestaan van een gezagsverhouding geenszins hoeft mee te brengen. In het fiscale arrest HR 18 december 1991, nr. 27 532, BNB 1992/78 (concl. Van Soest) werd dit bevestigd in r.o. 3.3. De wil of de bedoeling van de partijen is een factor waar mijns inziens rekening mee gehouden dient te worden in de beoordeling van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Is de bedoeling aanstonds duidelijk, bijvoorbeeld door de tekst van de overeenkomst, dan zal die bedoeling doorgaans het uitgangspunt zijn. Maar ook de feitelijke verhouding tussen partijen, zoals die uit de uitvoering van de overeenkomst is gebleken, dient in de beoordeling te worden betrokken. De wil van partijen en de feitelijke uitvoering kwamen aan de orde in HR 14 november 1997, nr. 16453, NJ 1998, 149 (concl. De Vriesch Lentsch-Kostense). Groen en opleidingsinstituut Schoevers sluiten een mondelinge overeenkomst die later door Schoevers wordt beëindigd. Groen neemt het standpunt in dat sprake is van een arbeidsovereenkomst welk standpunt door Schoevers wordt bestreden. De Hoge Raad volgt Rechtbank Groningen en oordeelt in r.o. 3.4 dat mede in aanmerking moet worden genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven en dat die wijze niet leidt tot de conclusie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het uitgangspunt dat alle omstandigheden van het geval, in onderling verband gezien in aanmerking moeten worden genomen wordt bevestigd in HR 25 maart 2011, nr. 10/02146, BNB 2011/205 (concl. Van Ballegooijen, noot Mertens)<sup>139</sup> en in HR 17 februari 2012, nr. 11/00371, BNB 2012/129 (concl. A-G Van Ballegooijen, noot Kavelaars)<sup>140</sup>.

Alhoewel gesteld kan worden dat een gezagsverhouding ontbreekt in de situatie van een directeur die

<sup>137</sup> Van Westen, in: *Cursus Belastingrecht* LB.1.3.0.b2 (online, laatst bijgewerkt 7 februari 2014).

<sup>138</sup> Heerma van Voss, in: *Arbeidsovereenkomst, artikel 610 Boek 7 BW*, aantekening 1.2 (online, laatst bijgewerkt op 1 januari 2002).

<sup>139</sup> R.o. 3.3.2, gewezen voor de werknemersverzekeringen.

<sup>140</sup> R.o. 3.3.3, gewezen voor de werknemersverzekeringen; Voortgezet in HR 14 februari 2014, nr. 13/00475, BNB 2014/125 (noot Mertens).

tevens 50% of meer van de aandelen in de werkgever bezit, gaat de civiele rechter ervan uit dat een DGA in dienstbetrekking staat tot 'zijn' bv.<sup>141</sup> De civiele rechter hangt een formeel standpunt aan. De DGA moet zich verantwoorden aan de algemene vergadering. De omstandigheid dat hij zelf enig aandeelhouder is doet daar niet aan af. De fiscale rechter (de belastingkamer van de Hoge Raad) volgt deze leer waarbij de formele rechtsverhouding beslissend is.<sup>142</sup> Voor de premieheffing van werknemersverzekeringen ligt dat echter anders. De Centrale Raad van Beroep hangt een materiële visie aan. In CRvB 4 oktober 1985, nr. 1983/24, V-N 1985/2352, ad. 2, overweegt hij dat de feitelijke omstandigheden van het geval bepalend zijn voor de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat die feitelijke omstandigheden in het algemeen onaannemelijk maken dat van een arbeidsovereenkomst sprake is. De omstandigheid dat de grootaandeelhouder de feitelijke macht heeft in de algemene vergadering leidt ertoe dat de gezagsverhouding ontbreekt. Dat sluit het bestaan van een arbeidsovereenkomst uit, aldus de CRvB. Tegenwoordig is de Hoge Raad voor bepaalde gevallen de hoogste rechter voor de werknemersverzekeringen.<sup>143</sup> Uit HR 22 maart 2013, nr. 12/02909, *BNB* 2013/143 (concl. Wattel, noot Kavelaars) kan de conclusie worden getrokken dat de Hoge Raad zijn formele visie heeft gecontinueerd. In r.o. 3.3 oordeelt de Hoge Raad “*Of materiele sprake is van een gezagsverhouding is bij die beoordeling daarom niet relevant.*” Dit oordeel van de Hoge Raad lijkt voor het litigieuze geval niet relevant, daar het geschil zich spitst op de vraag hoe art. 6 lid 1 letter d Regeling aanwijzing directeur-grootaandeelhouder moet worden geïnterpreteerd. Zoals Kavelaars in onderdeel 1 van zijn noot opmerkt is dit waarschijnlijk gedaan met het oog op het verschil in interpretatie tussen de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep<sup>144</sup> inzake de dienstbetrekking.<sup>145</sup> De Hoge Raad oordeelt wie als werknemer kwalificeert en diens formele visie is bepalend.<sup>146</sup> Overigens is mede gezien de grammaticale uitleg van de Hoge Raad in dit arrest een concept voor een nieuwe Regeling aanwijzing directeur-grootaandeelhouder ter consultatie gepubliceerd.<sup>147</sup>

### 3.3 Loon en aanspraak

#### 3.3.1 Loon

Het voorwerp van de loonbelasting is het belastbare loon, waarbij belastbaar loon wordt opgevat als het gezamenlijke bedrag aan loon (art. 9 lid 1 en 2 Wet LB 1964). Uit art. 10 Wet LB 1964 volgt dat de wetgever een ruim loonbegrip voor ogen heeft: loon is al hetgeen uit een dienstbetrekking wordt genoten. De alomvattendheid van het ruime loonbegrip wordt beperkt doordat loon *uit* dienstbetrekking moet zijn genoten. Dat wil zeggen dat een zekere relatie met de dienstbetrekking moet bestaan. Het criterium dat wordt aangelegd om de relatie met de dienstbetrekking te duiden wordt ook wel aangeduid met het “*zozeer criterium*” dat zijn oorsprong vindt in HR 29 juni 1983, nr. 21 435, *BNB* 1984/2 (concl.

<sup>141</sup> HR 7 februari 1940, *NJ* 1940, 180.

<sup>142</sup> HR 4 november 1942, *B.* 7572.

<sup>143</sup> Zie onder andere art. 75m ZW en art. 129d WW.

<sup>144</sup> Die voorheen de hoogste rechter voor de werknemersverzekeringen was.

<sup>145</sup> Zie voor verschillen tussen het fiscale en civiele begrip dienstbetrekking: D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud (diss. Rotterdam)*, Deventer: Kluwer 2008.

<sup>146</sup> Art. 3 ZW (werknemer) valt volgens art. 75m ZW onder de artikelen waartegen beroep in cassatie kan worden ingesteld.

<sup>147</sup> Concept regeling aanwijzing directeur-grootaandeelhouder, <http://www.internetconsultatie.nl/11999> [02-03-2015].

Van Soest, noot Van Dijck).<sup>148</sup> In dit arrest oordeelt de Hoge Raad in r.o. 9 dat een vergoeding ter zake van immateriële schade en verlies aan arbeidskracht als gevolg van een ongeval, behoudens bijzondere omstandigheden,<sup>149</sup> niet zo zeer hun grond vinden in de dienstbetrekking dat zij daar als genoten moet worden aangemerkt. Een tweede beperking op het ruime loonbegrip wordt gevonden in de omstandigheid dat het loon moet worden genoten. Daarmee wordt doorgaans bedoeld dat nieuwe beschikkingsmacht over goederen en diensten is verkregen.<sup>150</sup> Mertens duidt het verband tussen de verrijking en de dienstbetrekking als de causaliteitseis en stelt verder dat loon aan de voordeeleis en de verstrekkingseis moet voldoen.<sup>151</sup> De voordeeleis houdt in dat de werknemer zijn beschikkingsmacht heeft moeten kunnen uitbreiden en een voordeel moet hebben genoten in de zin dat hij gebaat is. Met de verstrekkingseis wordt gewezen op de omstandigheid dat de werkgever bekend is met de voordelen waarover loonbelasting moet worden afgedragen.<sup>152</sup>

Op grond van art. 18a lid 1 t/m 3 Wet LB 1964 bedraagt per dienstjaar het ouderdomspensioen niet meer dan een bepaald percentage van het pensioengevend loon. Voor het beschikbare-premiestelsel geldt het Besluit van 17 december 2014 (Staffelbesluit) op grond waarvan een bepaalde maximale premie als percentage van de pensioengrondslag beschikbaar mag worden gesteld.<sup>153</sup> Uit paragraaf 1.1 van het Staffelbesluit kan worden afgeleid dat de pensioengrondslag het pensioengevend loon minus de AOW-franchise is. Het begrip pensioengevend loon wordt niet gedefinieerd in de Wet LB 1964. In beginsel is het begrip daarom ruim om te vatten vanwege het ruime loonbegrip. Dit acht de wetgever onwenselijk en mede daarom is in art. 18g lid 2 Wet LB 1964 een delegatiebevoegdheid opgenomen om regels te stellen met betrekking tot het pensioengevend loon. Van die bevoegdheid is gebruik gemaakt in art. 10b Uitv besl LB 1965. De bepalingen in art. 10b Uitv besl LB 1965 spreken voor zich en zijn in beginsel ook van toepassing op het in eigen beheer gehouden pensioen. Op het beginsel dat het begrip (pensioengevend) loon ruim moet worden opgevat wordt verder inbreuk gemaakt door art. 10c Uitv besl LB 1965. Art. 10c Uitv besl LB 1965 is gebaseerd op art. 18h lid 2 Wet LB 1964 dat ook wel bekend staat als het gangbaarheids criterium en is uitsluitend van toepassing op pensioen in eigen beheer. Het gangbaarheids criterium wordt behandeld in paragraaf 3.5. In art. 3.3a Uitvoeringsregeling loonbelasting 2011 (URLB 2011) staan ook enkele uitzonderingen die verder onbehandeld blijven.

### 3.3.2 Loonmanipulatie

Doorgaans kan een DGA de betaling uitstellen of hij kan afzien van zijn loon. Daarnaast heeft de DGA de mogelijkheid om de hoogte van zijn loon te bepalen. De gevolgen hiervan worden in deze paragraaf behandeld. In het geval de DGA geheel afziet van loon wordt niet voldaan aan het vereiste loon te betalen en is geen sprake van een dienstbetrekking. Over loon waarvan is afgezien kan daarom geen

<sup>148</sup> Van Westen, in: *Cursus Belastingrecht* LB.2.2.0.b1 (online, laatst bijgewerkt 7 februari 2014).

<sup>149</sup> Zoals bepaalde afspraken in de arbeidsovereenkomst. De bijzondere omstandigheden blijven verder onbesproken.

<sup>150</sup> Zie bijvoorbeeld Hofstra in zijn noot bij *BNB* 1989/120.

<sup>151</sup> A.L. Mertens, 'Plaats en reikwijdte van het negatief loonbegrip', *FED* 2012/47, p. 8 – 9.

<sup>152</sup> Zie ook het arrest waar Mertens naar verwijst (p. 10): HR 24 juni 1992, nr. 28 156, *BNB* 1993/19 (concl. Van Soest, noot Van Brunschot), r.o. 3.3.

<sup>153</sup> Besluit van 17 december 2014, nr. BLKB2014/2132M, *Stcrt.* 2014, 36872.

pensioen worden opgebouwd. Van dit beginsel wordt afgeweken door de werking van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 op grond waarvan in deze gevallen een fictieve dienstbetrekking kan worden aangenomen. Desondanks is pensioenopbouw over loon waarvan is afgezien uitgesloten vanwege art. 19 Wet LB 1964. Op grond van het nog te behandelen art. 12a Wet LB 1964 kan bij het afzien van loon een fictief loon in aanmerking worden genomen waarvan het genietingsstijd bepaald wordt door art. 13a lid 3 Wet LB 1964.

Wanneer de DGA de betaling van zijn loon uitstelt blijft de plicht om loon te betalen gehandhaafd en blijft sprake van een dienstbetrekking. Pensioenopbouw is in die gevallen in beginsel niet uitgesloten.<sup>154</sup> In de Wet LB 1964 wordt in het algemeen het kasstelsel (ook wel reële stelsel) gevolgd om te bepalen op welk moment het loon wordt genoten en belast. Zonder aanvullende regelgeving zou de heffing van loonbelasting over uitgesteld loon ook uitgesteld worden. In de winstsfeer kan ter zake van het uitgesteld loon ten laste van de winst een reserve worden gevormd. Door het loon kunstmatig laag te houden kan verder geprofiteerd worden van bepaalde wettelijke regelingen, zoals inkomensafhankelijke regelingen. Deze constructie, die ook wel bekend staat onder de afkorting RUS (reserve uitgesteld loon),<sup>155</sup> werd door de wetgever onwenselijk geacht en is per 1 januari 1994 bestreden met de invoering van art. 13a lid 2 Wet LB 1964<sup>156</sup> en art. 19 Wet LB 1964.<sup>157</sup> Op grond van art. 13a lid 2 Wet LB 1964 wordt geen rekening gehouden met de omstandigheid dat het loon op een ongebruikelijk tijdstip wordt genoten. (Ongebruikelijk) uitgesteld loon wordt geacht te zijn genoten op het tijdstip waarop het normaliter zou zijn betaald.<sup>158</sup> Van een ongebruikelijk tijdstip is volgens de parlementaire geschiedenis geen sprake als het loon wordt uitgesteld vanwege de slechte liquiditeitspositie van de bv.<sup>159</sup> Ongebruikelijk moet worden opgevat naar de betekenis daarvan in het spraakgebruik.<sup>160</sup> Volgens Kavelaars in zijn noot bij HR 20 september 2000, nr. 35 092, *BNB* 2001/81 is de maatstaf voor gebruikelijkheid datgene wat gebeurt bij reguliere werknemers. Pensioenopbouw over uitgesteld loon kan naar mijn mening door de fictie van art. 13a lid 2 Wet LB 1964 zonder verdere bijzonderheden plaatsvinden in het jaar waarin het loon normaal gesproken zou worden betaald. Art. 19 Wet LB 1964 is mijns inziens niet van toepassing omdat het loon niet nihil of anderszins aanzienlijk lager is. Slechts de betaling van het loon wordt uitgesteld. Uitgesteld loon wordt niet genoten in zinn dat de werknemer effectieve beschikkingsmacht over goederen en diensten verkrijgt, maar door de fictie van art. 13a lid 2 Wet LB 1964 is desondanks toch sprake van genoten loon. De wetgever is echter van mening dat over uitgesteld loon geen pensioenopbouw kan plaatsvinden.<sup>161</sup> Naar mijn mening onterecht, want het uitgangspunt voor pensioenopbouw in hoofdstuk IIB Wet LB 1964 is in beginsel loon zoals begrepen in art. 10 Wet LB 1964.

<sup>154</sup> Bevestigd in HR 11 juli 1990, nr. 26 788, *BNB* 1990/280 (noot Sinninghe Damsté).

<sup>155</sup> De vorming van een RUS werd ook ingegeven door de inmiddels vervallen vermogensbelasting.

<sup>156</sup> Eerder art. 27 lid 10 Wet LB 1964.

<sup>157</sup> Eerder art. 11d Wet LB 1964.

<sup>158</sup> Kamerstukken II 1993/94, 21 882, nr. 10, p. 6 – 7.

<sup>159</sup> Kamerstukken II 1993/94, 21 882, nr. 12, p. 6.

<sup>160</sup> Kamerstukken I 1993/94, 21 882, nr. 157b, p. 10.

<sup>161</sup> Kamerstukken II 1993/94, 21 882, nr. 10, p. 6 – 7.

Een DGA kan om hem moverende redenen, al dan niet tijdelijk, genoeg nemen met een lager dan gebruikelijk loon. Indien het feitelijk loon lager is dan het in art. 12a lid 1 Wet LB 1964 genoemde grensbedrag wordt het genoten loon bij fictie ten minste gesteld op dat grensbedrag.<sup>162</sup> In bepaalde gevallen, die omwille van de beschikbare ruimte van dit onderzoek niet behandeld worden, kan een hoger of lager bedrag in aanmerking worden genomen. Evenals art. 13a lid 2 Wet LB 1964 en art. 19 Wet LB 1964 moet art. 12a Wet LB 1964 worden gezien als een bepaling die dient ter voorkoming van het ontgaan van heffing van loon- en inkomstenbelasting (en voorheen vermogensbelasting) en van het behalen van onbedoelde voordelen in de sfeer van de sociale zekerheid en inkomensafhankelijke regelingen.<sup>163</sup> Het loon dat op grond van art. 12a Wet LB 1964 in aanmerking wordt genomen, wordt veelal aangeduid als fictief loon. Volgens de staatssecretaris<sup>164</sup> kan over fictief loon, conform de bestaande praktijk, geen pensioen worden opgebouwd.<sup>165</sup> Wat precies wordt bedoeld met de bestaande praktijk is mij niet geheel duidelijk. Wellicht is hier in de praktijk geen onduidelijk over omdat de maatregel prohibitief is en in de praktijk pensioenopbouw over fictief loon niet voor komt. Desalniettemin is het ook dan wenselijk dat de wetgever de wetgeving hier iets zorgvuldiger uitwerkt.<sup>166</sup> De wetgever ging er eerder van uit dat art. 12a Wet LB 1964 en art. 19 Wet LB 1964 zoveel mogelijk bewerkstelligen dat een zakelijk salaris wordt genoten waar pensioen over kan worden opgebouwd.<sup>167</sup> Helaas kan die passage op verschillende manieren geïnterpreteerd worden.<sup>168</sup> Volgens Meussen, die zijn mening baseert op de “*nota naar aanleiding van het verslag*”, kan fiscaal gefaciliteerd pensioen worden opgebouwd over fictief loon.<sup>169</sup> Helaas is zijn behandeling van het onderwerp voor het overige summier. Dat geen pensioenopbouw mogelijk is volgt naar mijn mening niet uit de wet. Door de werking van art. 12a Wet LB 1964 wordt het loon in de zin van art. 10 Wet LB 1964 ten minste op een bepaald bedrag gesteld. Dit loon is het uitgangspunt voor pensioenopbouw volgens de regels van hoofdstuk IIB Wet LB 1964.<sup>170</sup> Met betrekking tot pensioenopbouw in eigen beheer in relatie met art. 19 Wet LB 1964 is de onduidelijkheid hierover naar mijn mening ongewenst. Het ligt niet in de lijn der verwachting dat de Hoge Raad hier duidelijkheid over schept. Het risico op een pensioenregeling die niet voldoet aan de voorwaarden van Hoofdstuk IIB Wet LB 1964 zal dat waarschijnlijk beletten. Over de mogelijkheid om pensioen in eigen beheer op te bouwen over fictief loon bestaat, voor zover ik weet, geen rechtspraak. Op art. 12a Wet LB 1964 bestaat wel de nodige kritiek.<sup>171</sup> Mede geïnspireerd door de conclusie van A-G Wattel bij HR 9 november 2012, nr. 11/03555, *BNB* 2013/71 (onderdeel 9.1 en 9.2) en de noot van

<sup>162</sup> Op grond van de tekst van het artikel (“in belangrijke mate afwijkt”) hanteert de Belastingdienst een doelmatigheidsmarge van 30%.

<sup>163</sup> Brief van 21 januari 1998, nr. DB97/2769U, *V-N* 1998/7.17.

<sup>164</sup> Ingeval het ministerie onvermeld is wordt de Staatssecretaris van Financiën bedoeld.

<sup>165</sup> Besluit van 9 september 2010, nr. DGB2010/2733M, *Stcrt.* 2010, 14304, paragraaf 3.2.1.

<sup>166</sup> L.G.M. Stevens en B.G.J. Schuurman, *Pensioen in de loonsfeer*, Deventer: Kluwer 2008, p. 256.

<sup>167</sup> Kamerstukken II 1996/97, 24 761, nr. 7, p. 54.

<sup>168</sup> Zie ook: Vakstudie Nieuws (red.), 'Loonbelasting; Grondslag pensioenopbouw. Uitleg gebruikelijk loon', *V-N* 1999/7.25.

<sup>169</sup> G.T.K. Meussen, 'De fictiefloonregeling in art. 12a Wet LB 1964', *FED* 1997/870, p. 7.

<sup>170</sup> In dezelfde zin: H.J. Schut, 'Pensioen in eigen beheer', *WFR* 2000/233, p. 8.

<sup>171</sup> G.T.K. Meussen, 'De fictiefloonregeling in art. 12a Wet LB 1964', *FED* 1997/870; G.W.B. van Westen, 'De fictiefloonregeling moet worden afgeschaft', *NTRF* 2006/20; Anders: P.G.H. Albert, 'Ficties zijn fictie', *WFR* 2012/1324.

Heithuis bij dat arrest is het mijn inziens aanbevelenswaardig geen hoger gebruikelijk loon aan te nemen dat het in art. 12a Wet LB 1964 genoemde grensbedrag omdat de regeling zijn doel voorbijschiet.<sup>172</sup> Op grond van de wettekst concludeer ik dat pensioenopbouw in eigen beheer over fictief loon mogelijk is.

### 3.3.3 Aanspraken

Op grond van art. 11 lid 1 onderdeel c Wet LB 1964 behoren aanspraken ingevolge een pensioenregeling niet tot het loon. Art. 11 lid 1 onderdeel j onder 1° Wet LB 1964 regelt dat de werknemersbijdrage aan de pensioenregeling niet tot het loon behoort. Hierdoor is de premie die wordt voldaan ingevolge de pensioenregeling uitgezonderd van het loonbegrip en de heffing van loonbelasting. De toekomstige uitkeringen zijn belast als loon uit vroegere dienstbetrekking.<sup>173</sup> Dat een aanspraak op pensioen doorgaans niet als genoten wordt ervaren is een van de bestaansgronden van de omkeerregel.<sup>174</sup> Een aanspraak op pensioen is wel een voordeel, maar leidt er niet toe dat een persoon effectieve beschikkingsmacht over goederen en diensten verkrijgt in het jaar van toekenning. Ook de wetgever is van oordeel dat een aanspraak op pensioen niet als verteerd kan worden beschouwd.<sup>175</sup> In deze visie wordt pensioen aangemerkt als uitgesteld loon. Deze visie staat ook wel bekend als de inkomensuitsteltheorie.<sup>176</sup> Tegenover de inkomensuitsteltheorie staat de aanspraaktheorie volgens welke uitgaven aan een pensioenregeling kwalificeren als besteding van (huidig) inkomen. De heersende maatschappelijke opvatting is dat loonbelasting moet worden geheven op het moment dat het loon verteerbaar is. Toepassing van de inkomensuitsteltheorie sluit aan bij de inkomensbeleving van de werknemer en zal tot minder frictie bij de heffing leiden.

Het begrip aanspraak bestaat reeds 100 jaar in de loonbelasting, maar die wet bepaalt niet wat onder het begrip aanspraak moet worden verstaan. Het begrip heeft met name vorm gekregen in de jurisprudentie. Stevens en Schuurman stellen, aan de hand van de aldaar genoemde jurisprudentie, dat voor de aanwezigheid van een aanspraak aan drie voorwaarden moet worden voldaan.<sup>177</sup> Er moet een juridisch afdwingbaar recht op een uitkering bestaan, de aanspraken moeten gedekt worden door in eigen beheer een fonds op te bouwen of door stortingen te doen bij derden en de aanspraak moet het karakter hebben van een verzorgingsvoorziening. Het eerste vereiste vindt men terug in het begrip pensioenregeling in art. 18 Wet LB 1964. Overigens mag een pensioenovereenkomst in de zin van de Pensioenwet zowel schriftelijk als mondeling overeengekomen worden.<sup>178</sup> Voor de DGA die pensioen in eigen beheer opbouwt dient een pensioenovereenkomst (pensioenregeling) schriftelijk overeengekomen te worden in de pensioenbrief. Het derde vereiste, het verzorgingskarakter van de

<sup>172</sup> Zo ook: G.T.K. Meussen, 'De fictiefloonregeling in art. 12a Wet LB 1964', *FED* 1997/870, p. 10.

<sup>173</sup> Een en ander op grond van art. 1 Wet LB 1964, art. 2 lid 1 Wet LB 1964, art. 6 lid 1 letter b Wet LB 1964 en art. 10 lid 1 Wet LB 1964.

<sup>174</sup> Zie bijvoorbeeld Hofstra in zijn noot bij *BNB* 1989/120.

<sup>175</sup> Handelingen der Staten-Generaal, Bijlagen, 1935-1936, 146-3, p. 5.

<sup>176</sup> A.H.H. Bollen-Vandenboorn e.a., 'Drieluik "De fiscale behandeling van pensioensparen", deel I: 100 jaar omkeerregel', *MBB* 2014/4, p. 3.

<sup>177</sup> L.G.M. Stevens en B.G.J. Schuurman, *Pensioen in de loonsfeer*, Deventer: Kluwer 2008, p. 116-117.

<sup>178</sup> Al moet op grond van art. 7 lid 1 PW de werkgever de werknemer schriftelijk informeren of hij een aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst doet.



pensioenregeling, vindt men eveneens terug in art. 18 Wet LB 1964.<sup>179</sup> Op het tweede vereiste is wel enige kritiek mogelijk. Het vereiste van de fondsvorming vindt volgens Stevens en Schuurman zijn oorsprong in HR 12 juni 1991, nr. 27 223, *BNB* 1991/267 (noot Brunt).<sup>180</sup> In dit arrest kwamen een werkgever en werknemer bij de beëindiging van de dienstbetrekking overeen dat de werkgever tot een bepaald maximum schade zou vergoeden ter zake van de verkoop van de woning van de werknemer. Zeven jaar later, bij de verkoop van de woning, is het bedrag door de werkgever onder inhouding van loonbelasting en premies volksverzekeringen uitbetaald. Belanghebbende stelt dat bij de toekenning van het recht op de schadevergoeding sprake is van een aanspraak op grond van art. 10 lid 2 Wet LB 1964, die is genoten bij de toekenning en niet bij de uitbetaling. De Hoge Raad oordeelt in r.o. 4.3 dat geen sprake is van een aanspraak omdat de getroffen voorziening zich er in het algemeen niet toe leent dat de aanspraken gedekt worden door een fonds op te bouwen of door daarvoor stortingen te doen bij derden. Brunt merkt in overweging 3 van zijn noot op “*Het is duidelijk dat een werkgever in een geval als het onderhavige geen fonds zal vormen, maar hoogstens in zijn balans een voorziening treft die de kans op uitbetaling naar geschatte waarde zal weergeven, maar dit is geenszins fondsvorming.*” *BNB* 1991/267 is bevestigd in HR 19 maart 1997, nr. 31 549, *BNB* 1997/139. Echter, in *BNB* 1997/139 laat de Hoge Raad de woorden “*in het algemeen*” achterwege.<sup>181</sup> Het gaat erom of “*de voorziening zich praktisch gesproken leent voor dekking van de verplichtingen door stortingen bij derden*” (r.o. 3.3 *BNB* 1997/139). Desalniettemin wordt in HR 3 maart 1999, nr. 32 944, *BNB* 1999/228 (concl. Van Soest, noot Kavelaars) teruggevallen op de omschrijving uit het begrip aanspraak uit *BNB* 1991/267 en eerdere jurisprudentie. Met betrekking tot de fondsvorming stelt Kavelaars in onderdeel 5 van zijn noot bij *BNB* 1999/228 dat de wijze van dekking niet relevant behoort te zijn bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een aanspraak. A-G Van Soest, in overweging 7.3 van zijn conclusie bij *BNB* 1999/228, relateert het vereiste van fondsvorming enigszins met de opmerking dat passivering van de contante waarde van een toegezegde uitkering aan te merken is als fondsvorming. Ik begrijp de Hoge Raad aldus, dat in letterlijke zin de voorziening afgedekt *kan* worden door beleggingen of dat de verplichting afgekocht *kan* worden door deze onder te brengen bij een verzekeraar of andere derde. Dat zal vrijwel elke toekomstige verwachte uitgave zijn, waarmee het vereiste aldus weinig om het lijf heeft. In *BNB* 1999/228 wordt niet door de Hoge Raad weersproken dat de toekomstige onzekere gebeurtenis een “*cruciaal element*” is zoals het Hof stelt. In overweging 7.12 en 7.13 van de conclusie bij *BNB* 1999/228 stelt Van Soest dat die overweging van het Hof in strijd is met de letterlijke wettekst en de jurisprudentie. Het belang van de toekomstige onzekere gebeurtenis is daarom ongewis, net zoals het aanspraakbegrip zelf.<sup>182</sup> Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten om aan de hand van de wetshistorie en jurisprudentie het aanspraakbegrip in de loonbelasting uitvoerig te analyseren. Daarbuiten is met de invoering van de Wet fiscale behandeling pensioenen het belang van de inhoud

<sup>179</sup> Verzorging is vervangen door het treffen van een inkomensvoorziening: Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3, p. 20.

<sup>180</sup> L.G.M. Stevens en B.G.J. Schuurman, *Pensioen in de loonsfeer*, Deventer: Kluwer 2008, p. 116 – 117.

<sup>181</sup> Zie commentaar van Van Waaijen op HR 19 maart 1997, nr. 31 549, *NIFR* 2005/1510.

<sup>182</sup> Zo ook A-G Van Ballegooijen in onderdeel 5.2 van zijn conclusie bij HR 11 november 2005, nr. 39 478, *BNB* 2006/38 (concl. Van Ballegooijen, noot Kavelaars).

van het aanspraakbegrip, voor zover dat van toepassing is op pensioen, afgenomen omdat sinds de inwerkingtreding van deze wet art. 11 lid 1 letter c Wet LB 1964 bepaalt dat aanspraken ingevolge een pensioenregeling zoals bedoeld in hoofdstuk IIB Wet LB 1964 niet tot het loon behoren.<sup>183</sup> Een pensioenregeling die voldoet aan hoofdstuk IIB Wet LB 1964 valt daarmee onder het aanspraakbegrip.

### 3.4 Pensioensoorten

De Wet LB 1964 kent verschillende pensioensoorten die als pensioenregeling kwalificeren (zie art. 18 Wet LB 1964). Met betrekking tot het soort pensioen bestaat geen theoretisch verschil tussen het pensioen van de reguliere werknemer en het in eigen beheer gehouden pensioen van de DGA. In de praktijk kan het in eigen beheer houden van partner-, wezen- of arbeidsongeschiktheidspensioen problematisch zijn. Bij de toezegging van een van die pensioensoorten zal ineens een (fors) bedrag gereserveerd moeten worden. Het verzekerde risico kan zich immers meteen voordoen. Als dan geen voldoende vermogen in de onderneming aanwezig is kan getwijfeld worden aan de bedoeling van de partijen bij het sluiten van de pensioenovereenkomst en wordt niet meer voldaan aan art. 18 lid 1 Wet LB 1964.<sup>184</sup> Nabestaanden- of of arbeidsongeschiktheidspensioen in eigen beheer kan overigens ook in de winstsfeer problematisch zijn.<sup>185</sup> Aan een pensioen in eigen beheer gebaseerd op het middelloonstelsel kleven naar mijn mening geen bijzondere bezwaren. Het stelsel blijft verder onbehandeld. Het eindloonstelsel dient, zoals besproken in paragraaf 3.5, naar mijn mening afgeschaft te worden. Het stelsel kan ook zonder meer toegepast worden bij pensioen in eigen beheer.

Het beschikbare-premiestelsel komt minder vaak voor bij pensioen in eigen beheer. Bij het beschikbare-premiestelsel wordt een percentage van het pensioengevend loon belegd tot aan de pensioendatum. Op dat moment wordt met het pensioenkapitaal een levenslange periodieke uitkering aangekocht (pensioen). De hoogte van de periodieke uitkering die aangekocht kan worden is afhankelijk van de omvang van het pensioenkapitaal en de tarieven die gelden op het moment van aankoop. Een lage rentestand leidt tot hogere tarieven en tot een lage periodieke uitkering. Het beschikbare-premiestelsel is het stelsel waarbij het meeste risico bij de werknemer ligt. Het risico wordt momenteel zo groot bevonden dat het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en het Ministerie van Financiën een inventariserend onderzoek hebben laten uitvoeren over deze problematiek met als doel *“om bij de aankoop van het pensioen meer flexibiliteit in te bouwen”*.<sup>186</sup> Mijns inziens speelt hetzelfde probleem bij pensioen in eigen beheer. Hoe daar ook tegen aan wordt gekeken, in essentie is een bepaald vermogen beschikbaar om pensioen uit te keren dat niet voldoende hoeft te zijn voor een levenslange uitkering. Flexibiliteit in de uitkeringsfase kan dat probleem enigszins het hoofd bieden. Ik heb geen bezwaar tegen een systeem waarbij aan de hand

<sup>183</sup> Wet van 29 april 1999 houdende aanpassing van de Wet op de loonbelasting 1964, de Wet op de inkomstenbelasting 1964, de Coördinatiewet Sociale Verzekering en in samenhang daarmee enige andere wetten naar aanleiding van de voorstellen van de werkgroep Fiscale behandeling pensioenen (Wet fiscale behandeling van pensioenen), *Stb.* 1999, 211.

<sup>184</sup> Zie ook CAP, *Vraag & Antwoord 12-008 d.d. 21092012*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_12-008.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_12-008.htm) [02-03-2015].

<sup>185</sup> Zie paragraaf 5.3.

<sup>186</sup> Kamerstukken II 2013/14, 32 043, nr. 226.

van het beschikbare kapitaal elk jaar een actuariële berekening wordt gemaakt om de hoogte van de jaarlijkse uitkering te berekenen. Het maakt dan niet uit volgens welk stelsel het pensioen is opgebouwd.

In het Staffelbesluit zijn percentages opgenomen die gehanteerd kunnen worden, maar dit besluit is niet van toepassing op pensioen in eigen beheer (zie onderdeel 1 van het besluit). Dat lijkt mij juist onder andere omdat de premiepercentages een mannelijke werknemer veronderstellen met een 3 jaar jonger vrouwelijke partner, leeftijdsterugstellingen hanteren en AOW-franchise inbouw van een gehuwd persoon. Deze drie veronderstellingen zijn voor een pensioen in eigen beheer in strijd met respectievelijk art. 10c letter d Uittv besl LB, art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 en art. 10c letter c Uittv besl LB. Met betrekking tot het beschikbare-premiestelsel bij pensioen in eigen beheer zijn enkele knelpunten aan te wijzen. Het uitgangspunt van het beschikbare-premiestelsel dat premies renderen tot aan de pensioendatum verhoudt zich slecht met pensioen in eigen beheer waarbij geen afgescheiden beleggingskapitaalvorming hoeft plaats te vinden. Als geen beleggingskapitaal wordt gevormd is onduidelijk hoe dit kapitaal rendeert en wat de waarde van het kapitaal op de pensioendatum is. Denkbare varianten zijn volgens de Werkgroep Ondernemerspensioen het rendement op het kapitaal of vermogen van de vennootschap, een vast percentage of een flexibel percentage zoals het U-rendement of de marktrente.<sup>187</sup> De werkgroep is voorstander van een flexibele rente omdat dan geen verschil ontstaat tussen de fiscale en commerciële waardering van de pensioenverplichting. De hoogte van de beschikbare premie wordt bepaald met inachtneming van de in art. 18a lid 3 Wet LB 1964 genoemde uitgangspunten. Een van die uitgangspunten is dat een rekenrente in aanmerking wordt genomen van tenminste 4%. In de berekening wordt dus verondersteld dat de premie 4% rendeert. Als geen afgezonderde kapitaalvorming plaatsvindt is het naar mijn mening dan juist om de pensioenverplichting op te renten met 4%. Overigens mogen op grond van onderdeel 6.1 het Staffelbesluit ook premies gehanteerd worden die zijn gebaseerd op een rekenrente van 3%. Schuurman vraagt zich ook af hoe het rendement bepaald kan worden als de premie niet gesepareerd op een rekening wordt gezet en merkt op dat in wezen geen verschil bestaat tussen het toezeggen van een beschikbarepremieregeling op basis van een 4% staffel met een vast (dus gegarandeerd) percentage van 4% en een nominaal toegezegd pensioen.<sup>188</sup> Het gevolg daarvan is dat een beschikbarepremieregeling in eigen beheer niet de problematiek rond de dividenduitkering oplost. Ik ben het daar wel mee eens, maar merk op dat de waardering van een pensioenverplichting die gebaseerd is op een beschikbarepremieregeling waarbij een rendement van 4% wordt verondersteld eenvoudiger is dan de waardering van een pensioenverplichting die gebaseerd is op een middel- of eindloonregeling en wat dat betreft efficiënter is.

Een voordeel van het toepassen van het beschikbare-premiestelsel in eigen beheer is de eenvoud. Als

<sup>187</sup> Werkgroep Ondernemerspensioen, *Het Ondernemerspensioen. Een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013 (DB/2013/576)*, Interim-rapport, Tilburg: Werkgroep Ondernemerspensioen 2014, p. 20–23.

<sup>188</sup> B.G.J. Schuurman, 'Beschikbare premie in eigen beheer: leuk voor de dga of voor de adviseur?', *Pensioen Magazine* 2014/130, p. 5.

daadwerkelijk kapitaalvorming plaatsvindt is de waardering van de pensioenverplichting gelijk aan de waarde van de beleggingen. Ingewikkelde actuariële berekeningen kunnen in de opbouwfase achterwege blijven. Die zijn alleen nodig op het moment dat het pensioenkapitaal wordt omgezet in een periodieke uitkering. Dat kan tot gevolg hebben dat winst moet worden genomen omdat gewaardeerd moet worden met inachtneming van de fiscale waarderingsregels en volgens de staatssecretaris een marktconforme pensioenuitkering bepaald moet worden.<sup>189</sup> Dit probleem is mijns inziens op te lossen door de pensioenuitkering te bepalen op fiscale grondslagen. Fiscaal is naar mijn mening een ouderdomspensioen gebaseerd op het beschikbare-premiestelsel in eigen beheer maatschappelijk wenselijk, mits de premie afzonderlijk belegd wordt en kapitaalvorming plaatsvindt. Dit kan door de regeling onder te brengen bij een extern lichaam of door een aparte (beleggings-)rekening of een (derden)rekening aan te houden bij een bank, verzekeraar of premiepensioeninstelling die uitsluitend kan worden aangewend ten behoeve van het pensioen.<sup>190</sup> Een bijkomend voordeel van een (derden)rekening is dat het werkelijk opgebouwde kapitaal buiten de risicosfeer van de onderneming blijft. Aan waarden wordt niet toegekomen. Als de vennootschap de verzekeraar van het pensioen is, is de verplichting gelijk aan de actuele waarde van de beleggingen. Geen verplichting wordt in de balans opgenomen als de bank of verzekeraar de uitvoerder van de pensioenuitkering is. In dat geval is immers geen sprake van een pensioen in eigen beheer. Ik zie ook geen bezwaar om de dotatie aan de pensioenrekening binnen een bepaald maximum geheel vrij te laten. Een nadeel van afgescheiden kapitaalvorming is dat de pensioenopbouw ten koste van de liquiditeitspositie van de onderneming gaat. Een beschikbarepremieregeling in intern eigen beheer zonder afgezonderde beleggingen is mijns inziens minder wenselijk. De staatssecretaris lijkt geen voorstander te zijn een ouderdomspensioen gebaseerd op het beschikbare-premiestelsel in eigen beheer.<sup>191</sup> Naar mijn mening is een beschikbarepremieregeling in eigen beheer, zowel met als zonder afgezonderde beleggingen, op grond van de huidige wetgeving en jurisprudentie toegestaan, maar het is ongewis welk rendement op de pensioenverplichting in aanmerking moet worden genomen.

### 3.5 Gangbaarheids criterium

Met art. 18h Wet LB 1964 (het gangbaarheids criterium) beoogt de wetgever de opbouw van pensioen in eigen beheer te beperken. De achtergrond van het gangbaarheids criterium is de overweging van de wetgever dat het in eigen beheer gehouden pensioen van de DGA niet beperkt wordt door de onderhandeling over pensioen tussen de werknemer en werkgever. De wetgever acht het onwenselijk dat de DGA maximaal gebruik maken van de fiscale facilitering.<sup>192</sup> Met name wordt van belang geacht dat in de collectieve sector de fiscale facilitering ook niet maximaal benut wordt en het budgettaire

<sup>189</sup> Schriftelijk overleg over de brief van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 6 december 2013 over Pensioen in eigen beheer, ontkenning fiscale oudedagsreserves en stakingslijfrenten en verruiming kleine afkoopregeling lijfrenten, 2 juni 2014, DB/2014/208M, p. 8.

<sup>190</sup> Overigens mogen premiepensioeninstellingen geen beschikbare-premieregeling van een DGA uitvoeren. Zie: J.A.L. Borremans en F.J.H. Husken, 'Opinie: Rapport Evaluatie Premie Pensioen Instellingen', *P&P* 2014/5, p. 5.

<sup>191</sup> Schriftelijk overleg over de brief van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 6 december 2013 over Pensioen in eigen beheer, ontkenning fiscale oudedagsreserves en stakingslijfrenten en verruiming kleine afkoopregeling lijfrenten, 2 juni 2014, DB/2014/208M, p. 16–18.

<sup>192</sup> Kamerstukken I 1998/99, 26 020, nr. 104d, p. 13–14.

belang dat gemoeid is met maximale gebruikmaking van de fiscale ruimte.<sup>193</sup> Het uiteindelijke doel van het gangbaarheids criterium is de beheersing van het overheidsbudget, maar het wordt mede gestoeld op een rechtvaardigheidsargument. De wetgever is van mening dat de DGA en de reguliere werknemer materieel gelijk moeten worden behandeld.<sup>194</sup> In art. 18h lid 2 Wet LB 1964 is een delegatiemogelijkheid opgenomen waarvan gebruik is gemaakt in art. 10c Uitv besl LB. De achtergrond van de verschillende beperkingen is ontleend aan de Nota van Toelichting.<sup>195</sup> De opsomming van art. 10c Uitv besl LB is niet limitatief. Voor niet in art. 10c Uitv besl LB genoemde onderdelen van een pensioenregeling dient teruggevallen te worden op de hoofdregeling van art. 18h lid 1 Wet LB 1964.

(a) Loon in natura behoort niet tot het pensioengevend loon. De achtergrond hiervan is dat in collectieve regelingen doorgaans loon in natura ook wordt uitgezonderd van pensioenopbouw. Ik kan mij hier in vinden omdat loon in natura zich er niet voor leent om niet direct of binnen een korte tijd geconsumeerd te worden. Pensioen is te karakteriseren als uitgesteld loon. Een aanspraak op pensioen is wel loon, maar leidt niet tot nieuwe beschikkingsmacht over goederen en diensten. Als loon (volledig) in natura wordt voldaan en dat loon omvat mede een aanspraak op pensioen, valt niet goed in te zien hoe een gedeelte van dat loon in natura niet gebruikt of verbruikt wordt (verteerd wordt), maar gereserveerd wordt en oprent om uiteindelijk tot een pensioenuitkering te komen. Deze zienswijze speelt in mindere mate bij intern eigen beheer waar geen kapitaalvorming hoeft plaats te vinden.

(b) Het werknemersdeel van de pensioenpremie bedraagt niet meer dan de helft van de volledige premie. Hiermee beoogt de besluitgever zogenoemde oppompconstructies te voorkomen. Die constructies houden in dat de werknemer de volledige premie voor zijn rekening neemt en daar gecompenseerd voor wordt door een verhoging van zijn loon. Het pensioengevend loon wordt hierdoor (kunstmatig) hoger. Ik zie geen principiële grond voor deze beperking, met name niet omdat ik een materiële gelijke behandeling met de reguliere werknemer niet wenselijk acht. Buiten dat is het niet ongebruikelijk dat een werkgever de volledige lasten voor het pensioen voor zijn rekening neemt (het premievrije pensioen). Voor de inkoop van dienstjaren wordt afgeweken van deze beperking.<sup>196</sup>

(c) De in te bouwen AOW-franchise is ten minste gebaseerd op de AOW-uitkering van een ongehuwd persoon, zoals bedoeld in art. 9 lid 1 onderdeel a AOW en art. 9 lid 5 onderdeel a AOW (de ongehuwde pensioengerechtigde) vermeerderd met vakantietoeslag. De achtergrond hiervan is dat in de collectieve sector een hogere uitkering "*pleegt te worden ingebouwd*".<sup>197</sup> Naar het mij voorkomt is dit in ieder geval anno 2012 onjuist.<sup>198</sup> Die constatering brengt de vraag met zich of deze bepaling niet in strijd is met hetgeen de wetgever/besluitgever voor ogen stond bij de introductie van de bepaling. Volgens Hof Den

<sup>193</sup> Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3, p. 16.

<sup>194</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 020, nr. 6, p. 28.

<sup>195</sup> Besluit van 18 mei 1999, houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit LB 1965 in verband met de inwerkingtreding van de Wet fiscale behandeling van pensioenen, *Stb.* 1999, 212, p. 8 – 10.

<sup>196</sup> Zie paragraaf 3.6.

<sup>197</sup> Besluit van 18 mei 1999, houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit LB 1965 in verband met de inwerkingtreding van de Wet fiscale behandeling van pensioenen, *Stb.* 1999, 212, p. 9.

<sup>198</sup> AFM, *Pensioenrisicoanalyse. Onderzoek naar de verwachte hoogte van toekomstige pensioeninkomens*, Amsterdam: AFM 2012, p. 13.

Haag 6 juli 2011, nr. 10/00298, *NTFR* 2011/1819 (noot Kastelein) moet die vraag ontkennend worden beantwoord, omdat “*Het Besluit blijft immers voldoen aan het uitgangspunt waarop het berust, eigen beheer globaal niet ruimer bemeten dan de collectieve regeling.*” (r.o. 7.1.3). Kastelein eindigt zijn annotatie in *NTFR* 2011/1819 met de opmerking dat we deze uitspraak “*vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid maar liefst zo snel mogelijk moeten vergeten*”. Evenals Stevens en Schuurman ben ik van mening dat het logisch zou zijn als deze bepaling wordt aangepast.<sup>199</sup> De wetgever beoogde immers met het gangbaarheids criterium dat regelingen in eigen beheer “*trendvolgend*” zijn.<sup>200</sup>

Op grond van art. 18a lid 8 onderdeel a Wet LB 1964 en art. 10aa Uitv besl LB mag een lagere franchise gehanteerd worden indien het opbouwpercentage per dienstjaar lager is dan een bepaald percentage. Voor het beschikbare-premiestelsel geldt op grond van lid 3 van art. 10aa Uitv besl LB een overeenkomstige regeling. Van deze mogelijkheid kan volgens het CAP geen gebruik worden gemaakt bij in eigen beheer gehouden pensioen.<sup>201</sup> Ik kan mij daar in vinden omdat art. 10c Uitv besl LB mijns inziens gezien moet worden als *lex specialis* ten opzichte van het meer algemeen geldende art. 10aa Uitv besl LB. Desondanks ben ik van mening dat op grond van het gelijkheidsbeginsel de minimaal in te bouwen franchise niet af zou moeten wijken van de regeling voor reguliere pensioenen.

(d) De regeling kan geen partner- of wezenpensioen bevatten indien geen sprake is van een aanwijsbare partner respectievelijk wees. Deze regeling is opgenomen omdat in collectieve regelingen het premiedeel voor deze pensioenen behandeld wordt als solidariteitsheffing indien het pensioen niet of slechts ten dele aan nabestaanden ten goede zal komen. Volgens de Nota van Toelichting kan overigens met terugwerkende kracht pensioen worden opgebouwd zodra de DGA alsnog een partner of kinderen krijgt.<sup>202</sup> Naar mijn mening is deze regeling gebaseerd op het rechtvaardigheids criterium omdat de besluitgever stelt dat een reguliere werknemer zonder partner slechts op basis van een sekseneutrale ruilvoet het opgebouwde nabestaandenpensioen kan omzetten in ouderdomspensioen en art. 18d lid 1 letter d Wet LB 1964 slechts voorschrijft dat uitruil plaatsvindt op basis van algemeen aanvaarde actuariële grondslagen. Dit is een verschil tussen de Pensioenwet en de Wet LB 1964. Ik zie niet in waarom geen partnerpensioen mag worden opgebouwd, zolang ook na eventuele uitruil het pensioen de 100% grens niet te boven komt. Dat het pensioen boven die grens uit mag komen op grond van art. 18d lid 1 onderdeel d Wet LB 1964 vind ik een tekortkoming in de Wet LB 1964, vooral omdat afkoop van het bovenmatige deel niet tot nadelige gevolgen hoeft te leiden.<sup>203</sup> Een eventueel overbruggingspensioen is gebaseerd op de AOW-uitkering van een gehuwd persoon zonder toeslag. Overbruggingspensioen maakt geen onderdeel uit van dit onderzoek. Het onderwerp blijft daarom

<sup>199</sup> L.G.M. Stevens en B.G.J. Schuurman, *Pensioen in de loonsfeer*, Deventer: Kluwer 2008, p. 277.

<sup>200</sup> Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3, p. 16.

<sup>201</sup> CAP, *Vraag & Antwoord 14-003 d.d. 19032014*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_14-003.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_14-003.htm) [02-03-2015].

<sup>202</sup> Besluit van 18 mei 1999, houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit LB 1965 in verband met de inwerkingtreding van de Wet fiscale behandeling van pensioenen, *Stb.* 1999, 212, p. 9; Zie ook art. 60 PW.

<sup>203</sup> Wellicht in de tariefsfeer omdat ineens een hoog bedrag kan worden ontvangen. Vergelijk ook art. 18a lid 9 Wet LB 1964 waar bij een beschikbare-premieregeling het meerdere ineens wordt uitgekeerd indien de begrenzing wordt overschreden.

onbehandeld.

Het onderscheid in behandeling, die tot materiële gelijke behandeling met de reguliere werknemer leidt, wordt gerechtvaardigd met het argument dat de DGA in een volstrekt andere positie verkeert. Ik versta het rechtvaardigheids criterium kort gezegd zo dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en dat een rechtvaardigingsgrond moet bestaan voor gevallen waarin dat niet het geval is.<sup>204</sup> Ik zie niet in waarom de reguliere werknemer en de DGA, die in volstrekt verschillende posities verkeren, met betrekking tot de ruimte waarbinnen opbouw van pensioen mogelijk is, materieel gelijk moeten worden behandeld. De reguliere werknemer wordt immers ook niet vergeleken met een bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap. Die bestuurder zal, net als de DGA, materieel gezien veelal meer ruimte en onderhandelingsvrijheid hebben om pensioen op te bouwen. Hij zal doorgaans, net als de DGA, meer macht hebben. Het is mijns inziens ook niet aan de fiscale wetgever om dit onderscheid te maken. Naar mijn mening dient een formeel gelijkbehandelingscriterium gehanteerd te worden. Alle werknemers dienen voor de heffing van loonbelasting ter zake van het pensioen in beginsel gelijk behandeld te worden.

Het budgettaire belang houdt onder andere verband met de backservice en de coming-backservice die enkel opkomen wanneer sprake is van een eindloonregeling. Naar mijn mening kan het budgettaire probleem beter opgelost worden door de eindloonregeling in zijn geheel niet meer fiscaal toe te staan.<sup>205</sup> De achtergrond van het eindloonstelsel is de pensioenambitie van een pensioenopbouw van 70% (incl. AOW) van het laatst genoten salaris. Deze pensioenambitie stamt uit de vorige eeuw en is mede gebaseerd op de overweging dat één kostwinner, vaak de man, in het gezin pensioen opbouwt. Het komt mij voor dat die overweging, en daarmee het eindloonstelsel, inmiddels als achterhaald beschouwd kan worden. Gezien art. 18a lid 3 Wet LB 1964 is anno 2015 de pensioenambitie 75% van het gemiddelde loon over 40 opbouwjaren.<sup>206</sup> Buiten dat de bestaansgrond van de eindloonregeling naar mijn mening achterhaald is, bestaan ook andere argumenten die in het voordeel van de middelloonregeling zijn, zoals reeds in in de negentiger jaren van de vorige eeuw door de wetgever opgemerkt.<sup>207</sup> Een ander argument is dat de nabestaanden een eventueel resterend kapitaal na overlijden zou toevallen.<sup>208</sup> Dat argument is inmiddels achterhaald door de werking van art. 13a SW. Naar mijn mening zou een beter systeem van pensioen in eigen beheer uitsluitend in de loonsfeer heffen met een regeling waarbij op het moment vlak voor het overlijden van de pensioengerechtigde de resterende pensioenvoorziening wordt geacht ineens te zijn uitgekeerd.<sup>209</sup> Eventueel kan hiervan worden afgeweken als de uitkering van een nabestaandenpensioen hierdoor bemoeilijkt wordt. Materiële gelijke behandeling kan ook bereikt worden met lagere opbouwpercentages. Zo wordt op een

<sup>204</sup> Ook wel het gelijkheidsbeginsel zoals bedoeld in art. 26 IVBPR en art. 14 EVRM. Zie ook de noot bij HR 8 juli 2005, nr. 39 870, V-N 2005/34.2.

<sup>205</sup> Zo ook R.P. van den Dool, 'Oudedagsvoorzieningen', *WFR* 2011/246, p. 5.

<sup>206</sup> Welk resultaat overigens, althans theoretisch, gemiddeld ook behaald wordt met de lagere opbouwpercentages van de eindloonregeling.

<sup>207</sup> Kamerstukken II 1990/91, 22 167, nr. 2, p. 7.

<sup>208</sup> Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3, p. 16.

<sup>209</sup> Zie ook paragraaf 5.2.

minder bewerkelijke wijze hetzelfde bereikt als toepassing van het gangbaarheids criterium.

Ik concludeer dat door het gangbaarheids criterium het pensioen in eigen beheer afwijkt van het pensioen van de reguliere werknemer. Dat verschil is naar mijn mening ongewenst op basis van het efficiëntie criterium en het rechtvaardigheids criterium. Het gangbaarheids criterium voldoet niet aan het efficiëntie criterium omdat regelgeving denkbaar is die hetzelfde bereikt op een meer eenvoudige wijze. Het gangbaarheids criterium voldoet niet aan het rechtvaardigheids criterium omdat de beoogde materiële gelijke behandeling niet gewenst is. De reguliere werknemer en de DGA bevinden zich in niet vergelijkbare situaties.

### 3.6 Inkoop dienstjaren

Voor de reguliere werknemer zijn dienstjaren ten gevolge van waardeoverdracht zoals bedoeld in de Pensioenwet in aanmerking te nemen als perioden die meetellen als dienstjaren waarover pensioen kan worden opgebouwd in de (ouderdoms)pensioenregeling (art. 18g lid 1 Wet LB 1964 en art. 10a lid 1 onderdeel f Uittv besl LB).<sup>210</sup> Inkoop van dienstjaren kan voor de reguliere werknemer ook soelaas bieden in gevallen waarin de (fictieve) ingekochte diensttijd lager is dan de feitelijke diensttijd. Het uitgangspunt van art. 10a lid 1 onderdeel f Uittv besl LB is dat de met de waardeoverdracht verkregen fictieve dienstjaren aangevuld kunnen worden tot de werkelijke bij de vorige werkgever doorgebrachte diensttijd.<sup>211</sup> Aangezien de DGA geen waarde over kan laten dragen zoals bedoeld in de Pensioenwet is deze regeling voor hem niet van toepassing. De Wet LB 1964 biedt de DGA een andere mogelijkheid om pensioenaanspraken over te dragen, namelijk de inkoop van dienstjaren op grond van art. 10a lid 2 Uittv besl LB en art. 10a lid 3 Uittv besl LB. Onder inkoop van dienstjaren moet mede worden verstaan de inkoop van extra pensioen indien sprake is van een middelloonstelsel of, als sprake is van het beschikbare-premiestelsel, de inkoop van extra pensioenkapitaal waarmee op een later tijdstip pensioen kan worden ingekocht.<sup>212</sup>

Op grond van art. 10a lid 2 Uittv besl LB is het mogelijk dienstjaren in te kopen die betrekking hebben op perioden vóór 8 juli 1994. Na die datum bestond een wettelijk recht op waardeoverdracht op grond van art. 32a PSW.<sup>213</sup> Voorwaarde is dat de werknemer aannemelijk kan maken dat sprake is van een pensioentekort als gevolg van het ontbreken van dienstjaren in die periode en dat de dienstjaren bij de vorige werkgevers op basis van een adequate diensttijdadministratie vastgesteld kunnen worden.<sup>214</sup> Met betrekking tot de werking van art. 10a lid 2 Uittv besl LB kom ik tot de conclusie dat het pensioen dat in eigen beheer wordt gehouden niet afwijkt van het pensioen van de reguliere

<sup>210</sup> De begrippen dienstjaren en diensttijd worden door elkaar gebruikt. In dit onderzoek wordt het begrip dienstjaar gehanteerd.

<sup>211</sup> CAP, *Vraag & Antwoord 08-011 d.d. 02092014*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_08-011.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_08-011.htm), \sonder "Inkoop pensioen op basis van werkelijke diensttijd" [02-03-2015].

<sup>212</sup> Een uitvoerige behandeling van de cijfermatige gevolgen van waardeoverdracht en het begrip pensioentekort gaat het bestek van dit onderzoek te buiten. Meer uitvoerig: CAP, *Handreiking inhaal en inkoop van pensioen* (versie 9 juli 2014), met name paragraaf 5.2. De zakelijkheid van de inkoop wordt niet behandeld.

<sup>213</sup> Zie ook voetnoot 117.

<sup>214</sup> Deze voorwaarde wordt door het CAP wat minder hard gesteld. Zie *Handreiking inhaal en inkoop van pensioen* (versie 9 juli 2014).



werknemer.

Art. 10a lid 3 Uitm besl LB is in werking getreden op 1 januari 2007 als gevolg van de invoering van de Pensioenwet. Aangezien art. 10a lid 1 onderdeel f Uitm besl LB sinds deze datum enkel van toepassing is op waardeoverdracht zoals bedoeld in de Pensioenwet zou die omstandigheid "de facto" leiden tot een beperking van de fiscale mogelijkheden van de DGA.<sup>215</sup> Art 10a lid 3 Uitm besl LB beoogt deze beperking te voorkomen. Inkoop van dienstjaren op grond van art. 10a lid 3 Uitm besl LB is mogelijk indien aan de volgende drie voorwaarden wordt voldaan. De eerste voorwaarde houdt in dat sprake dient te zijn van een nieuwe dienstbetrekking. Immers, art. 10a lid 3 Uitm besl LB sluit aan bij art. 10a lid 1 onderdeel f Uitm besl LB waar dat vereiste ook wordt gesteld. De nieuwe dienstbetrekking kan overigens ook bij dezelfde werkgever betrokken worden. De tweede voorwaarde is dat bij de vorige dienstbetrekking pensioen is opgebouwd. Overdracht is anders niet uitgesloten vanwege de omstandigheid dat de Pensioenwet niet van toepassing is, maar omdat niets over valt te dragen. Met betrekking tot de voorwaarde dat pensioen bij de vorige werkgever moet zijn opgebouwd verschilt art. 10a lid 3 Uitm besl LB van art. 10a lid 2 Uitm besl LB waar die eis niet wordt gesteld. De derde voorwaarde is, evenals bij art. 10a lid 2 Uitm besl LB, dat een adequate diensttijdadministratie moet zijn gevoerd op basis waarvan de dienstjaren kunnen worden vastgesteld. In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen feitelijke waardeoverdrachten en fictieve waardeoverdrachten. Van fictieve waardeoverdrachten is veelal sprake in het kader van pensioen in eigen beheer. Pensioenuitvoerders kunnen niet meewerken aan een feitelijke waardeoverdracht van of naar een eigen beheer lichaam. Voor de berekening van het pensioentekort wordt dan uitgegaan van de fictie dat waardeoverdracht heeft plaatsgevonden. Van fictieve waardeoverdracht is ook sprake indien de DGA reguliere werknemer wordt en op grond van art. 10a lid 1 onderdeel f Uitm besl LB dienstjaren in wilt kopen. Voor het in eigen beheer gehouden pensioen is van belang dat art. 10c onderdeel b Uitm besl LB op grond van het Besluit van 9 september 2010 geen toepassing vindt.<sup>216</sup> Het is daardoor toegestaan dat de DGA de volledige premie ter zake van de inkoop voor eigen rekening neemt door inhouding op het loon. De besluitgever beargumenteert dit met de overweging dat het in collectieve regelingen gebruikelijk is dat de werknemer de kosten van de inkoop zelf draagt en dat een redelijke toepassing van art. 18h Wet LB 1964 met zich brengt dat de DGA die pensioen in eigen beheer houdt in een dergelijk geval ook de kosten zelf kan dragen. Ik kan mij vinden in die overweging van de besluitgever, maar plaats daar de kanttekening bij dat de besluitgever naar mijn mening niet consistent is in het redelijk toepassen van art. 18h Wet LB 1964.<sup>217</sup>

De conclusie van deze paragraaf is dat het in eigen beheer gehouden pensioen niet afwijkt van het pensioen van de reguliere werknemer voor zover dat betrekking heeft op de inkoop van dienstjaren. Knelpunten zijn met name in de winstsfeer te signaleren. Ten eerste zal de waardeoverdracht op

<sup>215</sup> Besluit van 19 december 2006 tot wijziging van enige fiscale Uitvoeringsbesluiten, *Stb.* 2006, 684, Nota van Toelichting, p. 25.

<sup>216</sup> Besluit van 9 september 2010, nr. DGB2010/2733M, *Stcrt.* 2010, 14 304, paragraaf 5.3.

<sup>217</sup> De inbouw van de hogere AOW-franchise, behandeld in paragraaf 3.5, zou mijns inziens op grond van redelijkheid ook buiten toepassing kunnen blijven.

zakelijke gronden moeten plaatsvinden en ten tweede brengt het verschil in commerciële en fiscale waardering van de pensioenverplichting een geheel eigen problematiek met zich die behandeld wordt in paragrafen 5.4.9 en 5.5.4. Dit probleem doet zich met name voor bij eigen beheer situaties.<sup>218</sup>

### 3.7 Afwijkingen

Indien een regeling voldoet aan de voorwaarden van art. 18 Wet LB 1964, maar niet blijft binnen de begrenzings van hoofdstuk IIB Wet LB 1964, bepaalt art. 18 lid 3 Wet LB 1964 dat de regeling een fiscaal gefaciliteerde pensioenregeling betreft voor zover zij binnen de begrenzings blijft. Het overschrijden van de begrenzings is uitdrukkelijk geen strafbare handeling.<sup>219</sup> Met betrekking tot de werking van art. 18 lid 3 Wet LB 1964 wijkt het in eigen beheer gehouden pensioen niet af van het reguliere werknemerspensioen. Art. 19c lid 1 Wet LB 1964 bepaalt dat een inhoudingsplichtige de inspecteur kan verzoeken (voordat de regeling aanvangt of wijzigt) om te beslissen of een regeling voldoet aan hetgeen gesteld wordt in art. 18 t/m 18h Wet LB 1964.<sup>220</sup> Indien de regeling niet voldoet aan de gestelde eisen, maar onverwijld wordt aangepast waardoor het wel aan die eisen gaat voldoen, wordt de regeling met terugwerkende kracht geacht een pensioenregeling te zijn (art. 19c lid 2 Wet LB 1964). Art. 19c Wet LB 1964 beoogt de rechtszekerheid te bevorderen.<sup>221</sup> De rechtszekerheid van de DGA weegt kennelijk niet op tegen mogelijk ongewenst (fiscaal) grensverkennend gedrag en een zware uitvoeringslast.<sup>222</sup> Het tweede lid van het artikel bepaalt namelijk dat de terugwerkende kracht (glijclausule) niet van toepassing is voor het in eigen beheer gehouden pensioen. Niet wordt aangegeven in welke mate de uitvoering wordt belast waardoor de motivatie voor het onderscheid tussen een collectieve en individuele regeling naar mijn mening gebrekkig is. Met betrekking tot het grensverkennend gedrag ben ik van mening dat zulk gedrag niet een grond is waarop het onderscheid tussen fiscale behandeling van een collectieve en individuele regeling gestoeld kan worden. De rechtszekerheid wordt zeker niet bevorderd als niet duidelijk is waar de grenzen liggen. Naar mijn mening dient de wetgever die grenzen duidelijk te markeren of toe te staan dat de grenzen opgezocht worden, waardoor ze uiteindelijk alsnog duidelijk worden. Ook Van der Geld in onderdeel 3 van zijn noot bij HR 28 september 2001, nr. 36 430, *BNB* 2002/55 (concl. Van Kalmthout) is de mening toegedaan dat niets mis is met grensverkennend gedrag. Door de modelpensioenovereenkomsten die gepubliceerd worden door het CAP bestaat mijns inziens overigens minder noodzaak voor een glijclausule. Op grond van art. 19d Wet LB 1964 zijn de ministers van Financiën en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid onder voorwaarden gezamenlijk bevoegd afwijkingen in een regeling toe te staan door een regeling aan te wijzen als pensioenregeling. Art. 19d Wet LB 1964 is blijkens de tekst niet van toepassing op de in eigen beheer uitgevoerde regeling. In de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Wet fiscale behandeling van pensioenen is de vraag gesteld waarom “*individuele*

<sup>218</sup> G. Staats, 'Waardeoverdracht DGA-pensioen: stand van zaken', *Pensioen Magazine* 2012/130, p. 1.

<sup>219</sup> Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3, p. 21.

<sup>220</sup> Zie voor de inhoud en tijdigheid van het verzoek CAP, *Vraag & Antwoord 08-080 d.d. 11022009*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_08-080.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_08-080.htm) [02-03-2015].

<sup>221</sup> Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3, p. 24.

<sup>222</sup> Kamerstukken II 2008 /09, 31 705, nr. 23, p. 47.

*regelingen verstoken moeten blijven van een aanwijzingsbevoegdheid*".<sup>223</sup> Om mij onduidelijke redenen is die vraag onbeantwoord gebleven. Het onderscheid in behandeling tussen de collectieve en individuele behandeling is naar mijn mening op theoretische gronden ongewenst. Een deugdelijke motivering ontbreekt waardoor het onderscheid leidt tussen een verschil in behandeling tussen de DGA en de reguliere werknemer die niet gerechtvaardigd wordt en daardoor ongewenst is. Praktisch gezien is toepassing van onderdeel b en c van art. 19d Wet LB 1964 niet aan de orde op het in eigen beheer gehouden pensioen. Voor zover is het onderscheid niet van belang. Ten aanzien van onderdeel a van art. 19d, waarvan de bedoeling is "*wat speling te bieden, waardoor een regeling vanwege een op het grote geheel onbeduidende afwijking van de definitie niet onmiddellijk haar status van pensioenregeling kwijtraakt*",<sup>224</sup> zie ik niet in waarom het in eigen beheer gehouden pensioen hiervan verstoken moet blijven. Wellicht is de achterliggende reden dat de wetgever grensverkennend gedrag en de kosten van uitvoering onwenselijk acht voor het in eigen beheer gehouden pensioen, overeenkomstig art. 19c lid 2 Wet LB 1964. Wat betreft de kosten van uitvoering is de motivering gebrekkig. Ter zake van het grensverkennend gedrag verwijs ik naar mijn opmerkingen hierover bij de behandeling van art. 19c Wet LB 1964.

Volgens de wetgever dient eerst art. 19c Wet LB 1964 toegepast te worden. Als de regeling niet als een pensioenregeling in de zin van de art. 18 t/m 18h Wet LB 1964 wordt aangemerkt en niet kan worden aangepast, wordt vervolgens art. 19d Wet LB 1964 toegepast. Wanneer de regeling niet op grond van art. 19d Wet LB 1964 aangewezen kan worden komt vervolgens art. 18 lid 3 Wet LB 1964 aan de orde. De regeling dient dan gesplitst worden in een zuiver en een onzuiver deel. Volgens de wetgever "*dient op grond van artikel 18, derde lid, een splitsing te worden aangebracht*". Die verwoording brengt met zich dat de toepassing van art 18 lid 3 Wet LB 1964 niet facultatief is. Dat blijkt ook uit de redactie van het artikel en de parlementaire geschiedenis waarin wordt gesteld dat (beoogde wijzigingen) in een pensioenregeling op grond van art. 19c Wet LB 1964 vooraf ter beoordeling aan de inspecteur moeten worden voorgelegd.<sup>225</sup>

## **3.8 Strafbare handelingen**

### **3.8.1 Algemeen**

Art. 19b Wet LB 1964 is de opvolger van art. 11c Wet LB 1964 dat is ontstaan bij Brede Herwaardering II. De bedoeling van art. 19b Wet LB 1964 is gevolg te verbinden aan een handelen in afwijking van de voorwaarden die verbonden zijn aan de vrijstelling van de pensioenaanspraak.<sup>226</sup> Dat gevolg bestaat uit het belastbaar stellen van de gehele aanspraak als loon uit vroegere dienstbetrekking. Op grond van art. 30i lid 1 onderdeel a AWR wordt ook revisierente geheven. Voorkomen dient te worden dat gefaciliteerd pensioen kan worden opgebouwd zonder dat de uitkeringen belast kunnen worden door een actief handelen van de belastingplichtige. De regeling beoogt "*constructies tegen te gaan die erop*

<sup>223</sup> Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 5, p. 31.

<sup>224</sup> Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3, p. 34.

<sup>225</sup> Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 6, p. 33.

<sup>226</sup> Kamerstukken II 1992/93, 23 046, nr. 3, p. 23.

*zijn gericht om de belastingheffing over pensioen geheel of gedeeltelijk te ontlopen*".<sup>227</sup> De regeling heeft, gezien de "draconische" gevolgen een prohibitief karakter.<sup>228</sup> Op grond van art. 13 lid 5 Wet LB 1964 en art. 3.12 URLB 2011 wordt de waarde van de aanspraak gesteld op de bedragen die bij een derde moeten worden gestort of, voor zover geen stortingen worden verricht, zouden moeten worden gestort teneinde de aanspraak te dekken. Art. 6 lid 5 Wet LB 1964 bepaalt dat degene die als verzekeraar van de aanspraak optreedt aangemerkt wordt als inhoudingsplichtige. Indien niets wordt uitgekeerd valt ook niets in te houden. In die gevallen is art. 27 lid 4 Wet LB 1964 van toepassing dat bepaalt dat de verzekeraar bevoegd is het ontbrekende te verhalen op de werknemer. De gewraakte handelingen staan in art. 19b lid 1 onderdeel a t/m d Wet LB 1964. Het gaat om (a) een pensioenregeling die niet langer als zodanig is aan te merken, (b) afkoop, vervreemding, het voorwerp van zekerheid worden, (c) prijsgeven en (d) het beëindigen van zekerheidstelling. Ingevolge het tweede lid van art. 19b Wet LB 1964 is ook sprake van afkoop indien de pensioenverplichting overgaat op een andere uitvoerder, tenzij de pensioenverplichting overgaat naar een van de uitvoerders bedoeld in art. 19a lid 1 onderdeel a, b, d, e of f Wet LB 1964 en mits die overgang niet in strijd met de bepalingen die zien op waardeoverdracht in de Pensioenwet. Het in eigen beheer gehouden pensioen valt niet onder de werkingssfeer van de Pensioenwet en is daar niet mee in strijd.<sup>229</sup> Ik beperk de bespreking van art. 19b Wet LB 1964 tot afkoop en het prijsgeven van pensioenaanspraken omdat die situaties zich in de regel met name bij eigen beheer voordoen.

### 3.8.2 Afkoop

Op grond van art. 19b lid 1 onderdeel b Wet LB 1964 worden afkoop, vervreemding en het feitelijk dan wel formeel voorwerp van zekerheid worden van een pensioenaanspraak aangemerkt als een strafbare handeling. Een uitzondering is het uitstel van betaling op grond van art. 25 lid 5 Invorderingswet 1990 (IW 1990) welk artikel ziet op uitstel van betaling door middel van een conserverende aanslag die wordt opgelegd bij emigratie en die verband houdt met eerder genoten uitstel van belasting bij oudedagsvoorzieningen. Indien toepassing van art. 19b Wet LB 1964 niet tot heffing van loonbelasting leidt, bijvoorbeeld omdat de gerechtigde niet subjectief belastingplichtig is voor de loonbelasting, vindt op grond van art. 23a Wet VpB 1969 heffing van vennootschapsbelasting (strafheffing) plaats bij het lichaam dat het pensioen in eigen beheer houdt.<sup>230</sup> De verschuldigde vennootschapsbelasting wordt in dat geval vermeerderd met 52% van de waarde in het economische verkeer van de aanspraak. De strafheffing vindt op grond van het eerste lid van art. 23a Wet VpB 1969 niet plaats indien de persoon op wie art. 19b lid 1 Wet LB 1964 van toepassing is, als binnenlands belastingplichtige is onderworpen aan de inkomstenbelasting. Geen onderscheid wordt gemaakt tussen afkoop en gedeeltelijke afkoop. In beide gevallen wordt de gehele aanspraak in de heffing betrokken voor het bedrag dat is ontvangen door de afkoop of voor de waarde in het economische verkeer indien geen bedrag wordt uitgekeerd.<sup>231</sup>

<sup>227</sup> Kamerstukken II 1992/93, 23 046, nr. 79b, p. 1 (het citaat heeft overigens betrekking op het prijsgeven van aanspraken).

<sup>228</sup> Van Westen, in: *Cursus Belastingrecht* LB.2.2.1.C.d3 (online, laatst bijgewerkt 7 februari 2014).

<sup>229</sup> Kamerstukken II 2006/07, 30 655, nr. 7, p. 14 – 15.

<sup>230</sup> De directeur-groootaandeelhouder is geen werknemer en woont niet in Nederland.

<sup>231</sup> Kamerstukken II, 1992-1993, 23 046, nr. 3, p. 5. Bevestigd in HR 9 november 2012, nr. 11/01418, *BNB* 2013/73

Afkoop onderscheid zich van afzien door de tegenprestatie. Indien wordt afgezien van pensioen wordt daarvoor geen tegenprestatie ontvangen. Bij afkoop is wel sprake van een tegenprestatie.

Een geval waarin sprake is van fictieve afkoop doet zich voor in HR 9 november 2012, nr. 11/01418, *BNB 2013/73* (concl. Niessen, noot Heithuis). In deze zaak onttrekt een DGA een bedrag aan zijn pensioen-bv waardoor die bv niet langer in staat moet worden geacht aan zijn pensioenverplichting te kunnen voldoen. Er is sprake van gedeeltelijke afkoop en de gehele pensioenaanspraak wordt als loon uit vroegere dienstbetrekking aangemerkt. De vraag komt op wat het gevolg zou zijn geweest indien de onttrekking gekwalificeerd zou worden als geldlening, zoals belanghebbende aandraagt. Naar mijn mening zou in die situatie geen sprake zijn geweest van een (gedeeltelijke) afkoop. Dit zou anders kunnen zijn indien de vordering die de bv op belanghebbende verkrijgt van meet af aan niet volwaardig is. In dat geval is het verschil tussen de werkelijke en de nominale waarde van de vordering een vergoeding voor de fictieve afkoop en kan art. 19b lid 1 onderdeel b LB toegepast worden. Fictieve afkoop van pensioen komt ook aan de orde in HR 21 december 2012, nr. 11/05002, *BNB 2013/83* (noot Mertens). Op 1 januari 2003 heeft de bv die een pensioen in eigen beheer houdt volgens de fiscale balans een negatief eigen vermogen van ongeveer €315.000,-. De verplichtingen betreffen hoofdzakelijk een pensioenaanspraak en lijfrentes. De fiscale boekwaarde van de pensioenverplichting is op 1 januari 2003 ongeveer €132.000,-.<sup>232</sup> Belanghebbende is bestuurder van de bv waarvan de aandelen in het bezit zijn van zijn kinderen. Hij laat een van zijn lijfrentes afkopen waardoor de dekkingsgraad van de bv nog verder zakt en waardoor niet meer te verwachten is dat de bv nog aan haar resterende verplichtingen zou kunnen voldoen. Volgens r.o. 3.5 van de Hoge Raad ligt in het oordeel van het Hof kennelijk besloten dat belanghebbende meer heeft ontvangen dan de werkelijk waarde.<sup>233</sup> Dat meerdere deel wordt begrepen als een vergoeding voor de afkoop van de pensioenaanspraak. Met Mertens in overweging 5 van zijn noot bij het arrest ben ik van mening dat dit niet duidelijk volgt uit de overwegingen van het Hof. Het gevolg zou naar mijn mening hetzelfde zijn geweest indien de afkoopsom wel overeen zou zijn gekomen met de werkelijke waarde van de lijfrente. Feitelijk heeft de bv geen middelen om de lijfrenteverplichting af te kopen. Zij is daar ook niet toe verplicht. Nu die afkoop toch plaatsvindt, en feitelijk moet worden aangenomen dat de uitkering van het pensioen daardoor illusoir wordt, zit in die afkoopsom begrepen een vergoeding voor het pensioen dat niet tot uitkering komt. Dit is niet anders als de afkoopsom actuariael zou worden vastgesteld, want economisch gezien is de afkoopsom meer waard van de toekomstige te verwachten uitkeringen. Immers, een actuariael bepaalde koopsom houdt geen rekening met de slechte financiële uitgangspositie van de bv, maar economisch gezien moet daar wel degelijk rekening mee worden gehouden.<sup>234</sup> Verder ben ik evenals Mertens in onderdeel 6 van zijn noot bij *BNB 2013/83* van mening

(concl. Niessen, noot Heithuis).

<sup>232</sup> Zie r.o. 3.1.4 van *BNB 2013/83* en onderdeel 2 van de noot van Mertens bij het arrest.

<sup>233</sup> Volgens mij is dat juist, want van de oorspronkelijke waarde van de lijfrente zijn slechts de ontvangen uitkeringen afgetrokken om tot de afkoopwaarde te komen, zonder rekening te houden met overlevingskansen en aangroei van interest. Zie r.o. 3.1.5 van *BNB 2013/83* en onderdeel 3 van de noot van Mertens bij het arrest.

<sup>234</sup> In deze context verschilt de betekenis van “economisch” met die zoals bedoeld in “waarde in het economische verkeer,” omdat in die laatste betekenis de pensioenverplichting gezien moet worden als het bedrag waarvoor een

dat als in deze zaak art. 19b lid 1 onderdeel b Wet LB 1964 geen toepassing kan vinden sprake is van een oneigenlijke afwikkeling op grond van art. 19b lid 1 onderdeel c Wet LB 1964. Indien sprake zou zijn geweest van een dividenduitkering, wat in casu niet mogelijk is,<sup>235</sup> is het Hof van oordeel dat belanghebbende de pensioenaanspraak in wezen (gedeeltelijk) heeft afgekocht.<sup>236</sup> Ik kan mij daar in vinden.

### 3.8.3 Prijsgeven van aanspraken

Art. 19b lid 1 onderdeel c Wet LB 1964 bepaalt dat het prijsgeven van een pensioenaanspraak in eigen beheer situaties in beginsel een strafbare handeling is. Uitzondering daarop is het prijsgeven van pensioenaanspraken die niet voor verwezenlijking vatbaar zijn. Daarvan is volgens de wetgever sprake indien er dwingende maatschappelijke redenen zijn om af te zien van het pensioen, zoals faillissement, surseance van betaling en schuldsanering.<sup>237</sup> Indien pensioenaanspraken worden prijsgegeven is slechts de waarde van de voor verwezenlijking vatbare aanspraken belastbaar. Dat volgt naar mijn mening direct uit de “voor zover” bepaling in art. 19b lid 1 onderdeel c Wet LB 1964. Daarentegen kan uit de slotzin van het eerste lid van artikel 19b Wet LB 1964 de conclusie worden getrokken dat de aanspraak in zijn geheel in de heffing wordt betrokken. Het in de heffing betrekken van aanspraken die niet voor verwezenlijking vatbaar zijn wordt echter als onredelijk aangemerkt.<sup>238</sup> Nadat is afgezien van een gedeelte van de pensioenaanspraak kan het pensioen langs twee mogelijke lijnen worden afgewikkeld.<sup>239</sup> Ten eerste kunnen de toegezegde uitkeringen op de gebruikelijke wijze worden uitgekeerd. Hierdoor zal het pensioenkapitaal eerder zijn uitgekeerd dan was voorzien. Een alternatief is een (actuariële) herberekening van het pensioen die gebaseerd is op het beschikbare bedrag. De uitkering is dan lager, maar kan langer uitgekeerd worden. De tweede lijn volgt volgens de staatssecretaris uit de omstandigheid dat pensioen levenslang dient te worden uitgekeerd en behoeft niet nader te worden vastgelegd. De eerste lijn ligt volgens de staatssecretaris minder voor de hand. Hij is voornemens de eerste lijn goed te keuren, maar dat is tot op heden niet gebeurd.<sup>240</sup> De grond voor de uitzondering voor niet voor verwezenlijking vatbare aanspraken is dat deze feitelijk geen waarde hebben en dat dus ook geen sprake kan zijn van een oneigenlijke handeling.<sup>241</sup> In een situatie van structurele en substantiële onderdekking heeft een gedeelte van de aanspraken ook geen waarde. Toch wilde de wetgever vanwege mogelijk oneigenlijk gebruik de faciliteit niet toestaan in andere situaties dan faillissement, surseance van betaling en schuldsanering, zoals in een situatie van onderdekking.<sup>242</sup> Op dat standpunt is de wetgever teruggekomen met de invoering van art. 19b lid 9

verzekeraar de verplichting op zich zou nemen. In die laatste betekenis is geen ruimte voor gevolgen van een verminderde solvabiliteit, voor belanghebbende is daar wel ruimte voor in zijn economische overwegingen.

<sup>235</sup> Belanghebbende is geen aandeelhouder en de bv heeft geen uit te keren reserves of kapitaal.

<sup>236</sup> Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2011, nr. 11/00051, V-N 2012/12.2.2, r.o. 4.17.

<sup>237</sup> Kamerstukken II 1992/93, 23 046, nr. 14, p. 6 – 7.

<sup>238</sup> CAP, *Vraag & Antwoord 08-079 d.d. 11022009*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_08-079.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_08-079.htm) [02-03-2015].

<sup>239</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 200, IXB, nr. 37, p. 8.

<sup>240</sup> *Vakstudie Loonbelasting en Premieheffingen*, art. 19b Wet LB 1964, aantekening 2.5.9 (online, laatst bijgewerkt 8 maart 2015).

<sup>241</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 200, IXB, nr. 37, p. 8.

<sup>242</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 200, IXB, nr. 37, p. 8.

Wet LB 1964 op 1 januari 2013.<sup>243</sup>

Het negende lid van artikel 19b Wet LB 1964 bepaalt dat onder voorwaarden geen sprake is van het prijsgeven van aanspraken zoals bedoeld in art. 19b lid 1 onderdeel c Wet LB 1964. De beleidswijziging wordt gerechtvaardigd door het huidige tijdsgewricht van reële beleggings- en ondernemingsverliezen bij eigen beheer lichamen.<sup>244</sup> De voorwaarden hebben ten doel de budgettaire effecten van de faciliteit en de uitvoeringslast voor de Belastingdienst te beperken.<sup>245</sup> De faciliteit voorziet in een eenmalige vermindering van de pensioenaanspraken bij de pensioeningangsdatum. De Minister van Financiën heeft zeven voorwaarden gesteld.<sup>246</sup> De meeste voorwaarden spreken voor zich en behandel ik niet. Meest in het oog springend is de eerste voorwaarde die bepaalt dat de dekkingsgraad 75% of lager moet zijn, waarbij de dekkingsgraad wordt berekend door uit te gaan van de fiscale waarde van de pensioenverplichting en de waarde in het economische verkeer van de overige vermogensbestanddelen. In samenhang met de derde voorwaarde dat de verlaging van de pensioenuitkering plaatsvindt tot de dekkingsgraad 100% is, brengt deze eerste voorwaarde met zich dat slechts een gedeelte van het werkelijke tekort afgestempeld kan worden. Ik neem aan dat hier budgettaire overwegingen aan ten grondslag liggen. Dat is naar mijn mening niet ongewenst, ondanks de achtergrond van de regeling die gezien moet worden in “*het huidige tijdsgewricht*” waarin de fiscale waarde van de pensioenverplichting aanzienlijk lager is dan de waarde in het economische verkeer. Indien toegestaan wordt om af te stempelen op basis van de economische waarde, zou het rechtvaardig zijn om een gedeelte van de faciliteit terug te draaien als de rente stijgt. Dat lijkt mij lastig in de uitvoering van de regeling door de Belastingdienst en zou zeker tot stijgende kosten leiden. Dat uit dient te worden gegaan van de fiscale waarde van de pensioenverplichting is mijns inziens juist omdat het probleem dat veroorzaakt wordt door het verschil tussen de fiscale en commerciële waarde van de pensioenverplichting naar mijn mening niet door middel van een eenmalige afstempeling zou moeten worden opgelost, maar door aanpassing van de fiscale waarderingsregels. Rekening dient te worden gehouden met het waarde drukkend effect op de activa van bijvoorbeeld het recht van hypotheek.<sup>247</sup> Dit lijkt mij een juist uitgangspunt. Verder dient rekening te worden gehouden met uitdelingen van winst (al dan niet formeel), te lage ontvangen premies of koopsommen (bij extern eigen beheer) en terugbetaling van aandelenkapitaal. Dit zijn mijns inziens ook juiste uitgangspunten om misbruik van de regeling te voorkomen. Het moet gaan om onderdekking die veroorzaakt is door (voorwaarde b) “*(reële) ondernemings- en/of beleggingsverliezen*”. Het is mij niet geheel duidelijk wat exact met het begrip reëel wordt bedoeld en waarom het tussen haakjes staat. Het negende lid van artikel 19b Wet LB 1964 is slechts ten dele effectief. Met name de beperking tot de waardering van de pensioenverplichting op fiscale grondslagen leidt er toe dat slechts een gedeelte van het werkelijke

<sup>243</sup> Wet van 20 december 2012 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2013), *Stb.* 2012, 668.

<sup>244</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33 402, nr. 3, p. 9.

<sup>245</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33 402, nr. 3, p. 9.

<sup>246</sup> Besluit van 18 maart 2013, nr. BLKB 2013/27M, *Stcrt.* 2013, 8018.

<sup>247</sup> Rekening wordt gehouden met de rangorde volgens het burgerlijk recht. Recht van hypotheek gaat in rangorde voor de pensioenverplichting.

tekort afgestempeld kan worden. De regeling is hierdoor mijns inziens wel rechtvaardig en efficiënt. De maatschappelijke kosten van de regeling zullen toenemen als de afstempeling gebaseerd wordt op de waarde in het economische verkeer van de pensioenverplichting. Daar tegen over staat dat de toename van de waarde van het pensioenlichaam doorgaans de DGA en zijn naasten toekomt. De onrechtvaardigheid zit dan in de ongelijke verdeling van baten en lasten. Vanuit het rechtvaardigheidsargument valt wel wat te zeggen voor het voormalige standpunt van de wetgever waarin het afzien van aanspraken, buiten het afzien van niet voor verwezenlijking vatbare afspraken, onwenselijk werd geacht. Elling noemt als bezwaar dat de regeling geen oplossing biedt voor illiquide vermogensbestanddelen.<sup>248</sup> Dat is inderdaad een praktisch probleem, maar naar mijn mening is het niet aan de besluitgever om tegemoet te komen aan problematisch beleggingsbeleid. Elling vindt de omstandigheid dat rekening dient te worden gehouden met dividenduitkering binnen een termijn van zeven jaar een “*stevige horde*”. Ik heb geen bezwaar tegen een termijn van zeven jaar. Met name niet omdat ik geen theoretische grond ken die tot een langere of kortere zou leiden. De termijn is arbitrair en naar mijn mening niet buitensporig lang. De huidige regeling in zijn geheel beoordeel ik als maatschappelijk wenselijk. Desalniettemin is, met het oog op het langlevensrisico, meer flexibiliteit in de hoogte van de pensioenuitkering wenselijk.

### **3.9 Conclusie**

Het antwoord op de onderzoeksvraag “In welk opzicht wijkt, met betrekking tot de loonbelasting, het in eigen beheer gehouden pensioen af van het pensioen van de reguliere werknemer en in hoeverre zijn deze afwijkingen maatschappelijk gewenst of ongewenst?” is dat het pensioen in eigen beheer op enkele punten afwijkt. De meeste afwijkingen zijn maatschappelijk onwenselijk.

Door de formele visie van de Hoge Raad is de DGA aan te merken als werknemer voor de Wet LB 1964. Op pensioen in eigen beheer is daardoor de omkeerregel van toepassing. De premies die worden voldaan vallen onder het ruime loonbegrip, maar zijn als aanspraken ingevolge een pensioenregeling vrijgesteld. De uitkeringen worden te zijner tijd belast. De exacte inhoud en reikwijdte van het aanspraakbegrip is nog steeds onduidelijk. Ter zake van pensioen is dat niet problematisch omdat pensioen beheerst wordt door hoofdstuk IIB Wet LB 1964. Op grond van art. 11 lid 1 onderdeel c Wet LB 1964 is van rechtswege sprake van een aanspraak indien aan de in dat hoofdstuk gestelde voorwaarden en begrenzingen wordt voldaan. Pensioen in eigen beheer wijkt theoretisch qua mogelijke pensioensoorten niet af van het collectieve pensioen. Praktisch gesproken zijn arbeidsongeschiktheidspensioen en nabestaanden pensioen ten aanzien van de financiering niet te vergelijken met ouderdomspensioen vanwege de omstandigheid dat het verzekerd risico zich meteen kan voordoen bij die laatste twee genoemde pensioensoorten. Naar mijn mening dient de fiscale facilitering van een ouderdomspensioen gebaseerd op een eindloonstelsel beëindigd te worden. Het stelsel is inmiddels achterhaald en komt steeds minder vaak voor. Een beschikbare-premieregeling in eigen beheer heeft voor- en nadelen. Met name als de beschikbare premies onafhankelijk van de

<sup>248</sup> M.J.G. Elling, 'Afstempelen van pensioen in eigen beheer. De oplossing?', *Vp-bulletin* 2013, 7/8, p. 8.



onderneming belegd en geadministreerd worden zijn de voordelen mijns inziens groter dan de nadelen. Het is onduidelijk met welk percentage de pensioenverplichting jaarlijks moet aangroeien als geen sprake is van afgescheiden beleggingen. Naar mijn mening dient aangesloten te worden bij de rekenrente waarop het premiepercentage is gebaseerd. Op grond van het gangbaarheids criterium wordt de opbouw van pensioen in eigen beheer beperkt. Met name de beperkingen die zien op de franchise zijn ongewenst. Naar mijn mening is het uitgangspunt van de wetgever dat de DGA materieel gelijk moet worden behandeld als de reguliere werknemer onjuist. Formele gelijke behandeling is naar mijn mening binnen de Wet LB 1964 meer op zijn plaats. Een materiële maatstaf is willekeurig en onrechtvaardig. De inkoop van dienstjaren door de DGA wijkt enigszins af van inkoop door reguliere werknemers omdat niet geheel duidelijk is op welke grondslagen de berekening van de inkoop moet worden gebaseerd. De DGA heeft niet de mogelijkheid de belastinginspecteur te verzoeken om te beslissen of zijn pensioenregeling voldoet aan de gestelde voorwaarden en een in eigen beheer gehouden pensioen kan niet aangewezen worden als toelaatbare regeling. Dat is mijns inziens theoretisch ongewenst omdat fiscale grensverkenning naar mijn mening niet onwenselijk moet worden geacht. Naar mijn mening is het effectiever en efficiënter als de wetgever duidelijke grenzen stelt aan pensioenopbouw die voor elke werknemer van toepassing zijn. Praktisch gesproken zal de DGA door gebruik van modelpensioenovereenkomsten niet de behoefte hebben aan een toets door de belastinginspecteur of de pensioenregeling voldoet aan de voorwaarden of de mogelijkheid tot aanwijzing. Afkoop van in eigen beheer gehouden pensioen is evenals een collectief pensioen een strafbare handeling. Een verschil met de collectieve regeling is dat ook sprake kan zijn van fictieve afkoop als door een handeling van de DGA het pensioen geacht wordt ten dele feitelijk te zijn afgekocht. Met name bij dividenduitkeringen leidt dit tot mogelijk onwenselijke situaties. Afstempelen van pensioen is onder voorwaarden mogelijk op het tijdstip dat de uitkering van het pensioen aanvangt. De regeling is naar mijn mening, ondanks de beperking ervan, niet maatschappelijk onwenselijk. Desalniettemin is, met het oog op het langlevensrisico, meer vrijheid in de hoogte van de pensioenuitkering wenselijk.

## 4 Ondernemingsrecht

### 4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden twee rechtsgebieden behandeld uit het Burgerlijk Wetboek die van toepassing zijn op de vennootschap waarin de DGA zijn kwalificerend belang houdt of het lichaam waar hij zijn pensioen heeft ondergebracht.<sup>249</sup> Op de bv zijn onder meer Titel 5 en Titel 9 Boek 2 BW van toepassing.<sup>250</sup> Titel 5 Boek 2 BW bevat de definitie van de bv en bevat regelgeving zoals oprichtings- en ontbindingseisen en ten aanzien van de aandelen, het vermogen van de bv, het bestuur en toezicht. Met name de regelgeving die betrekking heeft op het vermogen van de bv is voor de DGA die pensioen in eigen beheer houdt van belang. Dit houdt verband met uitkeringen, zoals de uitkering van dividend, een inkoop van eigen aandelen of een terugbetaling op aandelen. Titel 9 Boek 2 BW bevat regelgeving die ziet op de jaarrekening en het jaarverslag. Aan de hand van de jaarrekening wordt de winst vastgesteld die vervolgens bestemd kan worden. De jaarrekening en de vaststelling van de winst kunnen een belangrijke rol spelen bij de aansprakelijkheid van de bestuurder of de aandeelhouder bij diverse uitkeringen door de rechtspersoon. Het doel van dit hoofdstuk is te onderzoeken op welke wijze het ondernemingsrecht invloed heeft op situaties waarin sprake is van pensioen in eigen beheer. Dit onderzoek vindt plaats aan de hand van de onderzoeksvraag “De regelgeving van het BW houdt voldoende rekening met kleine vennootschappen en met situaties waarin een pensioen in eigen beheer wordt gehouden.” Het onderzoek van dit hoofdstuk spitst zich in paragraaf 4.2 toe op het jaarrekeningenrecht. Met name het begrip jaarrekening, het doel en de strekking van het jaarrekeningenrecht en de grondslagen en beginselen worden in deze paragraaf behandeld. Internationale regelgeving zoals IAS/IFRS en US-GAAP blijft vrijwel onbehandeld vanwege de beperkte relevantie. Ik volsta met erop te wijzen dat rechtspersonen op grond van art. 2:362 lid 8 BW de keuze hebben IFRS toe te passen. Beursgenoteerde ondernemingen zijn op grond van EU-regelgeving verplicht IFRS toe te passen.<sup>251</sup> Omdat bij pensioen in eigen beheer veelal sprake zal zijn van een onderneming met een bescheiden omvang of een rechtspersoon met slechts één aandeelhouder worden in paragraaf 4.3 enkele bijzondere regimes behandeld die van toepassing zijn op zulke rechtspersonen. Vervolgens wordt in paragraaf 4.4 de verwerking van de voorziening voor de pensioenverplichting in de jaarrekening behandeld. In paragraaf 4.5 staat de uitkering door een rechtspersoon centraal. Dit hoofdstuk sluit in paragraaf 4.6 af met een conclusie.

### 4.2 Doel en strekking

Art. 2:360 BW bepaalt het toepassingsbereik van het jaarrekeningenrecht. Buiten de bv, de nv, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij is Titel 9 is in bepaalde gevallen van toepassing op de commanditaire vennootschap, de vennootschap onder firma (2:360 lid 2 BW), de stichting en de vereniging (2:360 lid 3 BW). In dit onderzoek beperk ik me tot de bv. De (enkelvoudige) jaarrekening

<sup>249</sup> Kwalificerend in de zin dat de DGA buiten de werking van de Pensioenwet valt.

<sup>250</sup> Titel 9 is op grond van art. 2:360 BW ook van toepassing op andere rechtspersonen. Titel 5 is uitsluitend van toepassing op de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (art. 2:175 lid 1 BW).

<sup>251</sup> Verordening (EG) 1606/2002 van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen, *PbEU* 2002, L 243.

bestaat uit de balans en de winst- en verliesrekening met de toelichting (art. 2:361 lid 1 BW). Een kasstroomoverzicht is niet verplicht gesteld in het BW. Volgens de Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ) is een kasstroomoverzicht wel verplicht omdat het bijdraagt aan het vereiste inzicht van art. 2:362 BW (RJ 360.103).<sup>252</sup> Onder het begrip jaarrekening wordt mede verstaan de geconsolideerde jaarrekening. In dit onderzoek wordt uitgegaan van de enkelvoudige jaarrekening. De geconsolideerde jaarrekening blijft verder onbehandeld omwille van de beschikbare ruimte en omdat de behandeling daarvan mijns inziens niet tot meer inzicht leidt. De balans geeft getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het vermogen op het einde van het boekjaar weer (art. 2:362 lid 2 BW). Op grond van art. 2:10a BW is het boekjaar in beginsel het kalenderjaar, maar hier mag in de statuten van worden afgeweken. De winst- en verliesrekening geeft getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het resultaat van het boekjaar en zijn afleiding uit de posten van baten en lasten weer (2:362 lid 3 BW). De staat van baten en lasten is een ruimer begrip dan winst- en verliesrekening en vindt zijn oorsprong in art. 2:10 lid 1 BW. Het verschil in terminologie bestaat omdat art. 2:10 BW ook van toepassing is op rechtspersonen die geen winstoogmerk hebben.<sup>253</sup> Stelselmatigheid ziet op de onderlinge samenhang tussen de posten als op de rangschikking en de waardering. Een stelselmatige rangschikking bevordert de overzichtelijkheid; stelselmatigheid in de waardering betekent dat naar hun soort verwante posten in beginsel met gelijke maatstaven worden gewaardeerd. Met getrouw wordt bedoeld dat geen sprake mag zijn van bewuste onder- of overwaardering.<sup>254</sup> Van een getrouw beeld is ook sprake indien enkele tekortkomingen worden gesignaleerd, mits die tekortkomingen er niet toe leiden dat de jaarrekening onvoldoende inzicht geeft zoals bedoeld in art. 2:362 BW.<sup>255</sup> De eis van stelselmatigheid toont volgens Hoogendoorn verwantschap met de bestendige gedragslijn in art. 3.25 Wet IB 2001 al zijn ook enkele verschillen aan te wijzen.<sup>256</sup> Het doel van de jaarrekening wordt gevonden in art. 2:362 lid 1 BW, namelijk een zodanig inzicht geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat. De jaarrekening moet leiden tot een oordeel dat verantwoord (goed gefundeerd) is.<sup>257</sup> De jaarrekening moet gestoeld zijn op normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd (art. 2:362 lid 1 BW). In feite is dit een open norm zodat enige vrijheid bestaat. De wetgever achtte het niet wenselijk om bepaalde maatstaven van waardering voor te schrijven omdat, kort gezegd, het van geval tot geval wenselijk kan zijn dat andere maatstaven worden gehanteerd.<sup>258</sup> Kennelijk is ook overwogen om aansluiting te zoeken bij het goed koopmansgebruik uit het belastingrecht, maar dit criterium werd te ruim bevonden.<sup>259</sup> Dat komt mij als

<sup>252</sup> In dit hoofdstuk worden onderdelen uit de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving (grote en middelgrote rechtspersonen) voorgevoegd met RJ, bijvoorbeeld RJ 115.206.

<sup>253</sup> Concept memorie van toelichting publicatieplicht stichtingen, [http://www.internetconsultatie.nl/publicatieplicht\\_stichtingen](http://www.internetconsultatie.nl/publicatieplicht_stichtingen) [02-03-2015], p. 3.

<sup>254</sup> Behandeling stelselmatig en getrouw gebaseerd op Kamerstukken II 1967/68, 9595, nr. 3, p. 13.

<sup>255</sup> HR 24 april 2009, nr. 08/01406, NJ 2009, 345 (concl. Timmerman, noot Van Schilfgaarde), r.o. 3.4.2 en 3.4.3.

<sup>256</sup> J. Hoogendoorn, *Fiscale winstbepaling en maatschappelijke jaarrekening: Goed koopmanschap en de in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar beschouwde normen* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: UvA 2000, p. 90.

<sup>257</sup> Kamerstukken II 1967/68, 9595, nr. 3, p. 12.

<sup>258</sup> Kamerstukken II 1967/68, 9595, nr. 3, p. 8 en p. 13.

<sup>259</sup> Kamerstukken II 1967/68, 9595, nr. 3, p. 13.

een juiste afweging voor daar het belastingrecht een volstrekt andere functie heeft dan het jaarrekeningenrecht. De wetgever verwachtte dat het georganiseerde bedrijfsleven de op dat moment gehanteerde grondslagen zou inventariseren en toetsen aan hetgeen in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar moet worden beschouwd.<sup>260</sup> Dat is onder meer gebeurd met de oprichting van de Stichting voor de Jaarverslaggeving op 18 september 1981 die tot doel heeft de kwaliteit van de externe verslaggeving van niet-beursgenoteerde organisaties en bedrijven in Nederland te bevorderen door het publiceren van Richtlijnen voor de jaarverslaggeving en RJ-Uitingen. Belast met de publicaties is de Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ). De Raad voor de Jaarverslaggeving publiceert jaarlijks Richtlijnen voor de jaarverslaggeving. Daarnaast publiceert de RJ jaarlijks zijn Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving voor kleine rechtspersonen (Rjk-bundel).

Aangezien de behandeling van het pensioen in eigen beheer in de Rjk niet noemenswaardig afwijkt van de Richtlijnen voor grote en middelgrote rechtspersonen zal ik slechts beperkt aandacht schenken aan de Rjk. In HR 10 februari 2006, nr. C04/305HR, *NJ* 2006, 241 (concl. Timmerman, noot Maeijer) oordeelt de Hoge Raad in r.o. 5.5 dat de Richtlijnen een belangrijk oriëntatiepunt en gezaghebbende kenbron vormen voor wat in het concrete geval als aanvaardbaar heeft te gelden. In onderdeel 5 van zijn annotatie bij het arrest in *JOR* 2006, 94 merkt Van der Zanden hierover op dat het volgen van de Richtlijnen een rechtsvermoeden creëert dat maatschappelijk aanvaardbare normen zijn gehanteerd. De RJ merkt op dat ook stellige uitspraken geen bindende kracht hebben, maar dat zij verwachten dat slechts wordt afgeweken van stellige uitspraken indien daarvoor goede gronden zijn (RJ 100.407). De RJ vat het doel van de jaarrekening (RJ 930.12) naar mijn mening goed samen met *“Het doel van de jaarrekening is om informatie te verschaffen over de financiële positie, resultaten en wijzigingen in de financiële positie van een onderneming, die voor een grote reeks van gebruikers nuttig is voor het nemen van economische beslissingen.”* De jaarrekening is van belang voor drie groepen gebruikers, de (potentiële) aandeelhouders, derden die in financiële relatie tot de rechtspersoon staan en het maatschappelijk verkeer.<sup>261</sup> Met name het belang van de aandeelhouders veronderstelt een bepaalde afstand tussen de aandeelhouders en het bestuur. Door middel van de jaarrekening legt het bestuur rekening en verantwoording af jegens de aandeelhouders. Controle van de jaarrekening is efficiënt in de zin dat niet alle gebruikers van de jaarrekening de getrouwheid zelf hoeven te beoordelen.<sup>262</sup> Met betrekking tot rechtspersonen waar die afstand relatief klein of niet aanwezig is komt de vraag op in hoeverre de jaarrekening nog van belang moet worden geacht. Dit doet zich met name voor bij rechtspersonen met één of slechts enkele aandeelhouders die tevens het bestuur van de rechtspersoon vormen. Informatievoorziening die ziet op een grote reeks van gebruikers is naar mijn mening niet efficiënt in gevallen waarin op voorhand duidelijk is dat sprake is van slechts enkele gebruikers. Dit onderwerp wordt verder behandeld in paragraaf 4.3. Met betrekking tot de derden die in een financiële relatie

<sup>260</sup> Kamerstukken II 1967/68, 9595, nr. 3, p. 14.

<sup>261</sup> Reimers, in: *GS Rechtspersonen*, artikel 393 Boek 2 BW, aantekening 2 (online, laatst bijgewerkt op 1 september 2014).

<sup>262</sup> Reimers, in: *GS Rechtspersonen*, artikel 393 Boek 2 BW, aantekening 2 (online, laatst bijgewerkt op 1 september 2014).

staan tot de rechtspersoon, zoals handelscrediteuren of vreemd vermogen verstrekkers, is de afstand tussen het bestuur en de aandeelhouders geen relevant criterium. Zij zullen, naar ik aanneem, inzicht willen hebben in de vermogenspositie van de rechtspersoon.

De in Titel 9 van Boek 2 genoemde uitgangspunten en beginselen zijn algemeen aanvaard en zijn ook in andere verslaggevingsstandaarden terug zijn te vinden.<sup>263</sup> Enkele in de literatuur veel genoemde beginselen zijn het continuïteitsbeginsel (art. 2:384 lid 3 BW), het toerekeningsbeginsel<sup>264</sup> (art. 2:362 lid 5 BW) en het voorzichtigheidsbeginsel (art. 2:384 lid 2 BW). Naast de uitgangspunten en beginselen van waardering en resultaatbepaling staan de zogenaamde kwalitatieve kenmerken van de jaarrekening. Dit zijn eigenschappen van de in de jaarrekening opgenomen informatie.<sup>265</sup> De aanwezigheid van deze kenmerken leidt ertoe dat de informatie waarschijnlijk nuttig is voor de gebruikers van de jaarrekening.<sup>266</sup> De kwalitatieve kenmerken staan in het Framework van de IASB (nr. 24 t/m 46). Dieleman noemt deze kwalitatieve kenmerken basisprincipes.<sup>267</sup> Volgens het Framework zijn de twee fundamentele karakteristieke eigenschappen van bruikbare financiële informatie relevantie en getrouwe weergave. De RJ voegt daar begrijpelijkheid en vergelijkbaarheid aan toe (RJ 115.204). Informatie is relevant als die behulpzaam is bij het nemen van economische beslissingen. Soms brengt de aard van de informatie zelf met zich dat die relevant moet worden geacht. In andere gevallen is naast de aard van de informatie ook de materialiteit van belang. Informatie is materieel als die er toe leidt dat de opname of het weglaten daarvan tot een andere beslissing zou leiden. Materialiteit onderscheidt zich van relevantie doordat materialiteit gezien moet worden als een drempel of kritische grens en niet zo zeer als een primitief kwalitatief kenmerk van de informatie.<sup>268</sup> Met getrouwe weergave wordt bedoeld dat de informatie een getrouwe weergave is van het fenomeen dat het tracht weer te geven.<sup>269</sup> Een voorwaarde hiervoor is dat de informatie zo veel als mogelijk compleet, neutraal en zonder fouten is. Naar mijn mening is de interpretatie van het Framework dat in het Compendium voor de jaarrekening, 4.1.1, nr. 2, wordt gegeven “*dat hetgeen wordt weergegeven in overeenstemming is met de werkelijkheid*” niet in overeenstemming met de tekst en bedoeling van het Framework “*represent faithfully the phenomena it purports to represent*”. Dieleman spreekt in dit opzicht over “*een getrouwe weergave van de werkelijkheid*”, wat mij onjuist lijkt. Beckman heeft op dit punt enkele overpeinzingen en stelt, naar mijn mening terecht, dat “*het probleem zit in de concrete uitwerking en de visie van hetgeen als realiteit moet worden gezien*”.<sup>270</sup> IASB voelt het probleem van de onkenbare

<sup>263</sup> *Compendium voor de jaarrekening*, 4.1.1, aantekening 2 (online, laatst bijgewerkt 1 mei 2012).

<sup>264</sup> Ook wel accrualbeginsel. Zie *Compendium voor de jaarrekening*, 4.1.2, aantekening 4 (online, laatst bijgewerkt 1 september 1997).

<sup>265</sup> *Compendium voor de jaarrekening*, 4.1.1, aantekening 2 (online, laatst bijgewerkt 1 mei 2012).

<sup>266</sup> The qualitative characteristics of useful financial reporting identify the types of information are likely to be most useful to users in making decisions about the reporting entity on the basis of information in its financial report. (Conceptual Framework for Financial Reporting 2010 (the IFRS Framework) approved by the IASB, Chapter 3)

<sup>267</sup> B. Dieleman, *Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen* (diss. Rotterdam), Deventer:Kluwer 2012, p. 112-113.

<sup>268</sup> Zie RJ Stramien begrippen relevantie en materialiteit en art. 2 lid 16 Richtlijn 2013/34/EU.

<sup>269</sup> In het Engels “Phenomenon” zie Conceptual Framework, chapter 3.

<sup>270</sup> H. Beckman, 'Overpeinzingen naar aanleiding van het “substance over form”- beginsel in het jaarrekeningenrecht', *Ondernemingsrecht* 2009, 21, p. 4.

werkelijkheid naar mijn mening goed aan door de gehanteerde woordkeuze. De RJ is eveneens wat genuanceerder.<sup>271</sup>

### 4.3 Kleine rechtspersonen

#### 4.3.1 BW

Voor bepaalde rechtspersonen gelden op grond van Afdeling 11 van Titel 9 van Boek 2 BW afwijkende regels ten aanzien van de jaarrekening en de regelgeving die in paragraaf 4.2 is besproken. Deze rechtspersonen onderscheiden zich van de overige rechtspersonen door de omvang van het bedrijf van de rechtspersoon. De wetgever noemt in het wetsvoorstel Aanpassing van de wetgeving aan de vierde EEG richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake het vennootschapsrecht (Richtlijn 76/660/EEG) verschillende motieven waarom onderscheid op basis van de omvang van de rechtspersoon wenselijk is: besparing van onevenredig zware moeite, bescherming tegen zware druk van concurrent en afnemer, geringe maatschappelijke betekenis van de onderneming ten opzichte van de soms hoge eisen die het jaarrekeningrecht stelt, de omstandigheid dat de gegevens over de onderneming eerder persoonlijk zijn dan bij een grote onderneming en de minder zelfstandige positie van de administratie waardoor een accountant een aanknopingspunt mist voor een volledige controle.<sup>272</sup> Deze motieven worden met zoveel woorden ook genoemd door de Europese wetgever in de considerans van de Vierde richtlijn waarop het wetsvoorstel is gebaseerd. Meer recent is het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake besloten eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid.<sup>273</sup> Deze richtlijn wordt behandeld in paragraaf 4.3.4.

Afdeling 11 van Titel 9 van Boek 2 BW bestaat uit drie artikelen. Art. 2:396 BW is van toepassing op zogenaamde kleine rechtspersonen, art. 2:397 BW op zogenaamde middelgrote rechtspersonen.<sup>274</sup> Art. 2:398 BW bevat enkele aanvullende bepalingen. In deze paragraaf gaat de aandacht uit naar art. 2:396 BW. Wat onder een kleine rechtspersoon moet worden verstaan is geregeld in art. 2:396 lid 1 en lid 2 BW. Om te voorkomen dat door kleine schommelingen elk jaar een ander regime van toepassing is op de rechtspersoon dient op twee opeenvolgende balansdata aan de criteria te worden voldaan. Het voldoen aan de criteria van een kleine rechtspersoon brengt met zich dat mede wordt voldaan aan de criteria van een middelgrote rechtspersoon.<sup>275</sup> Een kleine rechtspersoon kan daardoor kiezen voor het regime van een middelgrote rechtspersoon. Op hoofdlijnen regelt de vrijstelling van art. 2:396 BW dat enkel een beperkte balans gepubliceerd hoeft te worden. Deze balans hoeft niet gecontroleerd te worden door een accountant. De winst- en verliesrekening hoeft niet openbaar gemaakt te worden. Op grond van art. 1 lid 2 Besluit modellen jaarrekening kan model C of D gebruikt worden voor de beperkte

<sup>271</sup> Wil informatie een getrouwe weergave zijn van de transacties en gebeurtenissen die zij pretendeert weer te geven, is het noodzakelijk dat deze worden verantwoord en weergegeven in overeenstemming met hun wezen en de economische realiteit en niet slechts hun juridische gedaante (RJ 110.116).

<sup>272</sup> Kamerstukken II 1979/80 16 326 nr. 3, p. 33.

<sup>273</sup> COM(2014)212 def.; <http://www.internetconsultatie.nl/eenpersoonsvennootschappen> [02-03-2015].

<sup>274</sup> De begrippen klein en middelgroot worden gewoonlijk gehanteerd in de literatuur, maar het zijn geen wettelijke begrippen.

<sup>275</sup> Kamerstukken II 1987/88, 20 556, nr. 3, p. 6.

balans en model I of J voor de beperkte winst- en verliesrekening. Het zesde lid van art. 2:396 BW regelt dat in plaats van de voorschriften omtrent de grondslagen van waardering en van bepaling van het resultaat (Afdeling 6), ook gewaardeerd mag worden volgens de grondslagen voor de bepaling van de belastbare winst zoals bedoeld in hoofdstuk II van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. In het artikellid is een delegatiebepaling opgenomen. Daarvan is gebruik gemaakt in het Besluit fiscale waarderingsgrondslagen.<sup>276</sup> Om te voorkomen dat opportunistische gebruik wordt gemaakt van enkele fiscale grondslagen dienen alle toepasselijke fiscale grondslagen gehanteerd te worden. Voor kleine rechtspersonen die geen winst beogen bestaat op grond van het negende lid van art. 2:396 BW geen plicht tot openbaarmaking van de beperkte balans, mits aan de in het artikellid genoemde voorwaarden wordt voldaan. Niet relevant is of feitelijk winst wordt gemaakt. Een van die voorwaarden betreft de verklaring van een accountant inhoudende dat de rechtspersoon geen werkzaamheden heeft verricht buiten de statutaire doelomschrijving. Van Geffen merkt hierover op dat deze verklaring weinig zinvol is en tot onnodige kosten leidt daar de accountant geen controle verricht.<sup>277</sup> Hij wijst er voorts op dat deze bepaling en de toelichting daarop door de wetgever er toe heeft geleid dat vele pensioen-bv's gebruik maken van deze vrijstelling. Ik heb, buiten de kritiek die Van Geffen heeft, geen kritiek op deze regeling. Naar mijn mening is dit voor pensioen-bv's een effectieve, efficiënte en rechtvaardige maatregel. Art. 2:396 BW is niet van toepassing op een rechtspersoon die effecten uit heeft staan op een gereguleerde markt (art. 2:398 lid 3 onderdeel a BW), een beleggingsmaatschappij zoals bedoeld in art. 2:401 lid 1 BW (art. 2:398 lid 3 onderdeel b BW), banken (art. 2:416 lid 1 BW), verzekeringsmaatschappijen (art. 2:428 lid 1 BW) en rechtspersonen die vrijwillig kiezen voor de toepassing van IAS/IFRS (art. 2:362 lid 9 BW). Op grond van art. 146 PW kunnen ook pensioenfondsen niet het regime voor kleine of middelgrote rechtspersonen toepassen. De heersende gedachtegang is dat het openbaar belang of de aard van de werkzaamheid geen beperking in de informatievoorziening door deze rechtspersonen rechtvaardigen.<sup>278</sup>

#### 4.3.2 *Kritiek regime kleine rechtspersonen*

Op het regime voor kleine rechtspersonen is wel enige kritiek mogelijk. Voorop dient gesteld te worden dat de waarde van de beperkte balans voor het nemen van financiële beslissingen gering is. Dit geldt des te meer wanneer voor het opmaken van de balans en de winst- en verliesrekening fiscale grondslagen gehanteerd worden.<sup>279</sup> Door de geringe waarde van de beperkte balans komt de vraag op wie de beoogde gebruikers zijn van deze balans. Ten aanzien van derden, zoals banken of andere vreemd vermogen verschaffers, mag aangenomen worden dat deze wel behoefte hebben aan een balans en winst- en verliesrekening, mits deze voldoende en betrouwbare informatie bevat. Deze partijen zullen daarom mijns inziens ook veelal waarde hechten aan accountantscontrole. Het bestuur van de kleine bv zal ten behoeve van een bank of andere belanghebbende toch een (beperkte)

<sup>276</sup> Besluit van 28 augustus 2008, houdende regels inzake toepassing van fiscale waarderingsgrondslagen in de jaarrekening van kleine rechtspersonen (Besluit fiscale waarderingsgrondslagen), *Stb.* 2008, 353.

<sup>277</sup> Van Geffen, *sin: GS Rechtspersonen*, artikel 396 Boek 2 BW, aantekening 10 (online, laatst bijgewerkt 1 juni 2013).

<sup>278</sup> H. Beckman, 'Verschillende verslaggevingsregimes: een getrouw beeld?', *Ondernemingsrecht* 2009, 96, p. 3.

<sup>279</sup> Door het hanteren van fiscale waarderingsregimes wordt het getrouwe beeld "verduisterd". Zie Kamerstukken II 1979/80, 16 326, nr. 3, p. 3.

jaarrekening op willen laten maken en door een accountant laten controleren. Hetzelfde geldt ten aanzien van handelspartners. Mijns inziens leidt, ten aanzien van kleine rechtspersonen, het maatschappelijk verkeer tot bevredigende resultaten en is voor deze rechtspersonen minder dwingend jaarrekeningenrecht wenselijk. Dat de balans moet worden vastgesteld door de algemene vergadering is, evenals het bepaalde in art. 210 lid 5 BW, daarentegen wel wenselijk. Voor de bestemming van de winst of een uitkering op de voet van art. 2:216 BW is een vastgestelde jaarrekening nodig. Als alle aandeelhouders ook bestuurder van de rechtspersoon zijn regelt art. 2:210 lid 5 BW dat de ondertekening van de jaarrekening geldt als vaststelling. Voor het vaststellen is dan geen ander besluit noodzakelijk. Ik beoordeel dit als een effectieve, efficiënte en rechtvaardigde regeling. Vaststelling door de algemene vergadering is mijns inziens rechtvaardig daar de aandeelhouders het recht op de winst hebben en zij dus degene behoren te zijn die de winst vaststellen. Het komt mij voor dat zolang een bv de winst niet bestemd of uitkeert geen plicht hoeft te bestaan een (beperkte) jaarrekening op te maken. Met name bij kleine rechtspersoon die slechts één aandeelhouder hebben zie ik niet in waarom een plicht bestaat een beperkte balans op te maken en openbaar te maken. Voor de aandeelhouder heeft dit geen toegevoegde waarde. Ten aanzien van andere belanghebbenden leidt het maatschappelijk verkeer naar mijn mening tot bevredigende resultaten. Beckman stelt dat de verslaggeving meer op de functies van de verslaggeving gespitst zouden moeten worden in plaats van de “*general purpose approach*” waar de verslaggeving naar is gegroeid.<sup>280</sup> Hij onderscheidt gebruikersverslaggeving, verantwoordingsverslaggeving en toezichtverslaggeving. Deze indeling komt overeen met de indeling van Reimers en is in overeenstemming met de brede groep van gebruikers die de RJ onderkent in het doel van de jaarrekening.<sup>281</sup> De jaarrekening van rechtspersonen met slechts één aandeelhouder vervult doorgaans mijns inziens nauwelijks een van die functies. Ten aanzien van zogenaamde micro-ondernemingen kan Beckman zich voorstellen dat de jaarrekening vrijgesteld wordt van inrichtingsvereisten en van deponeringsvereisten.<sup>282</sup> Ik sluit mij aan bij de mening van Beckman, maar teken daar bij aan dat enkel het vrijstellen van publicatieplicht waarschijnlijk niet tot grote lastenbesparing zal leiden. De jaarrekening moet immers wel opgemaakt worden door het bestuur. Ook de RJ vraagt zich af of enkel het vrijstellen van de publicatieplicht voor kleine entiteiten wel tot aanzienlijke lastenbesparing zal leiden.<sup>283</sup> Volgens de RJ is de te publiceren jaarrekening een eenvoudig op te stellen afgeleide van de inrichtingsjaarrekening. Ik kan mij hier goed in vinden. Ook Huizink is van mening dat het jaarrekeningenrecht niet zou moeten gelden voor kleine ondernemingen.<sup>284</sup>

<sup>280</sup> H. Beckman, 'Verschillende verslaggevingsregimes: een getrouw beeld?', *Ondernemingsrecht* 2009, 96, p. 5.

<sup>281</sup> Reimers, in: *GS Rechtspersonen*, artikel 393 Boek 2 BW, aantekening 2 (online, laatst bijgewerkt op 1 september 2014); RJ 930.12.

<sup>282</sup> H. Beckman, 'Verschillende verslaggevingsregimes: een getrouw beeld?', *Ondernemingsrecht* 2009, 96, p. 2.

<sup>283</sup> *Reactie Raad voor de Jaarverslaggeving op de door de Commissie uitgebrachte mededeling de dato 10 juli 2007, kenmerk COM (2007) 394 definitief*, Amsterdam: Raad voor de Jaarverslaggeving 2007, p. 3.

<sup>284</sup> J.B. Huizink, 'Jaarrekeningenrecht: graag niet langer voor kleine ondernemingen', *Management Control & Accounting* juli 2009, p. 30-31; J.B. Huizink, 'De jaarrekening en de kleine onderneming', *TvJR* 2008-06, p. 128-133.



### 4.3.3 Micro-entiteiten

Op 26 februari 2009 heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 78/660/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen wat micro-entiteiten betreft gepubliceerd.<sup>285</sup> Op grond van de voorgestelde richtlijn zouden zogenaamde micro-entiteiten buiten de werkingssfeer van de vierde richtlijn komen en hierdoor vrijgesteld worden van de verplichting een jaarrekening op te stellen en openbaar te maken. Dit voorstel “was duidelijk een stap te ver voor diverse lidstaten en werd geblokkeerd”.<sup>286</sup> Na heronderhandelingen is uiteindelijk door Richtlijn 2012/6/EU<sup>287</sup> de Vierde richtlijn alsnog gewijzigd en is een regime in het leven geroepen dat lidstaten de bevoegdheid geeft bepaalde vennootschappen verdergaande verlichtingen in hun financiële verslaggeving toe te staan indien zij als zeer klein zijn aan te merken.<sup>288</sup> Inmiddels is Richtlijn 78/660/EEG (de Vierde richtlijn) opgegaan in Richtlijn 2013/34/EU.<sup>289</sup> Op grond van art. 36 Richtlijn 2013/34/EU kunnen lidstaten bepaalde micro-ondernemingen vrijstellen van de in het eerste lid genoemde verplichtingen.<sup>290</sup> Het begrip micro-onderneming wordt gedefinieerd in art. 3 lid 1 Richtlijn 2013/34/EU.<sup>291</sup> Meest in het oog springend verschil, buiten de verlaagde drempels, tussen het regime voor micro-entiteiten en kleine rechtspersonen is mijns inziens de mogelijkheid dat de micro-entiteit wordt vrijgesteld van publicatieplicht. Op grond van het tweede lid hebben lidstaten de bevoegdheid toe te staan dat micro-ondernemingen een verkorte balans en winst- en verliesrekening opstellen. Het derde lid sluit uit dat micro-ondernemingen waarden op reële waarde (fair value). Voorts dienen op grond van het vierde lid de financiële overzichten geacht een getrouw beeld te geven van de activa, passiva, financiële positie en winst of verlies van de onderneming (art. 4 lid 3 Richtlijn 2013/34/EU). Ik constateer dat kennelijk geen overeenstemming kon worden bereikt over een vrijstelling van de plicht een jaarrekening op te maken. Enigszins opmerkelijk kunnen op grond van art. 36 lid 1 onderdeel d Richtlijn 2013/34/EU micro-ondernemingen vrijgesteld worden van de publicatieplicht (hoofdstuk 7 Richtlijn 2013/34/EU) op voorwaarde dat de balansinformatie wordt neergelegd bij een bevoegde autoriteit (handelsregister, KvK) zodat op verzoek een afschrift kan worden verkregen. Ik betreur het dat de vrijstelling voorwaardelijk is en dat geen vrijstelling bestaat voor de plicht de balansinformatie “behoorlijk” neer te leggen bij het handelsregister, maar het valt nog te bezien hoe de Nederlandse

<sup>285</sup> COM(2009)83 def..

<sup>286</sup> C.J.A. van Geffen, 'Actualiteiten jaarrekeningenrecht: Wet bestuur en toezicht in NV/BV en de EU-richtlijn vrijstellingen micro-entiteiten', *Accountancynieuws* 2011-16, p. 2; Nederland had overigens wel een voorkeur voor dit voorstel, Kamerstukken II 2008/09, 21 112, nr. 844.

<sup>287</sup> Richtlijn 2012/6/EU van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2012 tot wijziging van Richtlijn 78/660/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen wat micro-entiteiten betreft, *PbEU* 2012, L 81.

<sup>288</sup> H. Beckman, 'Richtlijn 2012/6/EU: Micro-entiteiten', *Ondernemingsrecht* 2012/124.

<sup>289</sup> Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en van de Raad betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad, *PbEU* 2013, L 182/19.

<sup>290</sup> Niet beleggingsondernemingen en participatieondernemingen op grond van art. 36 lid 7 Richtlijn 2013/34/EU.

<sup>291</sup> Kort gezegd: balanstotaal < 350.000 EUR, netto-omzet < 700.000 EUR en minder dan 10 werknemers (2 van de 3).<sup>1</sup>Vergelijk 2:396 BW: balanstotaal < 4.400.000 EUR, netto-omzet < 8.800.000 EUR en minder dan 50 werknemers (2015)

wetgever hier mee om zal gaan. In onderdeel 13 van de considerans bij Richtlijn 2013/34/EU overweegt de EU-wetgever dat micro-entiteiten onderworpen moeten blijven aan de nationale verplichtingen een boekhouding bij te houden. In Nederland bestaat deze plicht op grond van art. 2:10 BW. Het doel van het regime voor micro-entiteiten is het terugdringen van administratieve lasten onder behoud van een doeltreffende bescherming van belanghebbenden en de voorschriften voor de financiële verslaggeving af te stemmen op de werkelijke behoeften van opstellers en gebruikers.<sup>292</sup> De lasten die verband houden met de jaarrekening zijn volgens de Europese wetgever onevenredig hoog. Gezien de eerder genoemde kritiek op de jaarrekening beoordeel ik dit als een doelmatige en efficiënte wijziging van het jaarrekeningenrecht. De grens voor toepassing van het regime is min of meer arbitrair, maar is naar mijn mening niet onrechtvaardig.

Voor de DGA zal het regime voor de micro-onderneming veelal tot kostenverlaging leiden en daarmee tot een verbetering van de concurrentiepositie en het groeipotentieel. Op Europees niveau zijn volgens de Commissie ongeveer 5,3 miljoen micro-entiteiten actief die ongeveer €1.169 per jaar kunnen besparen.<sup>293</sup> In Nederland is de lastenverlichting in ieder geval fors minder dan €70 mln.<sup>294</sup> Maar, voor zover ik heb na kunnen gaan, heeft de Nederlandse wetgever nog geen stappen genomen om het regime voor de micro-entiteiten te implementeren.<sup>295</sup> Wellicht is de lastenverlichting daarvoor te klein. Beckman en Van Geffen merken hier over op dat wellicht de wetgever heeft gewacht met het nemen van stappen in verband met de samenvoeging van de Vierde en Zevende richtlijn. Inmiddels zijn die richtlijnen inderdaad samengevoegd en is daarvoor in de plaats Richtlijn 2013/34/EU gekomen. In de Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 6 november 2014 die betrekking heeft op de implementatie van Richtlijn 2013/34/EU staat niets over het regime van micro-entiteiten.<sup>296</sup> Tweede Kamerlid Agnes Mulder heeft een motie ingediend dat strekt tot zo spoedig mogelijke implementatie van de micro-entiteit.<sup>297</sup>

#### 4.3.4 Eenpersoonsvennootschap

De Europese Commissie heeft op 9 april 2014 een Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake besloten eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid gepubliceerd.<sup>298</sup> Het doel van deze richtlijn *“is het vereenvoudigen van de oprichting van bedrijven in het buitenland door potentiële oprichters van ondernemingen, met name in het mkb”*. Deze vereenvoudiging wordt met name bereikt door de formaliteiten voor de oprichting van een bedrijf te vereenvoudigen, onder meer door online-inschrijving, standaardmodel statuten, ontbreken van een notariële akte bij oprichting, een minimumkapitaalsvereiste van 1 EUR, een balanstoets en

<sup>292</sup> Toelichting 1.1 bij COM(2009)83 def..

<sup>293</sup> Toelichting 4 bij COM(2009)83 def..

<sup>294</sup> *Voortgangsrapportage regeldruk bedrijven deel 1 en 2*, bijlage 1, p. 45, bijlage bij Kamerstukken II 2011/12, 29 515, nr. 338.

<sup>295</sup> Zie ook H. Beckman en C.J.A. van Geffen, 'Jaarrekeningregime voor microrechtspersonen', *Ondernemingsrecht* 2013/666, p. 1.

<sup>296</sup> Kamerstukken II 2014/15, 32 681, nr. 13, p. 1 – 2.

<sup>297</sup> Kamerstukken II 2013/14, 32 637, nr. 141.

<sup>298</sup> COM(2014)212 def..

solvabiliteitsverklaring. Naar mijn mening is het betreurenswaardig dat het onhaalbaar is gebleken een nieuwe supranationale rechtsvorm te introduceren voor de eenpersoons besloten vennootschap. Daar voor in de plaats voorziet de richtlijn in regelgeving die van toepassing is op eenpersoonsvennootschappen. In Nederland is de richtlijn dus van toepassing op de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die één aandeelhouder heeft. Een SUP (Societas Unius Personae) is daarmee een specifieke verschijningsvorm van de bv. Op zaken die niet in de richtlijn zijn geregeld is het nationale recht van toepassing. Op grond van het voorgestelde art. 18 verricht de SUP geen uitkering aan de enige vennoot indien de SUP balansstoets niet doorstaat waaruit blijkt dat de resterende activa van de SUP na de uitkering toereikend zullen zijn om aan haar verplichtingen te voldoen (balanstest). De berekening is gebaseerd op de laatst vastgestelde jaarrekening. Mijns inziens terecht moet rekening worden gehouden met mutaties in het aandelenkapitaal of in het deel van de reserves dat niet mag worden uitgekeerd, die hebben plaatsgevonden na de einddatum van het boekjaar. Met de overige mutaties na de balansdatum wordt naar mijn mening rekening gehouden door de solvabiliteitstest. In die zin is de jaarrekening slechts een hulpmiddel om te kunnen bepalen of de vennootschap een uitkering kan doen. Wanneer een uitkering wordt goedgekeurd door de directie wordt een solvabiliteitsverklaring ondertekend door de directie en openbaar gemaakt.<sup>299</sup> De solvabiliteitsverklaring houdt in dat de directie grondig heeft onderzocht dat de SUP in staat zal blijven haar schulden te voldoen in het jaar na de uitkering (solvabiliteitstest). De directeur is persoonlijk aansprakelijk indien hij wist of had moeten weten dat de uitkering in strijd zou zijn met de balans- en solvabiliteitstest. In de voorgestelde richtlijn wordt ten aanzien van de openbaarmaking van de jaarrekening niets geregeld. Het is mijns inziens daarom aan de nationale wetgever om daar al dan niet toe over te gaan.

Het kabinet is deels positief en deels negatief over het voorstel.<sup>300</sup> Positief in de zin dat het voorstel leidt tot lagere kosten van oprichting van eenpersoonsvennootschappen; negatief vanwege mogelijk *“misbruik in brede zin (het zich verschuilen achter een entiteit, witwassen, financieel-economische criminaliteit)”*. Verder is het kabinet van mening dat het voorstel verder gaat dan het bereik van art. 50 VWEU omdat een geheel nieuwe rechtsvorm in het leven wordt geroepen en dat grensoverschrijding geen voorwaarde is voor de toepasselijkheid van de richtlijn. Ik deel die mening niet daar de voorgestelde richtlijn geen nieuwe rechtsvorm in het leven roept.<sup>301</sup> Als het kabinet bedoelt met een nieuwe rechtsvorm een rechtsvorm die een deelverzameling is van de besloten vennootschap met één aandeelhouder waarop andersluidend recht van toepassing is had dit naar mijn mening nader gemotiveerd moeten worden. In wezen is naar mijn mening de SUP een eenpersoonsvennootschap die heeft gekozen voor het SUP-regime. Deze mening ben ik toegedaan door de tekst van de voorgestelde richtlijn en met name art. 6 lid 1 van de voorgestelde richtlijn waarin onderscheid wordt gemaakt tussen eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en dergelijke vennootschappen die zijn

<sup>299</sup> Aanbevolen in de terminologie van de voorgestelde richtlijn.

<sup>300</sup> Kamerstukken II 2013/14, 22 112, nr. 1856, p. 3.

<sup>301</sup> Zo ook G.J. Vossestein, 'Europees vennootschapsrecht en de besloten vennootschap', *WPNR* 2014/7030, p. 7.

ingeschreven volgens de regels en procedures uit de richtlijn. Mijs inziens terecht vestigt het kabinet de aandacht op de identificatie van de oprichter om misbruik van rechtspersonen te detecteren en te voorkomen.

Naar mijn mening komt de voorgestelde richtlijn tegemoet aan de eerder genoemde kritiek. Het voorstel is duidelijk gericht op een specifieke situatie en de jaarrekening heeft een specifiek doel. Hiermee wordt de general purpose approach van het jaarrekeningenrecht verlaten. In het voorstel heeft de jaarrekening slechts één doel en dat is vaststellen of de SUP over voldoende activa beschikt om een uitkering te rechtvaardigen. De vraag komt op of regelgeving die ziet op de kwaliteit van de jaarrekening wenselijk is. Anders gezegd, in hoeverre is het wenselijk dat geregeld wordt dat de jaarrekening (balans) getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte en samenstelling van het vermogen weergeeft. Naar mijn mening is aan zulke regelgeving doorgaans geen behoefte. De directie zal immers, om persoonlijke aansprakelijkheid zo veel mogelijk te voorkomen, haar oordeel willen baseren op een betrouwbare, door een gecertificeerde accountant goedgekeurde, jaarrekening. Dit kan anders zijn naarmate de onderneming van de SUP groter en complexer wordt.

#### *4.3.5 Conclusie kleine rechtspersonen*

Naar mijn mening heeft de jaarrekening nauwelijks een functie ten aanzien van een pensioen-bv. Aangenomen kan worden dat zulke bv's geen belangrijke crediteuren of vreemd vermogen verschaffers hebben. Het ligt ook in de rede dat de aandeelhouders geen belang hebben bij een jaarrekening. Aangezien verwacht mag worden dat een pensioen-bv behalve pensioenuitkeringen geen uitkeringen aan aandeelhouders verricht, heeft de jaarrekening ook in dat opzicht geen functie. De vrijstelling van art. 2:396 lid 9 BW, dat ziet op openbaarmaking van de jaarrekening, is naar mijn mening een effectieve, efficiënte en rechtvaardige regeling, maar zal naar verwachting niet tot grote lastenbesparing leiden. Daarvoor is een algehele vrijstelling van de plicht om een jaarrekening op te maken voor nodig. Naar mijn mening zou het opmaken van een jaarrekening voor een pensioen-bv facultatief moeten zijn. Gezien de aansprakelijkheid van bestuur en aandeelhouders ligt het naar mijn mening ook in de rede dat een eventuele uitkering van winst of kapitaal veelal mede gebaseerd zal zijn op een door een accountant goedgekeurde jaarrekening. Dit zou zich bijvoorbeeld voor kunnen doen als de personen tot wie de pensioen-bv zich heeft verplicht om pensioen aan uit te keren zijn overleden en nog middelen in de bv reteren. De aandelen van een holding-bv zullen veelal in handen zijn van één of enkele personen; de DGA en mogelijk naaste familieleden. Die personen zullen weinig behoefte aan een jaarrekening hebben. Met betrekking tot een werkmaatschappij of een holding-bv die tevens de uitvoerder van een in eigen beheer gehouden pensioen is bestaan wel goede redenen om jaarlijks verplicht een jaarrekening op te maken en te publiceren. Desondanks ben ik van mening dat die verplichtstelling niet noodzakelijk is en daardoor niet efficiënt. Aandeelhouders die behoefte hebben aan een jaarrekening kunnen ook buiten de verplichtstelling om daarin voorzien. Crediteuren, en met name banken, kunnen een door een accountant goedgekeurde jaarrekening eisen als voorwaarde voor kredietverlening. Ten aanzien van kleine rechtspersonen concludeer ik dat de plicht een jaarrekening op te maken en, in sommige gevallen te publiceren, zoals geregeld in Boek 2 Titel 9 BW niet efficiënt is.

De regeling is effectief voor zover de jaarrekening werkelijk wordt gebruikt, maar daar is geen wettelijke plicht voor noodzakelijk. Met name ten aanzien van zeer kleine bv's is het jaarrekeningregime niet rechtvaardig omdat de kosten die gepaard gaan met het gehoor geven aan dat regime niet in verhouding staan tot het nut daar van. Een zeer kleine bv onderscheidt zich wel degelijk van een grotere bv en dat onderscheid rechtvaardigt mijns inziens een ongelijke behandeling. De regimes voor micro-entiteiten en de SUP beoordeel ik grotendeels positief. Het is nu aan de wetgever het regime zodanig te implementeren dat de plicht een jaarrekening op te maken wordt afgeschaft en de plicht balansinformatie neer te leggen bij het handelsregister met zo min mogelijke administratieve kosten gepaard gaat.

## 4.4 De pensioenvoorziening in de jaarrekening

### 4.4.1 Voorzieningen

Volgens de RJ zijn voorzieningen een onderdeel van het vreemd vermogen.<sup>302</sup> Het doel van de voorziening ligt in het verlengde van het doel van de jaarrekening, namelijk een zodanig inzicht geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat van de rechtspersoon. Op dat uitgangspunt wordt inbreuk gemaakt als geen rekening wordt gehouden met verplichtingen die hun oorsprong vinden vóór het einde van het boekjaar, maar op een later tijdstip tot uitgaven leiden. Een goed voorbeeld hiervan is de voorziening voor de pensioenverplichting in eigen beheer. De kosten van het pensioen zijn arbeidsgerelateerd en worden toegerekend aan het jaar waarin de arbeid wordt verricht door aan de voorziening te doteren. Zodra het pensioen wordt uitgekeerd wordt de voorziening afgebouwd. Het vormen van de voorziening is een uitwerking van het toerekeningsbeginsel (art. 2:362 lid 5 BW en 2:384 lid 2 BW). Op voorzieningen is art. 2:374 BW (art. 12 lid 12 Richtlijn 2013/34/EU) van toepassing. De volgende omschrijving van het begrip voorziening is ontleend aan art. 12 lid 12 Richtlijn 2013/34/EU: *“Een voorziening vormt een dekking voor naar hun aard duidelijk omschreven verplichtingen die op de balansdatum als waarschijnlijk of als vaststaand worden beschouwd, maar waarvan niet bekend is in welke omvang of wanneer zij zullen ontstaan. Zij vertegenwoordigt de beste schatting van de kosten die als waarschijnlijk worden beschouwd of, in geval van een verplichting, de beste schatting van het bedrag dat vereist is om die verplichting op de balansdatum na te komen.”* Verplichtingen ontstaan in beginsel door rechtshandelingen (rechtens afdwingbaar), maar kunnen ook feitelijk zijn door gerechtvaardigde verwachtingen. De bv die een pensioen in eigen beheer houdt zal hier een voorziening voor op de balans moeten nemen. Het gaat immers om een juridische verplichting waarvan niet zeker is in welke omvang of wanneer die ontstaat, maar die wel betrouwbaar kan worden geschat. Geen voorziening vormen is in strijd met art. 2:362 lid 1 BW. Op grond van art. 2:374 lid 4 BW wordt de voorziening voor pensioenverplichtingen afzonderlijk op de balans opgenomen. Voor het vormen van een voorziening werd in art. 2:374 lid 1 onderdeel a BW (oud) de eis gesteld dat de omvang van de verplichtingen en verliezen redelijkerwijs geschat moet kunnen worden. In de huidige redactie van art. 2:374 BW wordt deze eis niet meer gesteld. Met de invoering van de Wet uitvoering IAS-verordening, IAS 39-richtlijn en moderniseringsrichtlijn is de

<sup>302</sup> Zie definitie van het begrip voorziening in RJ 940.

redactie van art. 2:374 BW meer in overeenstemming gebracht met IAS 37 en met Europese wetgeving (huidig art. 12 lid 12 Richtlijn 2013/34/EU).<sup>303</sup> Het vervallen van de eis dat de omvang redelijkerwijs moet kunnen worden geschat is niet toegelicht door de wetgever.<sup>304</sup> Dat die eis nog steeds van toepassing is volgt naar mijn mening uit de wetsgeschiedenis,<sup>305</sup> art. 12 lid 12 Richtlijn 2013/34/EU, jurisprudentie,<sup>306</sup> RJ 252.201 en IAS 37. Uit deze bronnen volgt naar mijn mening ook dat de omvang niet redelijkerwijs, maar betrouwbaar geschat moet kunnen worden. Dat wil zeggen dat de schatting gemotiveerd moet zijn en cijfermatig onderbouwd.<sup>307</sup> Wanneer een betrouwbare schatting niet gemaakt kan worden wordt in de toelichting informatie over de verplichting opgenomen en wordt geen voorziening getroffen.<sup>308</sup> In het geval geen onzekerheid bestaat en de omvang van de verplichting vaststaat wordt geen voorziening gevormd, maar een schuld gepassiveerd.<sup>309</sup>

#### 4.4.2 Omvang van de voorziening voor pensioenverplichtingen

De omvang van de voorziening voor pensioenverplichtingen wordt op grond van art. 2:362 lid 1 BW bepaald volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. De balans geeft volgens het tweede lid van 2:362 BW een getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het vermogen weer, zodat de voorziening niet bewust onder- of overgewaardeerd wordt. In ieder geval dient daarom rekening te worden gehouden met de overlevingskansen van de persoon op wie het pensioen betrekking heeft (de DGA en/of zijn partner en/of kinderen). De zogenaamde interestopbouwmethode en lineaire methode, die in de opbouwfase geen rekening houden met de kans op vooroverlijden, geven het vermogen niet getrouw weer en kunnen niet gebruikt worden. De actuariële methode houdt wel rekening met de kans op vooroverlijden. Drie potentiële methodieken, namelijk de reële waarde, de benaderde marktwaarde en de methodiek die is voorgeschreven door de RJ worden in de volgende onderdelen besproken.

##### 4.4.2.1 Reële waarde

Uit art. 12 lid 12 Richtlijn 2013/34/EU volgt dat de omvang van de voorziening de beste schatting dient te zijn van de bedragen die noodzakelijk zijn om de verplichting af te wikkelen. De RJ bevestigt deze zienswijze in RJ 252.301 en stelt verder in RJ 252.302 dat de beste schatting overeenkomt met het

<sup>303</sup> Wet van 16 juli 2005 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van Verordening (EG) Nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen (PbEG L 243), van Richtlijn nr. 2001/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG, 83/349/EEG en 86/635/EEG met betrekking tot de waarderingsregels voor de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen evenals van banken en andere financiële instellingen (Pb EG L 283), en van Richtlijn 2003/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2003 tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG, 83/349/EEG, 86/635/EEG en 91/674/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, banken en andere financiële instellingen, en verzekeringsondernemingen (Pb EG L 178) (Wet uitvoering IAS-verordening, IAS 39-richtlijn en moderniseringsrichtlijn), *Stb.* 2005, 377.

<sup>304</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 737, nr. 3, p. 12 en 18 en nr. 7, p. 10.

<sup>305</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 737, nr. 3, p. 18.

<sup>306</sup> Hof Amsterdam 24 april 2012, nr. 200.101.310/01, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW4134, r.o. 3.3.

<sup>307</sup> Conclusie van A-G Van Kalmthout bij HR 22 maart 2000, nr. OK74, *NJ* 2000, 421, nr. 6.3.

<sup>308</sup> In deze gevallen is sprake van een niet in de balans opgenomen verplichting (contingent liability).

<sup>309</sup> Beckman en De Jong, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:374, onderdeel C1 (online, laatst bijgewerkt 1 januari 2013).

bedrag dat een rationeel handelende rechtspersoon zou betalen om de verplichting af te wikkelen of aan een derde over te dragen. Bavelaar merkt hier over op dat steeds meer de reële waarde als waarderingsgrondslag wordt voorgeschreven, waaronder wordt verstaan het bedrag waarvoor een actief of een verplichting kan worden verhandeld.<sup>310</sup> Deze zienswijze suggereert dat voor de waardering van de voorziening voor de pensioenverplichting kan worden volstaan met een prijsopgaaf (offerte) van een professionele verzekeraar die de verplichting van de vennootschap overneemt. Door kosten en winstopslag zal de reële waarde doorgaans een hogere waarde hebben vergeleken met andere waarderingsgrondslagen. Gevolg hiervan is dat de uitkeerbare winst wordt beperkt. Daar staat tegenover dat een verzekeraar zekerheid zal willen hebben over de bedragen die uitgekeerd moeten worden. In de overnamesom zal daardoor rekening worden gehouden met toekomstige onvoorwaardelijke indexatie, maar niet met toekomstige loonontwikkelingen en voorwaardelijke indexatie waardoor vergeleken met bijvoorbeeld de PUCM de omvang van de voorziening lager zal zijn.<sup>311</sup> Indexatie kan wel plaatsvinden door middel van een clause in de verzekeringsovereenkomst waardoor een recht op indexatie bestaat indien het rendement op de beleggingen hoger is dan een vooraf overeengekomen drempelwaarde. De rekenrente die verzekeraars hanteren is notoir onbekend.<sup>312</sup> Een vergelijking met andere methoden is in dat opzicht moeilijk te maken. Hetzelfde geldt voor de gehanteerde overlevingstafels, al dienen verzekeringsmaatschappijen wel sekseneutrale tarieven te hanteren.<sup>313</sup> Het verplicht gebruik van een sekseneutrale overlevingskans leidt ertoe dat de omvang van de verplichting voor vrouwelijke DGA's lager wordt, vergeleken met een methode waarbij sekseafhankelijke tarieven worden gehanteerd. Het is aannemelijk te veronderstellen dat rekening wordt gehouden met stijgende overlevingskansen. Dat kan door middel van leeftijdsterugstellingen of een aangepaste overlevingstafel.<sup>314</sup>

#### 4.4.2.2 *Benaderde marktwaarde*

Jaarlijks een offerte bij een verzekeraar opvragen is maatschappelijk gezien een inefficiënte methode om de omvang van de verplichting vast te stellen en daardoor ongewenst. Naar mijn mening is eveneens een potentieel toegestane methode om de omvang van de voorziening te bepalen het model van de Belastingdienst dat gehanteerd wordt om de waarde in het economische verkeer van een pensioenverplichting te berekenen (rekenmodel van de Benaderde Marktwaarde, afgekort met BMW).<sup>315</sup> Het model hanteert de laatste door het Actuarieel Genootschap gepubliceerde periodetafels GBM/GMV. Gezien de verplichting voor verzekeraars om sekseneutrale overlevingstafels te hanteren lijkt het mij niet onredelijk om bij het gebruik van het model van de BMW deze tafels toe te staan. Desondanks heeft het mijn voorkeur om het gebruik van een overlevingstafel overeen te laten komen

<sup>310</sup> A. Bavelaar, 'Verplichte voorzieningen en de waardering ervan', *O&F* 2005, 66, p. 5.

<sup>311</sup> Zie voetnoot 331.

<sup>312</sup> R. van den Dool, 'Uitvergroet: Column door Ruud van den Dool', *V-N* 2014/11.0

<sup>313</sup> HvJ EU 21 maart 2011, C-236/09, *NJ* 2011, 120 (conclusie Kokott, noot Mok).

<sup>314</sup> Prognose tafels worden door het Actuarieel Genootschap gepubliceerd: [http://www.ag-ai.nl/view.php?Pagina\\_Id=333](http://www.ag-ai.nl/view.php?Pagina_Id=333) [02-03-2015].

<sup>315</sup> CAP, *Vraag & Antwoord 13-006 d.d. 27112013*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_13-006.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_13-006.htm) [02-03-2015]

met het geslacht van de verzekerde persoon. Naar mijn mening wordt hierdoor met betrekking tot de omvang van het vermogen van de rechtspersoon beter aangesloten bij de economische realiteit en art. 2:362 BW. Het model hanteert een leeftijdsterugstelling van 5 jaar voor mannen en 6 jaar voor vrouwen. Leeftijdsterugstellingen worden gebruikt om rekening te houden met de verwachte toename van overlevingskansen. Aangenomen mag worden dat verzekeraars ook rekening houden met een verwachte toename van overlevingskansen, al is de mate waarin onbekend en, naar ik aanneem, zullen tussen verzekeraars hier verschillen in bestaan. Het gebruik van leeftijdsterugstellingen acht ik in overeenstemming met art. 2:362 BW. De rekenrente in het model is gelijk aan het op de berekeningsdatum geldende U-rendement verhoogd met 0,5%-punt. Een rekenrente hoger dan 3% wordt maximaal voor een periode van 20 jaar in aanmerking genomen. Daarna moet met 3% gerekend worden. Dit is niet in overeenstemming met het gebruik van de Ultimate Forward Rate (UFR). Kort gezegd is de UFR een convergentie naar een stabiel niveau van de waargenomen stijging in rendementen van beleggingsobjecten met een lange looptijd.<sup>316</sup> Verzekeraars en pensioenfondsen zijn verplichtgesteld de UFR te hanteren bij het vast stellen van de technische voorzieningen.<sup>317</sup> Een bespreking van de UFR gaat het bestek van dit onderzoek te buiten. Ik volsta met erop te duiden dat op de UFR de nodige kritiek is. In de overige gevallen (de rekenrente is lager dan 3%) geldt de rekenrente voor de gehele looptijd van de verzekering. Naar ik aanneem is het gebruik van een hogere rekenrente dan 3% voor maximaal een periode van 20 jaar gebaseerd op de analyse van een aantal verzekeringspolissen die de basis vormden voor de ontwikkeling van het rekenmodel van de BMW. Het gebruik van de rekenrente wordt namelijk niet toegelicht of gemotiveerd. Het U-rendement wordt berekend door het Centrum voor Verzekeringsstatistiek te Den Haag, een stichting die door het Verbond van Verzekeraars is opgericht.<sup>318</sup> Kort gezegd is de basis voor het U-rendement het effectieve rendement van alle euro-obligatieleningen die uitgegeven zijn door de Staat der Nederlanden. Op basis van de looptijd van de leningen wordt een gewogen gemiddelde berekend. Verzekeraars kunnen het U-rendement als een van de verschillende rendementmaatstaven gebruiken om de waardegroei van levensverzekeringen te bepalen.<sup>319</sup> Met onvoorwaardelijk overeengekomen indexatie wordt rekening gehouden. Dit levert geen bijzondere aandachtspunten op. Bij open indexatie staat het model toe, op grond van fiscale jurisprudentie en een fiscaal besluit, dat uit kan worden gegaan van een vaste (onvoorwaardelijke) indexatie van 2%. Een open indexatie houdt in dat pensioenrechten en/of pensioenaanspraken zoveel mogelijk worden aangepast aan loon- of prijsontwikkeling, doorgaans uitgedrukt in een algemeen indexcijfer.<sup>320</sup> Het rekenmodel BMW lijkt geen onderscheid te maken tussen voorwaardelijk en onvoorwaardelijk overeengekomen open indexatie, hetgeen RJ wel doet in RJ 271.318. Naar mijn mening kan voor voorwaardelijk overeengekomen indexatie geen voorziening

<sup>316</sup> <http://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archieff/dnbulletin-2012/dnb276012.jsp> [02-03-2015].

<sup>317</sup> <http://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archieff/dnbulletin-2012/dnb279070.jsp> [02-03-2015].

<sup>318</sup> Actuele statistiek en definities te vinden op

<https://www.verzekeraars.nl/verzekeringsbranche/statistieken/Paginas/AndereStatistieken/Rendementmaatstaven.aspx> [02-03-2015]. Noemenswaardig is dat de resterende looptijd van de obligaties maximaal 15 jaar is.

<sup>319</sup> Er is geen plicht hiertoe en ook andere rendementmaatstaven als het T-rendement mogen gehanteerd worden.

<sup>320</sup> Zie RJ 271.318 en het Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, *Stcrt.* 2008, 133, onderdeel A1.



worden getroffen vanwege het ontbreken van het verplichte karakter. Een voorziening dient immers ter dekking van een bestaande verplichting waarvan de omvang of het tijdstip waarop de verplichting ontstaat onzeker is. Dit kan echter anders zijn in situaties waarin sprake is van een feitelijke verplichting. Dan zou mijns inziens nog steeds geen voorziening kunnen worden gevormd omdat veelal geen betrouwbare schatting kan worden gemaakt van het effect van de voorwaardelijke open indexatie. Het is naar mijn mening ook zeer de vraag of een verzekeraar wel een prijsopgaaf doet voor een open geïndexeerd pensioen. Naar ik aanneem zal een verzekeraar sterk de voorkeur hebben voor een vaste indexatie of een voorwaardelijke indexatie die gebaseerd is op overrendement. Dat het rekenmodel BGM wel rekening houdt met voorwaardelijke indexatie volgt naar mijn mening uit het doel van het model, namelijk een alternatief vormen voor de prijsopgaaf van een verzekeraar in het geval van de overdracht van een pensioenverplichting tussen niet-professionele verzekeraars, zoals zich voor deed in HR 14 april 2006, nr. 41 569, *BNB 2006/278* (noot Van der Geld). In dit arrest benadert de Hoge Raad de wijze waarop een verzekeraar om zou gaan met een open indexatie door uit te gaan van een vaste indexatie.<sup>321</sup> Voor de bepaling van de omvang van de voorziening voor de pensioenverplichting in de jaarrekening is dit echter mijn inziens een onjuiste benadering. Het komt mij voor dat rekenen met een vaste indexatie van 2% niet een betrouwbare schatting is van de voorwaardelijke open indexatie. Het rekenmodel van de BMW hanteert een bepaalde kostenopslag. Ik neem aan dat daarmee bedoeld wordt een opslag voor kosten en winst omdat verzekeraars ook een opslag voor winst in rekening brengen. Over de realiteit van de opslag kan ik geen uitspraak doen. Ik neem aan dat de opslag volgt uit de analyse van de verzekeringspolissen die onderzocht zijn. Met betrekking tot het vormen van een voorziening voor een pensioenverplichting kan naar mijn mening, op grond van art. 2:374 BW, geen rekening worden gehouden met de opslag voor kosten (en winst). Uiteraard zal een verzekeraar hier wel rekening mee houden.

De vraag komt dan ook op of de omvang van de voorziening voor de pensioenverplichting wel vastgesteld kan worden aan de hand van het bedrag dat een rationeel handelende rechtspersoon zou betalen om de verplichting af te wikkelen of om aan een derde over te dragen.<sup>322</sup> Aan de hand van de voorgaande overwegingen kom ik tot de conclusie dat de omvang van de voorziening voor de pensioenverplichting in eigen beheer niet goed kan worden vastgesteld aan de hand van de reële waarde of de benaderde marktwaarde. De problematiek rond de indexatie, de gehanteerde rekenrente, de kosten- en winstopslag en de overweging dat deze waardering niet in overeenstemming is met de going concern benadering van art. 2:384 lid 3 BW leiden tot deze conclusie.

#### 4.4.2.3 RJ 271.3

In de voorgaande paragrafen heb ik de behandeling van de voorziening in het jaarrekeningenrecht gevolgd zoals die voortkomt uit de wettekst en RJ 252. De RJ heeft echter ook een richtlijn uitgevaardigd die ziet op personeelsbeloningen (RJ 271 en RJK B14). Onderdeel van de personeelsbeloningen is het pensioen, waarop RJ 271.3 ziet. Voor het in eigen beheer gehouden

<sup>321</sup> Dit arrest wordt uitvoeriger behandeld in paragraaf 5.4.9.

<sup>322</sup> De verplichting wordt immers niet vervreemd.

pensioen zijn met name RJ 271.318 en RJ 271.318a van belang.

Op hoofdlijnen komt RJ 271.3 neer op het volgende. De rechtspersoon verantwoordt de betaalde premie in de winst- en verliesrekening (RJ 271.306). Een voorziening wordt opgenomen indien naast de te betalen premie andere verplichtingen bestaan. Deze verplichtingen komen voort uit de uitvoeringsovereenkomst, de pensioenovereenkomst, het pensioenreglement of uit bij werknemers gewekte gerechtvaardigde verwachtingen (RJ.271.307) De voorwaarden voor het vormen van een voorziening zijn overeenkomstig RJ 252. De verplichtingen aan de pensioenuitvoerder die de basis vormen voor de voorziening worden uitgewerkt in RJ 271.311 t/m 313. Het gaat met name om verplichtingen in verband met de dekkingsgraad van de pensioenuitvoerder en om verplichtingen die uit de contractvoorwaarden met een verzekeringsmaatschappij kunnen vloeien. Verplichtingen aan de werknemer, zoals toekomstige loonsverhogingen die reeds zijn toegezegd en de eventueel daar bij komende backservice, vormen eveneens aanleiding voor het vormen van een voorziening op grond van RJ 271.314. Deze paragraaf schrijft verder voor dat een voorziening kan worden gevormd in verband met toekomstige verwachte loonstijgingen en indexaties. Verplichtingen die verband houden met de dekkingsgraad zijn voor het pensioen in eigen beheer niet relevant. Verplichtingen die uit de contractvoorwaarden voortkomen kunnen daarentegen wel van belang zijn wanneer sprake is van extern eigen beheer.

RJ 271.318a stelt dat de voorziening gewaardeerd dient te worden op een in Nederland algemeen aanvaardbare actuariële waarderingsmethodiek. De daarbij te hanteren actuariële veronderstellingen worden gebaseerd op de beste schatting van de variabelen die de omvang bepalen van de uitgaven die naar verwachting noodzakelijk zullen zijn om de verplichting af te wikkelen. Wat onder actuariële veronderstellingen moet worden verstaan geeft de RJ niet aan. In het algemeen zijn dat alle variabelen die invloed hebben op de bedragen die in de toekomst naar verwachting noodzakelijk zijn, zoals sterftekansen, kans op ontslag, carrièreverloop, arbeidsongeschiktheid, rekenrente en aannames over in- en uittreding. Voor een in eigen beheer gehouden pensioen worden de actuariële veronderstellingen beperkt tot de sterftekans en de rekenrente aangezien slechts een zeer beperkt aantal personen verzekerd is en de wet van de grote aantallen daardoor niet van toepassing is. Op grond van RJ 271.318a en RJ 271.316 is de te hanteren rekenrente de actuele marktrente die het meest geëigend wordt ingevuld met de marktrente voor hoogwaardige ondernemingsobligaties. Op grond van art. 2:362 BW zal een overlevingstafel gebruikt moeten worden die meest aansluit bij de economische realiteit omdat de balans anders niet getrouw de grootte van het vermogen weergeeft. Dat houdt in dat de meest recente overlevingstafel wordt gebruikt waarbij rekening wordt gehouden met toenemende overlevingskansen of een leeftijdsterugstelling wordt gehanteerd. RJ 271.318 bepaalt dat rekening moet worden gehouden met onvoorwaardelijk overeengekomen indexaties en RJ 271.318a dat rekening mag worden gehouden met aanpassingen van opgebouwde aanspraken die voortvloeien uit verwachte toekomstige loonstijgingen en/of uit eventuele verwachte toekomstige aanpassingen vanwege toekenning van voorwaardelijk overeengekomen indexaties. De hoofdregel lijkt echter te zijn dat voorwaardelijk overeengekomen indexaties niet tot de opgebouwde verplichting behoren. Deze

hoofdregeel is naar mijn mening overeenkomstig de wettekst. Bij voorwaardelijk overeengekomen indexatie en bij verwachte loonstijgingen is immers geen sprake van een verplichting in de zin van art. 2:374 BW. In RJ-Uiting 2014-4 licht de RJ toe dat rekening houden met toekomstige verwachte loonstijgingen van de DGA overeenkomstig de wijze is waarop rekening wordt gehouden met verwachte toekomstige loonstijgingen van personeel. Toestaan van het vormen van een voorziening ten aanzien van voorwaardelijk overeengekomen indexaties lijkt mij met name gestoeld op het voorzichtigheidsbeginsel. Een ander argument voor het vormen van een voorziening voor voorwaardelijk overeengekomen indexatie vind ik in art. 137 lid 1 onderdeel a PW dat de mogelijkheid creëert technische voorzieningen te vormen om voorwaardelijke toeslagverlening mee te financieren. Met name bij middelgrote en grote ondernemingen zal mijns inziens wel degelijk rekening moeten worden gehouden met verwachte toekomstige loonstijgingen. Bij grotere personeelsbestanden wordt immers aan de criteria voor het vormen van een voorziening voldaan. Voor kleinere rechtspersonen is minder goed een kwantitatief model te gebruiken om een betrouwbare schatting van toekomstige loonstijgingen te maken. Voor de rechtspersoon die een pensioen in eigen beheer houdt ben ik daarom van mening dat slechts een voorziening mag worden gevormd indien de toekomstige loonstijging op balansdatum reeds bekend is. De zogenaamde Projected Unit Credit Methode (PUCM) kan naar mijn mening niet gebruikt worden als methode om de omvang van de voorziening voor de pensioenverplichting te bepalen.<sup>323</sup> Bij het gebruik van deze methode moet namelijk een schatting worden gemaakt van de pensioenaanspraken die door werknemers worden verkregen gedurende hun totale diensttijd. Met grote aantallen werknemers kan die schatting naar mijn mening betrouwbaar worden gemaakt. Wanneer sprake is van slechts één of enkele werknemers is zo een schatting naar mijn mening onbetrouwbaar. De RJ laat zich in RJ 271.3 niet uit over kosten- en winstopslag. Ik neem daarom dat daar volgens RJ geen rekening mee hoeft te worden gehouden. Dat komt mij juist voor.

In het verleden stond RJ toe dat de voorziening voor de pensioenverplichting van de DGA gewaardeerd werd op fiscale grondslagen. In RJ-Uiting 2014-4 heeft de RJ besloten dat niet langer te doen. Naar mijn mening een juiste beslissing. Door de verplichting te waarderen op fiscale grondslagen wordt niet voldaan aan art. 2:362 BW. Op de regeling bestond ook de nodige kritiek, maar was voor sommigen wenselijk omdat het eigen vermogen daardoor groter zal zijn en betere financieringsvoorwaarden tot stand komen.<sup>324</sup> Ik zet mijn vraagtekens bij die zienswijze. Naar ik aanneem zal een acceptant bij een bank inzien dat een pensioenverplichting gewaardeerd op fiscale grondslagen afwijkt van de commerciële waardering daarvan. Overigens mag wel gewaardeerd worden op fiscale grondslagen mits de uitkomst daarvan niet materieel afwijkt van de uitkomst die voortkomt uit het hanteren van de hoofdregeel (het principe van de beste schatting). Dat komt mij onjuist en overbodig over. Ten eerste onjuist omdat de RJ kennelijk de mening is toegestaan dat fiscale waardering een in Nederland

<sup>323</sup> *Bijlage 2 Nadere toelichting op de Projected Unit Credit Method*, RJ 2008/271. PUCM wordt eveneens door de IASB voorgeschreven, zie art. 57 Verordening (EU) Nr. 475/2012 van de Commissie van 5 juni 2012, *PbEU* L 146/1.

<sup>324</sup> Zie de ingezonden commentaren op RJ-Uiting 2014-1: [http://www.rjnet.nl/Databank/Ingediende-commentaren/2014/\[02-03-2015\]](http://www.rjnet.nl/Databank/Ingediende-commentaren/2014/[02-03-2015]).

algemeen aanvaarde waarderingsmethodiek is. Die mening komt mij onjuist voor omdat de fiscale waardering enkel binnen het belastingrecht een gerechtvaardigde functie heeft. Ten tweede onjuist omdat de RJ hiermee aangeeft dat de waarderingsmethodiek van ondergeschikt belang is zolang de uitkomst maar “goed” is, hetgeen ik principieel onjuist vind. Overbodig omdat pas kan worden vastgesteld dat de waardering op fiscale grondslagen niet materieel afwijkt van de uitkomst van toepassing van de hoofdregel nadat deze hoofdregel is toegepast. Op grond van het efficiëntie criterium vind ik het ongewenst dat de voorziening op twee verschillende wijzen moet worden bepaald. In dezelfde uiting stelt RJ dat de voorziening voor de pensioenverplichting alleen gewaardeerd mag worden tegen het bedrag waartegen een professionele verzekeraar de pensioenverplichting over wilt nemen indien dit feitelijk aan de orde is. Gezien de vastgestelde verschillen in waarderingsmethodiek lijkt mij dit een juiste benadering. Dit is in overeenstemming met mijn overwegingen in paragraaf 4.4.2.2.

#### 4.4.3 Rekenrente

In deze paragraaf wordt de gehanteerde rekenrente behandeld. De rekenrente heeft een grote invloed op de omvang van de voorziening voor de pensioenverplichting. Dit rechtvaardigt naar mijn mening een aparte bespreking.

RJ 252.306 schrijft als rekenrente de actuele marktrente voor. De actuele marktrente wordt volgens RJ 252.306 meest geëigend ingevuld door de marktrente per balansdatum van hoogwaardige ondernemingsobligaties of, bij het ontbreken van een liquide markt voor ondernemingsobligaties, het rendement op staatsleningen. In de praktijk worden sterk uiteenlopende rekenrentes gehanteerd.<sup>325</sup> Het rendement op ondernemingsobligaties is hoger dan het U-rendement. Uit voorzichtigheidsoverwegingen komt het mij daarom voor dat het U-rendement de voorkeur geniet bij het bepalen van de omvang voor de voorziening voor de pensioenverplichting. De omvang van de voorziening zal door het gebruik van het U-rendement beter de marktwaarde van de pensioenverplichting benaderen dan wanneer gekozen wordt voor het rendement op hoogwaardige ondernemingsobligaties. Daar staat tegenover dat met name bij intern eigen beheer het rendement op hoogwaardige ondernemingsobligaties beter past bij de economische realiteit van de vennootschap. Een rekenrente die gebaseerd is op het rendement op het eigen vermogen of het totale vermogen is mijns inziens niet wenselijk. Ten eerste kan dat rendement van jaar tot jaar zeer sterk fluctueren en zelfs negatief zijn, waardoor de jaarrekening geen zodanig inzicht geeft dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat. Verder kan in perioden waarin het rendement op het eigen vermogen hoog is het voorzichtigheidsbeginsel worden geschonden en winst worden genomen die nog niet als gerealiseerd kan worden beschouwd. Dit wordt overigens grotendeels beperkt door de werking van art. 2:384 lid 2 BW (realisatiebeginsel). Welke rekenrente ook wordt gekozen, het U-rendement of het rendement op hoogwaardige ondernemingsobligaties, beide sluiten naar mijn mening te weinig aan bij de economische realiteit van het in eigen beheer gehouden

<sup>325</sup> R. van den Broek en D.S. Siesling, 'Disconteringsvoet bij pensioenwaarderingen', *De Actuaris* 2009/05, p. 42.

pensioen.

RJ geeft geen definitie van hoogwaardige bedrijfsobligaties. In de praktijk wordt daar echter onder verstaan bedrijfsobligaties met een kredietwaardigheid van AA of beter.<sup>326</sup> De RJ laat zich ook niet uit over de looptijd van de marktrente van de hoogwaardige bedrijfsobligaties waarop de rekenrente gebaseerd moet zijn. Het is redelijk te veronderstellen dat rekening moet worden gehouden met de specifieke omstandigheden van het verzekerde pensioen en de leeftijd van de verzekerde. Deze veronderstelling leidt ertoe dat de actuele marktrente ingevuld wordt met de marktrente van de hoogwaardige bedrijfsobligaties met een looptijd van 5 tot 20 of 30 jaar. Naar mijn mening kan bij looptijden langer dan 20 jaar gebruik worden gemaakt van de UFR aangezien dit als algemeen aanvaard kan worden beschouwd. De economische realiteit van het pensioen in eigen beheer wordt mijns inziens met name bepaald door de wijze waarop het pensioen is gefinancierd.

Het pensioen kan gefinancierd worden door middel van afgescheiden kapitaalvorming (beleggingen). Dit kapitaal kan bestaan uit effecten zoals obligaties en aandelen, maar ook uit bijvoorbeeld vastgoed. Als de beleggingen buiten de risicosfeer van de onderneming worden gebracht is sprake van extern eigen beheer. De rente die vreemd vermogen verschaffers in rekening brengen is een afspiegeling van het gepercipieerde risico van de onderneming. Voor de voorziening voor de pensioenverplichting heeft de rekenrente naar mijn mening een andere betekenis. Met name in situaties van extern eigen beheer geeft de rekenrente het minimale vereiste rendement aan dat behaald moet worden door de rechtspersoon met het beleggen van de premies wil het later aan zijn verplichtingen kunnen voldoen. Het ligt in die situaties voor de hand om daarbij uit te gaan van de actuele marktrente die zo veel mogelijk samenhangt met de feitelijke beleggingsactiviteiten van het pensioenlichaam. Als belegd wordt met weinig risico geniet de marktrente voor staatsobligaties of bedrijfsobligaties met een hoge kredietwaardigheid mijn voorkeur. Een opslag op deze rendementen vanwege de risicosfeer van de pensioen-bv kan achterwege blijven, mits geen of zeer beperkt sprake is van vreemd vermogen. Mijns inziens zal ook rekening moeten worden gehouden met de fase waarin de pensioenverzekering zich bevindt. Een pensioen in de uitkerende fase vraagt om een andere beleggingsstrategie, en dus een andere rekenrente, dan een pensioen dat in de eerste opbouwjaren zit. Veelal kan niet als maatschappelijk aanvaard worden beschouwd een zeer risicovolle wijze van beleggen. De beleggingen kunnen ook binnen de risicosfeer van de onderneming blijven. Bij intern eigen beheer zal naar mijn mening de gehanteerde rekenrente af moeten hangen van de feitelijke beleggingen, de overige feitelijke omstandigheden en de ondernemingsactiviteiten. Een overige feitelijke omstandigheid kan zijn dat in de pensioenovereenkomst een verplichting is opgenomen om het pensioen op de pensioendatum over te dragen aan een (professionele) verzekeraar. In dat geval zal op de pensioendatum een bepaald kapitaal beschikbaar moeten zijn waarop de beleggingsstrategie is afgestemd. Met name de laatste jaren waarin het pensioen in eigen beheer wordt gehouden mag dan worden aangenomen dat risicomijdend wordt belegd waardoor de gehanteerde rekenrente laag is. Afhankelijk van specifieke

<sup>326</sup> R. van den Broek en D.S. Siesling, 'Disconteringsvoet bij pensioenwaarderingen', *De Actuaris* 2009/05, p. 42.

omstandigheden en het risicoprofiel van de onderneming kan sprake zijn van een opslag. Door de opslag wordt de rekenrente hoger en de voorziening lager. Dit reflecteert dat een kans bestaat dat het pensioen nooit uitgekeerd wordt. De rekenrente is lager dan bij het hierna te bespreken systeem omdat door de opbouw van (afgescheiden) kapitaal de onderneming feitelijk minder faillissementsrisico loopt. Het bezit van (liquide) middelen is vanuit een risicoperspectief gezien het tegenovergestelde van schuld.

De tweede wijze van financiering is dat ten tijde van de ingang van het pensioen activa van de onderneming of de materiële onderneming zelf wordt verkocht of geliquideerd. In dit geval komt het mij voor dat de gehanteerde rekenrente in overeenstemming is met het risicoprofiel van de onderneming. Dit kan zijn het rendement op ondernemingsobligaties met een kredietwaardigheid van AA, maar het zou naar mijn mening ook een lagere of hogere kredietwaardigheid kunnen zijn. Uiteraard zal wel daadwerkelijk activa aanwezig moeten zijn. Met name bij eenpersoons vennootschappen in de dienstverlening hoeft dit niet het geval te zijn.<sup>327</sup> In die gevallen zal ook doorgaans geen sprake zijn van een vervreembare onderneming, daar de enig aandeelhouder “de onderneming is”. Naar mijn mening kan niet voor dit systeem worden gekozen indien geen sprake is van activa die verkocht of geliquideerd kan worden vanwege strijd met art. 2:362 BW. De balans geeft dan niet getrouw de grootte van het vermogen weer. Gedurende de opbouw van het pensioen kan naar mijn mening het risicoprofiel van de onderneming wijzigen met overeenkomstige wijziging in de gehanteerde rekenrente. Nadat de activa is verkocht en het pensioen in de uitkerende fase is beland zal naar mijn mening de gehanteerde rekenrente rekening moeten houden met, indien van toepassing, het risico van de onderneming die resteert en met het rendement op de beleggingen. Het kan in specifieke situaties de vraag zijn of het maatschappelijk wenselijk is als het op te bouwen pensioen fiscaal gefaciliteerd wordt boven een bepaalde grens.<sup>328</sup> In deze situaties zal de economische realiteit, namelijk de economische onmogelijkheid een pensioen uit te keren, moeten prevaleren boven de juridische realiteit. Ook gezien art. 2:362 lid 4 BW, dat voorschrijft dat moet worden afgeweken van de bepalingen van Titel 9 Boek 2 BW indien dit de betrouwbaarheid van de jaarrekening ten goede komt, is de opname van een voorziening voor een pensioenverplichting naar mijn mening niet toegestaan in deze situaties.

Bij grotere ondernemingen is het mijns inziens niet onmogelijk dat het uit te keren pensioen wordt gefinancierd uit de cash flow die door de materiële onderneming van de rechtspersoon wordt gegenereerd. De arbeidsovereenkomst van de DGA wordt op de pensioendatum ontbonden en in plaats van loon keert de bv pensioen uit. Het pensioen blijft dan in de risicosfeer van de onderneming. In dit geval heeft het mijn voorkeur als de te hanteren rekenrente gebaseerd wordt op het rendement op bedrijfsobligaties. De keuze van de kredietwaardigheid van de bedrijfsobligaties dient naar mijn mening overeen te komen met het risicoprofiel van de onderneming. Ook in de uitkerende fase van het pensioen zal de rekenrente relatief hoog moeten zijn vanwege de risicosfeer waarin het pensioen blijft verkeren.

<sup>327</sup> Denk aan adviseurs, medici, accountants en bijvoorbeeld audiovisuele productiebedrijven.

<sup>328</sup> Zie paragraaf 5.3 voor een verdere behandeling van dit onderwerp.

Ik concludeer dat de regel die RJ hanteert dat de rekenrente gebaseerd is op de actuele marktrente van hoogwaardige ondernemingsobligaties niet altijd even goed aansluit bij de economische realiteit en de wijze waarop de financiering van het pensioen is vormgegeven. Met name de omstandigheid dat pensioen kan worden opgebouwd zonder dat dit ten koste gaat van liquide middelen wordt veelal gezien als een (maatschappelijk) voordeel van pensioen in eigen beheer. Ik nuanceer dat voordeel tot die gevallen waarin de onderneming werkelijk ter financiering van het pensioen kan dienen of waarin de onderneming genoeg cash flow genereert waaruit het pensioen kan worden voldaan. Het komt mij voor dat de wijze waarop de fiscale facilitering is vormgegeven daarmee rekening houdt. Dat is op dit moment niet het geval.

#### 4.5 De uitkering

Met ingang van 1 oktober 2012 zijn de wetten Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht van toepassing geworden.<sup>329</sup> Deze herziening van het bv-recht moet de regels voor bv's eenvoudiger en flexibeler maken door “*meer vrijheid van inrichting en een evenwichtig systeem van crediteurenbescherming*”.<sup>330</sup> Door het bv-recht flexibeler te maken kan de bv beter en makkelijker aangepast worden aan individuele situaties en eisen. Met het flexibel bv-recht ontstaat de maatwerk-bv. Gezien de onderzoeksdoelstelling van deze scriptie is het van belang te onderzoeken wat de gevolgen zijn van het pensioen in eigen beheer in samenhang met een uitkering door de bv die het pensioen houdt. Zoals in paragraaf 4.3 besproken heeft de jaarrekening maar beperkt nut voor kleine rechtspersonen. De functie van de jaarrekening die in deze paragraaf wordt besproken houdt verband met de uitkering.

De algemene vergadering is bevoegd tot bestemming van de winst en tot vaststelling van uitkeringen (art. 2:216 lid 1 BW). Met bestemming van winst wordt bedoeld dat deze geheel of gedeeltelijk wordt gereserveerd dan wel uitgekeerd aan aandeelhouders. Op grond van art. 2:210 lid 3 BW wordt de jaarrekening, en daarmee de winst die gereserveerd dan wel uitgekeerd wordt, in beginsel vastgesteld door de algemene vergadering. Het vaststellen van uitkeringen strekt ertoe dat winst wordt uitgekeerd of dat een uitkering uit de vrije reserve plaatsvindt. Een uitkering kan slechts plaatsvinden voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten (de gebonden reserves) moeten worden aangehouden (art. 2:216 lid 1 BW). Dit wordt doorgaans aangeduid als de balanstest of vermogenstoets. De wettelijke reserves worden genoemd in art. 2:373 lid 1 en lid 4 BW. Aangezien wettelijke en statutaire reserves veelal kunnen worden omgezet in kapitaal is de doeltreffendheid van de balanstest beperkt. Beckman is in een kritisch artikel daarom van mening dat de balanstest beter kan vervallen.<sup>331</sup> Om vast te stellen of aan de balanstest wordt voldaan is de

<sup>329</sup> Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), *Stb.* 2012, 299; Wet van 18 juni 2012 tot aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), *Stb.* 2012, 300.

<sup>330</sup> Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 1.

<sup>331</sup> H. Beckman, 'De uitkeringstoets', *Ondernemingsrecht* 2012/117, p. 4.

vermogenspositie van de rechtspersoon op het moment van de uitkering beslissend.<sup>332</sup> De jaarrekening kan daarbij als hulpmiddel dienen. Ik concludeer dat de jaarrekening zelfs met betrekking tot de uitkering nauwelijks nut heeft. De waarde van het eigen vermogen en de gebonden reserves zal uit de boekhouding moeten blijken. In tegenstelling tot andere landen kent Nederland geen regelgeving die ziet op boekhoudplannen.<sup>333</sup> Zulke wetgeving is echter naar mijn mening effectiever en efficiënter dan het huidige jaarrekeningenrecht en zou daarvoor in de plaats moeten komen. Overigens moet op grond van art. 2:10 lid 1 BW te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Dat artikellid schrijft echter niet voor op welke manier dat zou moeten gebeuren of welke grondslagen gehanteerd moeten worden. Het tweede lid van artikel 2:216 BW stelt dat het bestuur het uitkeringsbesluit moet goedkeuren. Goedkeuring dient het bestuur te weigeren indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Deze toets wordt aangeduid met de uitkeringstoets of liquiditeitstest. In het derde lid van artikel 2:216 BW wordt het bestuur jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden voor tekorten die door de uitkering zijn ontstaan indien ten tijde van de uitkering het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De bestuurdersaansprakelijkheid is gegrond op art. 2:9 BW (behoorlijke taakvervulling). Daaruit volgt dat voor aansprakelijkheid vereist is dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt.<sup>334</sup> Dit lid voorziet ook in een disculpatie mogelijkheid voor de bestuurder aan wie het niet te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan en die bovendien niet nalatig is geweest. Verder wordt in dit lid de ontvanger gehouden tot vergoeding van een tekort indien deze wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De bestuurder heeft op grond van de vijfde zin van het artikellid een regresvordering op de aandeelhouder te kwader trouw. De bestuurder kan zich verder van zijn aansprakelijkheid kwijten door een beroep te doen op verleende decharge.<sup>335</sup> De fiscale en civielrechtelijke gevolgen van het terugbetalen van een uitkering door een aandeelhouder blijven hier overigens verder onbesproken.<sup>336</sup> Het bestuur zal op het moment van uitbetalen rekening moeten houden met alle relevante gegevens. Hulpmiddelen kunnen daarbij zijn financiële maatstaven zoals de liquiditeit, solvabiliteit en rentabiliteit. Hij kan zijn oordelen mede baseren op de (commerciële) balans van het afgelopen boekjaar, mits hij rekening houdt met relevante omstandigheden na het boekjaar. Een bestuurder kan zijn oordeel niet ongesanctioneerd baseren op een balans waarin de financiële positie van de vennootschap bewust te rooskleurig wordt voorgesteld. Alhoewel dit niet in strijd hoeft te zijn met het jaarrekeningrecht, mag de bestuurder zich hier niet op beroepen. Door deze ruime werking, namelijk rekening houden met alle

<sup>332</sup> Kamerstukken II 2011/12, 32 426, nr. 21, p. 2.

<sup>333</sup> H. Beckman, 'De uitkeringstoets', *Ondernemingsrecht* 2012/117, p. 2.

<sup>334</sup> H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, 'De BV uit de steigers!', *Ondernemingsrecht* 2012/116, p. 4 en 6 – 7.

<sup>335</sup> H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, 'De BV uit de steigers!', *Ondernemingsrecht* 2012/116, p. 7.

<sup>336</sup> Zie daarover G.T.K. Meussen, 'De Flex-BV en de gevolgen voor de vennootschapsbelasting', *TFO* 2013/127.3 en J.L. van de Streek, 'De nog steeds starre fiscale aspecten van de flexibele bv' (deel 1 en deel 2), *WFR* 2011/819 resp. *WFR* 2011/846.



feiten en omstandigheden op het moment van uitkeren, legt de wetgever bewust een verantwoordelijkheid bij het bestuur die veel financiële kennis vooronderstelt.<sup>337</sup> Het bestuur zal deze financiële kennis in huis moeten hebben of gebruik moeten maken van de advisering van een financieel deskundige. Art. 2:216 BW is mede gedeeltelijk van toepassing op vermindering van het geplaatste kapitaal door intrekking van aandelen of door het bedrag van aandelen bij statutenwijziging te verminderen zoals geregeld in art. 2:208 BW. De inkoop van eigen aandelen zoals bedoeld in art. 2:207 BW kent een overeenkomstige formulering voor een vermogenstoets en uitkeringstest, evenals de koop van aandelen in het kapitaal van de bv door een dochtermaatschappij (art. 2:207d lid 1 BW). Zolang de bv haar zorgvuldigheid bij de uitkering van dividend betracht, kan zij, eventueel na een statutenwijziging, bijna al haar kapitaal en winstreserves uitkeren. Doet dit zich voor bij een bv waarbij pensioen in eigen beheer wordt opgebouwd, dan neemt de Belastingdienst het standpunt in dat sprake kan zijn van een (gedeeltelijke) afkoop van het pensioen.<sup>338</sup> Hierin lopen de civiele en fiscale wetgeving uiteen met potentieel vergaande consequenties.<sup>339</sup> De mogelijke fiscale gevolgen van de uitkering worden behandeld in paragraaf 5.6. Daar beoordeel ik ook het standpunt van de Belastingdienst op fiscaal-juridische gronden.

#### **4.6 Conclusie**

In dit hoofdstuk is enig ondernemingsrecht behandeld dat relevant is voor de rechtspersoon die een pensioen in eigen beheer houdt. Het onderzoek heeft plaatsgevonden aan de hand van de onderzoeksvraag “De regelgeving van het BW houdt voldoende rekening met kleine vennootschappen en met situaties waarin een pensioen in eigen beheer wordt gehouden.” Ik concludeer dat het BW te weinig rekening houdt met kleine rechtspersonen die een pensioen in eigen beheer houden.

Geconcludeerd is dat het jaarrekeningenrecht nauwelijks een functie vervult voor de veelal in omvang bescheiden bv die een pensioen in eigen beheer houdt en om die reden als ineffectief moet worden bestempeld. Het jaarrekeningenrecht heeft zelfs geen functie ten aanzien van pensioen-bv's. Een mogelijke verbetering is de invoering van regelgeving die ziet op boekhoudplannen. Op die boekhouding kan dan eveneens de eventuele uitkering door de rechtspersoon worden gestoeld. Het regime voor micro-entiteiten en de SUP kunnen hier verdere verbetering in brengen. Hoewel de waardering voor kleine rechtspersonen op fiscale grondslagen wellicht tot een verlichting van administratieve kosten leidt, concludeer ik dat deze regeling in strijd is met het doel en de strekking van de jaarrekening en beter geschrapt kan worden. Rechtspersonen zijn verplicht een jaarrekening op te maken en te publiceren. Ik concludeer dat die verplichtstelling niet noodzakelijk is en daardoor niet efficiënt is en tot onnodige administratieve kosten leidt. Het jaarrekeningenrecht voorziet niet in specifieke bepalingen die zien op de waardering van de pensioenverplichting. De RJ geeft in een richtlijn wel zijn zienswijze op die waardering. Ik concludeer dat de RJ weinig gedetailleerd is waardoor

<sup>337</sup> Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 32.

<sup>338</sup> CAP, *Vraag & Antwoord 12-008 d.d. 21092012*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_12-008.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_12-008.htm) [02-03-2015].

<sup>339</sup> Zie voor de mogelijke fiscale gevolgen van afkoop paragraaf 3.8.

veel onduidelijkheid resteert. Met betrekking tot de waardering van voorwaardelijke indexaties is de ambivalente zienswijze ongewenst. Voorts concludeer ik dat de rekenrente die RJ voorschrijft te weinig rekening houdt met de economische realiteit en de omstandigheden van de rechtspersoon die het pensioen in eigen beheer houdt en dat de voorgeschreven rekenrente te ruim geformuleerd is. Voor een uitkering op de voet van art. 2:216 BW is een balans- en een uitkeringstest vereist. Ik concludeer dat de balansstest op grond van het effectiviteitscriterium beter kan komen te vervallen daar de doeltreffendheid daarvan gering is.

## 5 Vennootschapsbelasting

### 5.1 Inleiding

Een lichaam dat een pensioen in eigen beheer houdt is belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. In dit hoofdstuk worden de gevolgen daarvan geanalyseerd. Daartoe staan in dit hoofdstuk twee onderzoeksvragen centraal: “In hoeverre is belastingplicht voor pensioenlichamen wenselijk en in hoeverre voldoet het huidige regime aan het effectiviteits-, efficiëntie- en rechtvaardigheids criterium?” De laatste vraag wordt zowel op het niveau van individuele regelingen gezien als in zijn geheel. Bijzonderheden die verband houden met een fiscale eenheid zoals bedoeld in art. 15 Wet VpB 1969 blijven buiten beschouwing.<sup>340</sup> Het hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf 5.2 wordt de wenselijkheid van de subjectieve belastingplicht voor pensioenlichamen behandeld. In paragraaf 5.3 komt aan de orde wat de fiscale criteria zijn voor het vormen van een voorziening. In de paragrafen 5.4 en 5.5 worden de fiscale gevolgen van het houden van respectievelijk een pensioen in intern eigen beheer en een pensioen in extern eigen beheer geanalyseerd. In paragraaf 5.6 worden de mogelijke fiscale gevolgen van een dividenduitkering behandeld die specifiek spelen bij een vennootschap die een pensioen in eigen beheer houdt. Dit hoofdstuk sluit in paragraaf 5.7 af met een conclusie.

### 5.2 Subjectieve belastingplicht

Art. 2 Wet VpB 1969 regelt van welke lichamen vennootschapsbelasting wordt geheven.<sup>341</sup> In het kader van dit onderzoek is onderdeel a van het eerste lid van dat artikel van belang welke de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid aanwijst als binnenlandse belastingplichtige. Wat precies onder een bv moet worden verstaan wordt niet geregeld in de Wet VpB 1969, maar in art. 2 lid 6 Wet VpB wordt een bewijsvermoeden (bestaansfictie) geformuleerd dat aansluiting zoekt bij de inschrijving in het handelsregister. Fiscaal gezien kan echter ook sprake zijn van belastingplicht zonder dat sprake is van een inschrijving in het handelsregister<sup>342</sup> of van een vennootschap die civielrechtelijk niet bestaat, bijvoorbeeld door het ontbreken van een oprichtingsakte.<sup>343</sup> Met betrekking tot de subjectieve belastingplicht spreekt Van de Streek over een beeld van onvervalst pragmatisme en lenigheid van belastingwetgeving, wat ik een toepasselijke verwoording vind.<sup>344</sup> Voor binnenlandse belastingplicht moet sprake zijn van een in Nederland gevestigd lichaam. Onder Nederland wordt verstaan Nederland zoals bedoeld in art. 2 lid 3 onderdeel d onder 2° AWR. Waar het lichaam feitelijk is gevestigd wordt op grond van art. 4 lid 1 AWR naar de omstandigheden beoordeeld. Fiscaalrechtelijk is een lichaam in beginsel gevestigd op de plaats waar de feitelijke hoofdleiding van het lichaam zich bevindt.<sup>345</sup> Echter, art. 2 lid 4 Wet VpB 1969 bepaalt dat voor de toepassing van de vennootschapsbelasting een naar Nederlands recht opgericht lichaam steeds geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd, behalve voor

<sup>340</sup> Zie bijvoorbeeld Rb Gelderland 6 februari 2014, nr. AWB 13/514, V-N 2014/19.20.8.

<sup>341</sup> Het gebezigde woord lichamen dient als verzamelbegrip voor alle belastingplichtigen van de vennootschapsbelasting. Zie Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, p. 17.

<sup>342</sup> HR 16 november 1966, nr. 15 636, BNB 1967/28.

<sup>343</sup> P.H.J. Essers en S.A. Stevens (red.), *Fiscaal commentaar, Vennootschapsbelasting*, Deventer:Kluwer 2008, p. 26.

<sup>344</sup> Van de Streek, in: *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.1.B.a* (online, laatst bijgewerkt 3 februari 2015).

<sup>345</sup> Van de Streek, in: *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.2.b1* (online, laatst bijgewerkt 3 februari 2015).

de in dat artikellid genoemde uitzonderingen. Deze vestigingsplaatsfictie kan echter door de werking van belastingverdragen ter zijde worden geschoven.<sup>346</sup> Het tweede lichaam dat subjectief belastingplichtig is voor de heffing van de vennootschapsbelasting waar ik de aandacht op wil vestigen is de stichting. Op grond van art. 2 lid 1 onderdeel e Wet VpB 1969 is de stichting belastingplichtig indien en voor zover zij een onderneming drijft. Aangezien de Wet VpB 1969 niet bepaalt wat onder een stichting moet worden verstaan kan aangenomen worden dat hiervoor aansluiting moet worden gezocht bij de betekenis van het begrip in het algemeen dagelijks spraakgebruik en bij Titel 6 van Boek 2 van het BW. Door de voor zover bepaling wordt, in tegenstelling tot de lichamen vermeld in art. 1 lid 5 Wet VpB 1969 (waaronder de bv), de stichting niet geacht met behulp van haar gehele vermogen een onderneming te drijven. Wat onder onderneming moet worden verstaan is met name in de jurisprudentie bepaald<sup>347</sup> en algemeen aanvaard is dat wordt aangesloten bij de criteria uit de Wet IB 2001.<sup>348</sup> Een gangbare definitie is “*een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid welke door deelname aan het economische verkeer beoogt winst te maken*”.<sup>349</sup> Een stichting die enkel vermogen beheert dat bedoeld is voor pensioenuitkeringen is niet altijd aan te merken als een onderneming en is daardoor zonder aanvullende bepaling niet belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting.<sup>350</sup> Zo is geoordeeld in Hof 's-Hertogenbosch 10 december 1980, nr. 539/1978, *BNB* 1982/64 dat een stichting directiepensioenfonds, mede in aanmerking genomen haar statutaire doel, geen onderneming drijft nu niet aannemelijk is dat zij beoogt winst te behalen. In Hof 's-Hertogenbosch 8 december 1989, nr. 3929/1987, *BNB* 1991/140 is geoordeeld dat van een stichting met slechts één deelnemer niet kan worden gezegd dat het verzekeren van pensioenen de hoofdwerkzaamheid van de stichting is, maar dat sprake is van normaal vermogensbeheer (r.o. 6.2 en 6.3). Op grond van de omstandigheden oordeelde het Hof verder dat de stichting niet in concurrentie treedt met ondernemingen, maar zich wezenlijk onderscheid van ondernemingen die zich bedrijfsmatig bezighouden met het verzekeren van pensioenen (r.o. 6.4). De wetgever achtte het onwenselijk dat pensioenlichamen onder bepaalde omstandigheden niet subjectief belastingplichtig waren. Art. 4 Wet VpB 1969 bepaalt daarom wat mede moet worden verstaan onder het drijven van een onderneming, waaronder de pensioenstichting (onderdeel b van art. 4 Wet VpB 1969). Vervolgens bepaalt art. 5 lid 1 onderdeel b Wet VpB 1969, kort gezegd, dat de pensioenfondsen vrijgesteld van de vennootschapsbelasting zijn.<sup>351</sup> Een uitzondering op de vrijstelling staat in art. 5 lid 2 Wet VpB 1969. Vennootschappen waarvan het kapitaal in aandelen is verdeeld en waarin door een werknemer of zijn familieleden een kwalificerend belang wordt of werd gehouden (onderdeel a) en andere lichamen die pensioenregelingen uitvoeren van werknemers of zijn familieleden die een kwalificerend belang hebben of hadden (onderdeel b) zijn daardoor

<sup>346</sup> Zie art. 4 lid 3 OESO-modelverdrag; *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*, p. 32–33, bijlage bij Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7.

<sup>347</sup> Zie voor een overzicht van jurisprudentie bijvoorbeeld onderdeel 4 van de conclusie van A-G Van Ballegooijen bij HR 12 september 2008, nr. 42 915, *BNB* 2008/276 (noot Lubbers).

<sup>348</sup> Van de Streek, in: *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.4.a* (online, laatst bijgewerkt 3 februari 2015).

<sup>349</sup> H.J. Bresser, *Belastingplicht voor de vennootschapsbelasting van stichtingen en verenigingen* (Fiscale Geschriften, deel 26), Den Haag:SDU Fiscaal 2013, paragraaf 4.3.

<sup>350</sup> Zie aangehaalde jurisprudentie in Kamerstukken II 1988/89, 21 198, nr. 3, p. 110.

<sup>351</sup> Aanvullende voorwaarden voor vrijstelling staan in art. 3 Uitvoeringsbesluit vennootschapsbelasting 1971.

belastingplichtig. Door de werking van art. 5 lid 2 Wet VpB 1969 staat buiten kijf dat een extern pensioenlichaam belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting is. Het maakt daarbij niet uit of dat lichaam een bv of een stichting is. In HR 21 september 2001, nr. 35 857, *BNB* 2002/51 (concl. Van Kalmthout, noot Van der Geld) is geoordeeld dat geen sprake is van ongelijke behandeling van vrijgestelde pensioenlichamen ten opzichte van lichamen die niet zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting.<sup>352</sup> Het derde lid van art. 5 Wet VpB 1969 bepaalt wat moet worden verstaan onder een pensioenregeling.

De wenselijkheid van belastingplicht voor directiepensioenlichamen wordt door de wetgever ingegeven met de overweging dat vergeleken met pensioenfondsen familieleden greep hebben op de in het lichaam ondergebrachte middelen en dat de winst niet uitsluitend of nagenoeg uitsluitend ten goede komt aan de deelnemers.<sup>353</sup> Met die overweging ben ik het ten dele eens. In gevallen waarin het kapitaal volledig wordt uitgekeerd komen de in het lichaam ondergebrachte middelen wel degelijk uitsluitend ten goede aan de deelnemer(s). De wetgever overweegt dat de vrijstelling "*werd ingegeven door de overweging dat het hier gaat om activiteiten die normaliter niet tot het behalen van winst zullen leiden*".<sup>354</sup> Maar constateert eveneens dat permanente overschotten waren ontstaan en dat een tendens werd bespeurd om zoveel mogelijk, binnen de fiscale grenzen, te doteren aan de pensioen-bv waarvan de aandelen doorgaans in handen zijn van de kinderen van de DGA.<sup>355</sup> Dit argument is inmiddels ten dele achterhaald door de werking van art. 13a SW. Tegen het maximaal gebruik maken van de fiscale ruimte heb ik geen bezwaar, mits de fiscale facilitering daadwerkelijk ten goede komt aan het pensioen en evenwicht bestaat tussen facilitering en de heffing van belasting.<sup>356</sup> Volgens Stevens bestaan geen principiële bezwaren tegen subjectieve belastingplicht voor pensioenlichamen, maar hij plaatst daar wel twee kanttekeningen bij.<sup>357</sup> Ten eerste zal die belastingplicht waarschijnlijk tot gevolg hebben dat de vestiging van pensioenlichamen in belastingparadijzen wordt gestimuleerd. Op dit internationale aspect ga ik verder niet in. De tweede kanttekening betreft de eenvoud van de uitvoering en de aanzienlijke verzwarende van de werklast. Daar merkt Stevens nog terloops bij op dat het bepalen van de jaarwinst door de nogal arbitraire vaststelling van de omvang van de verplichtingen een onbevredigende exercitie is. Hij bepleit dan ook dat pensioenlichamen slechts eenmaal per drie jaar aangifte vennootschapsbelasting zouden hoeven te doen, tenzij sprake is van overlijden. Ik kan mij globaal vinden in Stevens' mening, maar naar mijn mening zou een evenwichtigere regeling voor lichamen die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend de verzorging van (gewezen) werknemers en hun familieleden ten doel stellen uitsluitend het sterfteresultaat belasten. Het sterfteresultaat wordt dan in de vennootschapsbelasting betrokken, de aanwas van de waarde van de aandelen in de pensioen-bv door art. 13a SW en de onttrekkingen en verkoop van aandelen worden in de IB-sfeer belast volgens het

<sup>352</sup> In de zin van art. 26 IVBPR en art. 14 EVRM.

<sup>353</sup> Kamerstukken II 1988/89, 21 198, nr. 3, p. 34.

<sup>354</sup> Kamerstukken II 1988/89, 21 198, nr. 3, p. 32.

<sup>355</sup> Kamerstukken II 1988/89, 21 198, nr. 3, p. 32; Kamerstukken II 1988/89, 21 198, nr. 3, p. 34.

<sup>356</sup> Zie paragraaf 3.7.

<sup>357</sup> L.G.M. Stevens, 'Het pensioenregime in de herwaardering', *WFR* 1989/1077, p. 8.

aanmerkelijkbelangregime. Een nog beter alternatief, waarbij volgens mij meer evenwicht wordt gevonden tussen fiscale facilitering en heffing van belasting van pensioenlichamen, is een systeem waar bij het overlijden van de pensioengerechtigde de resterende voorziening geacht wordt te zijn uitgekeerd aan de pensioengerechtigde vlak voor het moment van overlijden. Zodoende vindt zowel de fiscale facilitering als de heffing ter zake van de pensioenregeling uitsluitend in de loonsfeer plaats. Art. 13a SW is dan mijns inziens overbodig en kan geschrapt worden evenals de belastingplicht voor pensioenlichamen die uitsluitend optreden als de verzekeraar van een pensioen. Eventueel kan een regeling worden getroffen om de progressie van de loonbelasting te matigen, bijvoorbeeld door te heffen naar het gemiddelde tarief of door middeling. De subjectieve belastingplicht van pensioenlichamen is mijns inziens inefficiënt. De uitvoeringslast is relatief hoog en de opbrengsten zijn mijns inziens beperkt.<sup>358</sup> De vraag rijst evenwel of het wenselijk is dat andere lichamen die, evenals het pensioenlichaam, zijn aan te merken als passief, eveneens subjectief vrijgesteld dienen te worden. Dat is mijns inziens niet het geval. Een lichaam dat uitsluitend een pensioenregeling uitvoert voor één of enkele gerechtigden kan naar mijn mening worden vrijgesteld van de heffing van vennootschapsbelasting omdat de heffing volledig in de loonsfeer kan plaatsvinden. Dat is bij andere passieve lichamen niet het geval en in die zin is geen sprake van gelijke gevallen.

### 5.3 Voorzieningen

De in een kalenderjaar genoten winst wordt op grond van art. 3.25 Wet IB 2001 bepaald volgens goed koopmansgebruik met inachtneming van een bestendige gedragslijn die onafhankelijk van de vermoedelijke uitkomst is. Voor kalenderjaar moet op grond van art. 7 lid 4 VpB worden verstaan boekjaar. Goed koopmansgebruik is een veelomvattend begrip binnen het fiscale recht. Het is bewust door de wetgever open gehouden zodat het zich aan de hand van de jurisprudentie van de Hoge Raad kan aanpassen aan de maatschappelijke ontwikkelingen. In dit opzicht wordt wel gesproken van “*flexibiliteit*” en een “*dynamisch begrip*”.<sup>359</sup> Met het begrip goed wordt volgens Fray aangegeven dat het koopmansgebruik dient aan te sluiten bij het doel waar het voor is bestemd; de heffing van (vennootschaps)belasting.<sup>360</sup> Uitgaande van het doel waarvoor het begrip goed koopmansgebruik is bestemd kan uit de jurisprudentie een drietal hoofdbeginselen worden afgeleid. Het realiteitsbeginsel,<sup>361</sup> voorzichtigheidsbeginsel en het eenvoudsbeginsel. Om tot een juiste toerekening van ontvangsten en uitgaven aan de jaren waarop zij betrekking hebben te komen, zal door het lichaam dat een pensioen in eigen beheer houdt doorgaans een pensioenvoorziening worden gevormd. In de Wet VpB 1969 en de Wet IB 2001 2001 zijn geen regels opgenomen die toezien op het vormen van een voorziening, met uitzondering van art. 3.53 Wet IB 2001 dat ziet op fiscale reserves.<sup>362</sup> De relevante criteria voor het vormen van een voorziening komen voort uit het goed koopmansgebruik en zijn in de rechtspraak

<sup>358</sup> Ik heb geen onderzoek verricht naar de belastingopbrengst van pensioenlichamen.

<sup>359</sup> Kamerstukken II 1997/98, 25 810, nr. 2, p. 6.; Kamerstukken II 1973/74 13 004, nr. 3, p. 3.

<sup>360</sup> J.A. Fray, 'Goed koopmansgebruik', *WFR* 1955/107, p. 3.

<sup>361</sup> Waaronder het veroorzakingsbeginsel en het matchingbeginsel.

<sup>362</sup> Sommige fiscale reserves hebben deels het karakter van een voorziening. De kostenegaliseringsreserve is bijvoorbeeld te duiden als een voorziening. Zie voor het onderscheid tussen reserve en voorziening Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht* IB.3.2.25.A.b. (online, laatst bijgewerkt 10 maart 2014).

ontwikkeld. Het doel van een voorziening is te komen tot een juiste toerekening van verwachte toekomstige uitgaven en verliezen aan het jaar waarop zij betrekking hebben. In het baksteenarrest, HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, *BNB* 1998/409 (noot De Vries) geeft de Hoge Raad in r.o. 3.6 de momenteel te hanteren criteria. Essers noemt de oorsprongvoorwaarde, de goed koopmansgebruikvoorwaarde en het geredekanscriterium.<sup>363</sup> Dieleman en de minister van Financiën spreken over de oorsprongeis, de toerekeningseis en de zekerheidseis.<sup>364</sup> De oorsprongeis houdt in dat de feiten die ten grondslag liggen aan de toekomstige uitgaven waarvoor een voorziening wordt getroffen zich vóór de balansdatum hebben voorgedaan. Maar, op grond van HR 11 april 2008, nr. 44 089, *BNB* 2008/168 kan met feiten en omstandigheden die na het opmaken van de fiscale balans over het onderhavige jaar maar vóór het definitief vaststaan van de aanslag vennootschapsbelasting over dat jaar bekend worden rekening worden gehouden. Met de toerekeningseis geeft de Hoge Raad aan dat de feiten die aanleiding geven voor het vormen van een voorziening ook voor het overige op grond van goed koopmansgebruik aan de desbetreffende periode kunnen worden toegerekend. Volgens de minister wordt daaraan voldaan als de toekomstige uitgaven niet zijn toe te rekenen aan toekomstige voordelen en ook naar hun aard geen kosten zijn van toekomstige jaren.<sup>365</sup> In zijn noot bij *BNB* 1998/409 (onderdeel 4) duidt De Vries erop dat de Hoge Raad met dit criterium beoogt een halt toe te roepen aan al te doldrieste belastingplichtigen wat betreft het opvoeren van fiscale voorzieningen. De zekerheidseis houdt in dat een redelijke mate van zekerheid moet bestaan dat de toekomstige uitgaven werkelijk zullen worden gedaan. Volgens de minister is dat het geval als de kans dat de uitgave daadwerkelijk zal worden gedaan groter is dan de kans dat de uitgave zich niet zal voordoen.<sup>366</sup> Essers en de redactie Vakstudie Nieuws zijn van mening dat in het Besluit van 6 augustus 2010 hiermee een te strenge invulling wordt gegeven van de zekerheidseis.<sup>367</sup> Ik kan mij daar in vinden. Zoals de auteurs betogen lijkt een kans van 30% meer in de lijn van de bedoeling van de Hoge Raad te liggen.<sup>368</sup> Op grond van onderdeel 2.15 van de conclusie van Plv. P-G Van Soest bij HR 19 juni 1996, nr. 30 823, *BNB* 1996/264 kom ik tot een zelfde oordeel. Voor met name nabestaandenpensioen is de kans relevant omdat het vormen van een voorziening voor dit pensioen in bepaalde gevallen in strijd met goed koopmansgebruik is gebleken vanwege de te geringe kans dat de toekomstige uitgaven zich zullen voordoen.<sup>369</sup>

## 5.4 Intern eigen beheer

### 5.4.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de fiscale gevolgen in de winstsfeer behandeld van het houden van een pensioen in intern eigen beheer. Intern eigen beheer heeft als voordeel dat geen liquide middelen de

<sup>363</sup> Essers, in: *Cursus Belastingrecht* IB.3.2.20.C.a (online, laatst bijgewerkt 7 april 2014).

<sup>364</sup> B. Dieleman, *Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2012, p. 205; Besluit van 6 augustus 2010, nr. DGB2010/3706M, *Stcrt.* 2010, 12741.

<sup>365</sup> Besluit van 6 augustus 2010, nr. DGB2010/3706M, *Stcrt.* 2010, 12741, paragraaf 2.2.

<sup>366</sup> Besluit van 6 augustus 2010, nr. DGB2010/3706M, *Stcrt.* 2010, 12741, paragraaf 2.3.

<sup>367</sup> Essers, in: *Cursus Belastingrecht* IB.3.2.20.C.c3 (online, laatst bijgewerkt 7 april 2014).

<sup>368</sup> Zie voor een overzicht van het fiscaal jargon <http://www.loonheffing.nl/besluiten/JARGON.html> [02-03-2015].

<sup>369</sup> HR 24 september 2004, nr. 39 079, *V-N* 2005/5.1.15.

onderneming verlaten. Andere voordelen ten opzichte van externe verzekering bij een beroepsverzekeraar zijn het hogere verwachte rendement op de beleggingen en het achterwege blijven van kosten- en winstopslag. Zoals Stevens mijns inziens terecht aangeeft zijn deze laatste twee voordelen beperkt en subjectief.<sup>370</sup> Nadeel van het pensioen in intern eigen beheer houden is dat het pensioen binnen de risicosfeer van de onderneming blijft en dat het pensioenkapitaal volledig uitgekeerd kan zijn vóór het overlijden van de DGA.<sup>371</sup> Vanuit de verzorgingsgedachte<sup>372</sup> is pensioen in eigen beheer ondergeschikt aan een pensioen dat is ondergebracht bij een beroepsverzekeraar. Deze constatering op zich leidt wat mij betreft overigens niet tot de conclusie dat pensioen in eigen beheer maatschappelijk onwenselijk is. Immers, het huidig inkomen van een DGA is ook meer risicovol dan het huidig inkomen van een niet-DGA/werknemer. Bij intern eigen beheer wordt op grond van goed koopmansgebruik op de balans van de werkgever een voorziening getroffen voor de toekomstige pensioenuitgaven. In deze paragraaf staat de waardering van deze pensioenverplichting centraal. Op grond van art. 3.29 Wet IB 2001 dient de verplichting gewaardeerd te worden met inachtneming van algemeen aanvaarde actuariële grondslagen. Loijenga noemt vijf onderdelen waarin het complex van actuariële grondslagen uiteengerafeld kan worden: (1) sterfte- c.q. levenskansen, (2) rekenrente, (3) kosten, (4) veiligheidsmarges en (5) methode van financiering.<sup>373</sup> A-G Van Kalmthout merkt in onderdeel 3.11 van zijn conclusie bij HR 28 september 2001, nr. 36 206, *BNB* 2002/54 (noot Slot) op dat actuariële grondslagen op zich niet een waarderings- of berekeningssysteem vormen, maar slechts de uitgangspunten daarvan zijn. Zijns inziens heeft als algemeen aanvaard te gelden dat wat gebruikt wordt binnen de actuariële praktijk. In de volgende onderdelen van deze paragraaf wordt de indeling van Loijenga gevolgd. De nadruk ligt hierbij op de waardering van de pensioenverplichting inzake de jaarwinst. In de laatste paragraaf wordt aandacht besteed aan problematiek die zich voordoet als de pensioenverplichting wordt overgedragen in welk geval met name het totaalwinstbegrip relevant is.

#### 5.4.2 Overlevingstafel

In de actuariële praktijk wordt op prudente wijze rekening gehouden met toenemende overlevingskansen.<sup>374</sup> Zo ook door levensverzekeraars en pensioenfondsen.<sup>375</sup> Met toenemende overlevingskansen kan rekening worden gehouden door overlevingstafels te gebruiken waarin een extrapolatie is opgenomen of door een leeftijdsterugstelling.<sup>376</sup> In HR 13 maart 1996, nr. 30 705, *BNB* 1996/217 (noot Slot) is geoordeeld dat het gebruik van leeftijdsterugstellingen in overeenstemming met goed koopmansgebruik is vanwege de omstandigheid dat levensverzekeringsmaatschappijen ook leeftijdsterugstellingen plegen te hanteren. De fiscale wetgever acht om budgettaire redenen het gebruik van de leeftijdsterugstelling onwenselijk.<sup>377</sup> Art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 bepaalt dat geen

<sup>370</sup> L.G.M. Stevens, *Pensioen in de winstsfeer*, Deventer:Kluwer 2010, p. 98.

<sup>371</sup> Het laatste nadeel geldt ook voor extern eigen beheer.

<sup>372</sup> Wat ook kan worden geïnterpreteerd als inkomenszekerheid.

<sup>373</sup> E.T. Loijenga, 'Algemeen aanvaarde actuariële grondslagen in de zin van art. 9b', *WFR* 1996/302, p. 1.

<sup>374</sup> E.T. Loijenga, 'Algemeen aanvaarde actuariële grondslagen in de zin van art. 9b', *WFR* 1996/302, p. 1.

<sup>375</sup> Art. 2 lid 3 Besluit FTK .

<sup>376</sup> Een leeftijdsterugstelling kan overigens ook andere functies hebben, zoals rekening houden met autoselectie.

<sup>377</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 3, p. 69–70.



overlevingstafel kan worden gehanteerd waarin rekening is gehouden met verwachtingen omtrent toekomstige levensverwachtingen en dat een leeftijdsterugstelling alleen kan worden toegepast ter correctie van het verschil tussen de gehanteerde overlevingstafel en een overlevingstafel van meer recente datum. Naar mijn mening is deze inbreuk op met name het realiteitsbeginsel van het goed koopmansgebruik onwenselijk. De kloof tussen fiscale en commerciële waardering wordt hierdoor namelijk vergroot. De regeling is mijns inziens wel effectief in het bereiken van het budgettaire doel. Maar nu pensioenopbouw inmiddels op andere wijze is beperkt is de regeling overbodig geworden.<sup>378</sup> Het budgettaire doel kan naar mijn mening beter worden bereikt door bijvoorbeeld het afschaffen van de eindloonregeling. De regeling voldoet hierdoor niet aan het efficiëntie criterium. Behalve overwegingen die misbruik van eigen beheer veronderstellen zie ik niet in waarom in de pensioenlast die een werkgever neemt waarvan de DGA onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds valt wel rekening mag worden gehouden met toenemende overlevingskansen.<sup>379</sup> Naar mijn mening is de regeling onrechtvaardig omdat het feit of een werkgever al dan niet onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds valt het onderscheid niet rechtvaardigt. Het lichaam dat een pensioen in eigen beheer heeft wordt onthouden wat gebruikelijk is in de actuariële praktijk en bij levensverzekeraars. In die zin zijn art. 3.29 Wet IB 2001 en art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 innerlijk tegenstrijdig.

#### 5.4.3 Rekenrente

In HR 28 juni 2000, nr. 34 169, *BNB 2000/275* (concl. Van Kalmthout, noot Hoogendoorn), r.o. 3.6 is geoordeeld dat uit moet worden gegaan van de *“geldende marktrente voor langlopende leningen ten tijde van het aangaan van de verplichtingen, met dien verstande dat bij een daling van de rentestand de verplichtingen dienovereenkomstig hoger mogen worden gewaardeerd en bij een nadien optredende stijging van de rentestand de verplichtingen dienovereenkomstig lager moeten worden gewaardeerd doch niet lager dan zij oorspronkelijk zijn gewaardeerd”*. Om de belastingplichtige tegemoet te komen in een antwoord op de vraag wat nu exact moet worden verstaan onder de geldende marktrente voor langlopende leningen publiceert de staatssecretaris jaarlijks het zogenaamde Marktrentebesluit.<sup>380</sup> Momenteel wordt de rekenrente echter beheerst door art. 3.29 Wet IB 2001. Op grond van art. 3.29 Wet IB 2001 dient een rekenrente in aanmerking te worden genomen van ten minste 4%. De achtergrond van art. 3.29 Wet IB 2001 wordt gevonden in de wens van de wetgever het lineaire systeem af te schaffen ter dekking van andere maatregelen.<sup>381</sup> Bij het lineaire systeem wordt (actuarieel) een doelvermogen bepaald dat lineair wordt verdeeld over de resterende dienstjaren. Het lineaire systeem houdt geen rekening met oprenting noch met sterfttekansen, maar werd op grond van het voorzichtigheidsbeginsel<sup>382</sup> en de eenvoud door de Hoge Raad aanvaard in gevallen waarin sprake

<sup>378</sup> Maximale in aanmerking te nemen grondslag en naar beneden bijgestelde opbouwpercentages. Wet van 2 juni 2014, *Stb.* 2014, 196 en *Stb.* 2014, 197.

<sup>379</sup> Deze overweging speelt bij extern eigen beheer, maar is hier opgenomen omdat dit de overzichtelijkheid van dit onderzoek ten goede komt.

<sup>380</sup> Besluit van 16 december 2014, nr. BLKB2014/2146M, *Stcrt.* 2014, 36895.

<sup>381</sup> Kamerstukken II 1992/93, 23 071, nr. 3, p. 7; Kamerstukken II 1992/93, 23 071, nr. A, p. 11.

<sup>382</sup> HR 7 mei 1980, nr. 19 335, *BNB 1980/274* (concl. Van Soest, noot Van Dijck).

is van intern eigen beheer.<sup>383</sup> Het lineaire stelsel werd in een geval waarin sprake is van extern eigen beheer in strijd met goed koopmansgebruik geacht in HR 28 september 2001, nr. 36 430, *BNB* 2002/55 (concl. Van Kalmthout, noot Van der Geld). Ten tijde van de inwerkingtreding van art. 3.29 Wet IB 2001 leek 4% voldoende laag te zijn om te voldoen aan het voorzichtigheidsbeginsel en sloot het aan bij de actuariële praktijk.<sup>384</sup> De rekenrente werd “voor de duidelijkheid” ingevuld door de wetgever.<sup>385</sup> Inmiddels is de marktrente reeds geruime tijd lager.<sup>386</sup> Essers is daarom van mening dat het minimum van 4% thans zijn doel voorbij schiet.<sup>387</sup> Stevens vindt dat er in feite weinig bestaansrecht voor een dergelijke algemene, wettelijk vastgelegde minimumbepaling in een belastingwet is.<sup>388</sup> Dieleman acht een minimale rekenrente van 4% in strijd met het voorzichtigheids- en realisatiebeginsel.<sup>389</sup> Ik sluit mij aan bij de mening van deze auteurs. Met name op grond van de overweging dat kennelijk de bedoeling van de wetgever was invulling te geven aan de bestaande actuariële praktijk concludeer ik dat het aanbeveling geniet de werking van art. 3.29 Wet IB 2001 ter zake van de minimale rekenrente te herzien. Een onmiddellijke overstap naar waardering op marktrente is budgettair niet haalbaar,<sup>390</sup> maar dat betekent geenszins dat geen varianten denkbaar zijn waarin de aanpassing geleidelijk is. Bijvoorbeeld door de redactie van het artikel zo te wijzigen dat na een bepaalde periode, zeg tien jaar, de gehanteerde rekenrente conform *BNB* 2000/275 is of te wachten met de aanpassing tot de marktrente op een, budgettair gezien, acceptabel niveau is. Het gevolg van art. 3.29 Wet IB 2001 is dat de pensioenverplichting lager wordt gewaardeerd dan de waarde in het economische verkeer van die verplichting wanneer de marktrente onder de 4% komt en dat de werkgever slechts ten dele fiscaal tegemoet wordt gekomen bij het in eigen beheer gehouden pensioen. Daarnaast kan het verschil in waardering tot problemen leiden bij waardeoverdracht naar een beroepsverzekeraar,<sup>391</sup> bij dividenduitkeringen<sup>392</sup> en bij echtscheiding.<sup>393</sup> Ik acht dit maatschappelijk onwenselijk. Het oorspronkelijke doel van het artikel, namelijk invulling geven aan de actuariële praktijk, wordt niet gerealiseerd en de regeling is onrechtvaardig als de marktrente lager is dan 4%. In gevallen waarin de pensioenovereenkomst wordt ondergebracht bij een beroepsverzekeraar kan feitelijk een last worden genomen die in overeenstemming is met de marktrente. Lichamen die een pensioen in intern eigen beheer houden worden, vergeleken met lichamen die de pensioenovereenkomst extern onderbrengen, zonder dat daar mijns inziens een gerechtvaardigd onderscheid aan ten grondslag ligt, fiscaal minder tegemoet gekomen in situaties waarin de marktrente onder de 4% ligt.<sup>394</sup> Overigens lijkt het huidige

<sup>383</sup> HR 7 januari 1970, nr. 16 182, *BNB* 1970/61 (noot Van Dijck).

<sup>384</sup> E.T. Loijenga, 'Algemeen aanvaarde actuariële grondslagen in de zin van art. 9b', *WFR* 1996/302, p. 1–2.

<sup>385</sup> Kamerstukken II 1999/00, 26 727, nr. 17, p. 246.

<sup>386</sup> Zie historische data in het Besluit van 16 december 2014, nr. BLKB2014/2146M, *Stcrt.* 2014, 36895.

<sup>387</sup> Essers, in: *Cursus Belastingrecht* IB.3.2.21.D.b (online, laatst bijgewerkt 15 april 2013).

<sup>388</sup> L.G.M. Stevens, *Pensioen in de winstfeer*, Deventer:Kluwer 2010, p. 115.

<sup>389</sup> B. Dieleman, *Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen (diss. Rotterdam)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 271.

<sup>390</sup> Zie voetnoot 406.

<sup>391</sup> Zie paragraaf 5.4.9.

<sup>392</sup> Zie paragraaf 5.6.

<sup>393</sup> Dit blijft verder buiten beschouwing. De kern van het probleem is de eventueel verplichte afstorting van gelden bij een beroepsverzekeraar waarvoor te weinig is gereserveerd. Zie ook voetnoot 120.

<sup>394</sup> Zie voor de gevolgen van art. 3.29 Wet IB 2001 bij extern eigen beheer paragraaf 5.5.

doel van de minimale rekenrente met name budgettair te zijn. Het waarderingssysteem van *BNB* 2000/275 is mijns inziens maatschappelijk wenselijk. Met name omdat niet lager gewaardeerd hoeft te worden dan de oorspronkelijke waardering en dus fiscale winstneming beperkt wordt. De mening van de staatssecretaris dat fiscale waardering op commerciële grondslagen budgettair niet haalbaar is,<sup>395</sup> is naar mijn mening opportuun, omdat die mening afhankelijk is van de huidige situatie en niet algemeen geldend is. Buiten dat wordt het verschil in waardering met name veroorzaakt door fiscale wetgeving die als een inbreuk op het goed koopmansgebruik wordt gezien.<sup>396</sup> Het komt mij voor dat de oplossing voor een probleem waarvan de oorzaak in het fiscale recht ligt in beginsel moet worden gezocht binnen het fiscale recht.

#### 5.4.4 Kosten

Het is vaste jurisprudentie dat geen rekening kan worden gehouden met opslagen voor winst en kosten.<sup>397</sup> Echter, deze vaste jurisprudentie ziet met name op situaties waarin bij de waardering van de pensioenverplichting als uitgangspunt werd genomen het bedrag waarvoor een beroepsverzekeraar de verplichting op zich zou willen nemen. Veelal werd uit dat bedrag 10% aan kosten- en winstopslag geëlimineerd, maar andere percentages kwamen ook voor. Op deze eliminatie van kosten bestond ook de nodige kritiek. Zo is Smeets van mening dat de volle vraagprijs in aanmerking dient te worden genomen “zoals in het economische verkeer bij overeenkomstige vergelijkingen gebruikelijk is”.<sup>398</sup> Op deze wijze rekening houden met kosten is echter mijns inziens achterhaald. Loijenga onderscheidt kosten die verband houden met het sluiten, in stand houden, administreren en uitbetalen van een verzekering.<sup>399</sup> Kosten die verband houden met het sluiten van de verzekering dienen naar mijn mening ten laste worden gebracht van het resultaat van het jaar waarin die kosten zijn gemaakt. De vraag of voor de overige kosten een voorziening kan worden gevormd dient beantwoord te worden aan de hand van de criteria van het baksteenarrest. De toekomstige uitgaven, de beheerskosten en de excassokosten, vinden hun oorsprong in de pensioenovereenkomst, maar de toekomstige uitgaven voldoen mijns inziens niet aan de toerekeningseis. Niet gezegd kan worden dat de toekomstige uitgaven op grond van goed koopmansgebruik zijn toe te rekenen aan de desbetreffende huidige periode. De toekomstige uitgaven zijn naar mijn mening naar hun aard kosten van het jaar waarin die uitgaven zich voor doen. Zo komen de beheers- en excassokosten ten laste van het resultaat in het jaar waarin die zich voor doen. Hof Den Haag 29 april 2003, nr. 02/0764, *V-N* 2003/60.14 lijkt wel rekening te willen houden met opslagen voor kosten en winst indien een redelijke mate van zekerheid bestaat dat de pensioenverplichting wordt overgedragen aan een professionele verzekeraar. Dat komt mij juist voor. In feite wordt de pensioenverplichting dan gewaardeerd tegen de waarde in het economische verkeer. Voorts teken ik hier bij aan dat mijns inziens hetzelfde geldt indien de pensioenverplichting

<sup>395</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33 752, nr. 75, p. 6.

<sup>396</sup> A-G Wattel verwoordt dit doeltreffend als slecht koopmansgebruik in onderdeel 1.8 van zijn conclusie van 18 december 2014, nr. 13/04121, *V-N* 2015/10.14.

<sup>397</sup> Zie aantekening en de daar aangehaalde jurisprudentie van redactie *V-N* bij Hof Den Haag 29 april 2003, nr. 02/0764, *V-N* 2003/60.14; L.G.M. Stevens, *Pensioen in de winstfeer*, Deventer:Kluwer 2010, p. 111.

<sup>398</sup> M.J.H. Smeets, noot bij HR 14 februari 1973, nr. 16 973, *BNB* 1973/173.

<sup>399</sup> E.T. Loijenga, 'Algemeen aanvaarde actuariële grondslagen in de zin van art. 9b', *WFR* 1996/302, p. 1.

wordt overgedragen aan een ander pensioenlichaam.

#### 5.4.5 Veiligheidsmarges

Bij het verzekeren van een pensioen zijn met name twee risico's van belang waaraan tegemoet wordt gekomen door gebruik te maken van een extra veiligheidsmarge.<sup>400</sup> Het risico dat de pensioengerechtigde eerder overlijdt dan volgens de sterftetafel is te verwachten, in welk geval een nabestaandenpensioen<sup>401</sup> dient te worden uitgekeerd (vooroverlijdensrisico) en het risico dat de pensioengerechtigde langer leeft dan is te verwachten (langlevenrisico). Het vooroverlijdensrisico kan enigszins worden afgedekt door te veronderstellen dat de verzekerde enkele jaren ouder is dan in werkelijkheid. De sterftetekans waarop de reservering voor het nabestaandenpensioen is gebaseerd is dan hoger dan in werkelijkheid waardoor een hoger bedrag gereserveerd kan worden. Tegen een leeftijdsvooruitstelling bestaan mijns inziens geen fiscale bezwaren. Maar de relevantie hiervan is gering omdat nabestaandenpensioen doorgaans wordt verzekerd bij een professionele verzekeraar. Veelal zal fiscaal geen voorziening kunnen worden getroffen daar de kans dat de toekomstige uitgaven zich zullen voordoen te gering is.<sup>402</sup> Het langlevensrisico wordt enigszins afgedekt door te veronderstellen dat de verzekerde enkele jaren jonger is dan in werkelijkheid en dus langer leeft dan te verwachten is bij zijn werkelijke leeftijd. Ook dan kan een hoger bedrag gereserveerd worden. In dit geval is sprake van een leeftijdsterugstelling waarop art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 van toepassing is. Dat artikel bepaalt dat een leeftijdsterugstelling niet gebruikt kan worden om een veiligheidsmarge te creëren. Een extra veiligheidsmarge kan mijns inziens ook ingebouwd worden door een lagere rekenrente te hanteren, maar *BNB 2000/275* belet een lagere rekenrente dan de marktrente te hanteren. In de fiscale waardering, zowel in de wetgeving als in de jurisprudentie, is geen ruimte voor de inbouw van een extra veiligheidsmarge. Dit is naar mijn mening een maatschappelijk onwenselijke situatie voor zover de extra veiligheidsmarge wordt ingebouwd door gebruik te maken van een leeftijdsterugstelling. Ik verwijs naar paragraaf 5.4.2 voor mijn kritiek op art. 8 lid 6 Wet VpB 1969.

#### 5.4.6 Jaarlagen

Gevolg van het door de Hoge Raad gehanteerde systeem in *BNB 2000/275* is dat voor elk opbouwjaar waarin een nieuwe verplichting ontstaat afzonderlijk moet worden bijgehouden wat de dan geldende marktrente is en wat de oorspronkelijk waardering van die verplichting is.<sup>403</sup> Nu lijkt mij dat geen onoverkomelijk probleem omdat dit softwarematig kan worden bijgehouden, maar de staatssecretaris staat in het Besluit van 3 juli 2008 toe dat een afwijkend waarderingssysteem mag worden gehanteerd.<sup>404</sup> Deze tegemoetkoming wordt gemotiveerd met de overweging dat het bijhouden van jaarlagen met hun eigen waarderingsgrondslagen in de praktijk tot problemen leidt (paragraaf B.1.4. van het Besluit van 3 juli 2008). In het besluit is de staatssecretaris van mening dat per jaarlaag niet alleen de rekenrente, maar ook de overlevingstafel van het oorspronkelijke jaar gehanteerd dient te

<sup>400</sup> E.T. Loijenga, 'Algemeen aanvaarde actuariële grondslagen in de zin van art. 9b', *WFR* 1996/302, p. 2.

<sup>401</sup> Indien en voor zover een nabestaandenpensioen is verzekerd.

<sup>402</sup> Zie voetnoot 380.

<sup>403</sup> Ook wel bekend als de jaarlagenproblematiek.

<sup>404</sup> Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, *Stcrt.* 2008, 133.

worden. Dat blijkt niet direct uit *BNB* 2000/275, maar uit HR 1 september 2006, nr. 40 930, *BNB* 2007/103 (concl. Overgaauw, noot Van der Geld), r.o. 4.3.1. Het komt mij juist voor dat bij een stijging van de verplichting als gevolg van een verzwaring van de grondslagen de verplichtingen dienovereenkomstig hoger *kan* worden gewaardeerd en bij een verlichting van de grondslagen de verplichting dienovereenkomstig lager *moet* worden gewaardeerd, doch niet lager dan de oorspronkelijke waardering. Dat bij een verlichting van de grondslagen de verplichting lager moet worden gewaardeerd komt mijns inziens voort uit het realiteitsbeginsel. De winst moet op dat moment worden genomen; met een verlies mag rekening worden gehouden op grond van het voorzichtigheidsbeginsel. Dat niet lager gewaardeerd hoeft te worden dan de oorspronkelijke waardering komt mijns inziens voort uit het realisatiebeginsel. Niet gerealiseerde winst hoeft niet genomen te worden. Het afwijkende waarderingssysteem houdt in dat de staatssecretaris goedkeurt dat de jaarlijkse aangroei ten gevolge van de toename van diensttijd (of indexatie) niet wordt aangemerkt als een nieuwe verplichting. De verplichting mag jaarlijks gewaardeerd blijven tegen de marktrente en de overlevingstafel van het boekjaar van het oorspronkelijke jaar. Aangroei ten gevolge van andere oorzaken moet, zijnde een nieuwe pensioenverplichting, wel worden gewaardeerd tegen de marktrente en de overlevingstafel in het jaar van aangroei.

#### *5.4.7 Methode van financiering*

De twee meest gebruikelijke financieringsmethoden zijn de koopsommenmethode en de premiemethode. Bij de koopsommenmethode wordt jaarlijks de actuariële waarde van de in te kopen aanspraak berekend. Die koopsom neemt toe naarmate het aantal jaren tot aan de pensioengerechtigde leeftijd afneemt. De koopsom kan immers gedurende een steeds kortere tijd renderen. Bij de premiemethode wordt aan de hand van een te bereiken doelkapitaal een jaarlijks gelijkblijvende premie berekend (rekening houdend met interest en sterfte). Fiscaal gezien leidt de premiemethode tot de minste belastingheffing omdat de premie in eerste instantie hoger is dan de koopsom en dus een element van vooruitbetaling bevat. Het inkopen van de aangroei van de aanspraak door het verstrijken van de diensttijd wordt aangeduid met de coming service. Bij eindloonregelingen neemt de grondslag over verstreken dienstjaren toe als de grondslag (het loon) stijgt. De financiering van het extra stukje pensioen dat dan moet worden ingekocht wordt aangeduid met de backservice. Op grond van art. 127 PW dient een ouderdomspensioen volledig gefinancierd te zijn. De backservice dient dan ook terstond te worden voldaan door de werkgever.<sup>405</sup> Bij pensioen in eigen beheer mag de backservice ook verrekend worden in de toekomstige premies, de zogenaamde inhaalpremie. Ter zake van de inhaalpremie mag volgens Hof Den Haag 11 mei 1963, nr. 98/1962, *BNB* 1964/38 een voorziening worden gevormd. De staatssecretaris kon zich in dat oordeel vinden (zie de brief van de staatssecretaris opgenomen in *BNB* 1964/38). Bij intern eigen beheer zal doorgaans geen sprake zijn van inhaalpremie omdat de backservice zonder gevolgen voor de cashflow ineens gepassiveerd kan worden. Ook een mengvorm, waarbij de coming service wordt gefinancierd door

<sup>405</sup> Uitstelfinanciering is verboden (Wet van 22 december 1999, *Stb.* 1999, 592), maar een uitzondering op deze regel bestaat voor DGA's die hun pensioen bij een beroepsverzekeraar onderbrengen. Deze pensioenregelingen vallen immers niet onder de werkingssfeer van de PW.

premies en de backservice door eenmalige koopsommen, de premie-/koopsom methode, is aanvaard in HR 28 september 2001, nr. 36 206, *BNB* 2002/54 (concl. Van Kalmthout, noot Slot). Uit *BNB* 2002/54 concludeer ik dat de zuivere premiemethode ook aanvaard wordt door de Hoge Raad. Het is mijns inziens namelijk niet voorstelbaar dat het oordeel van de Hoge Raad in *BNB* 2002/54 anders zou zijn geweest indien sprake was van een middelloonstelsel waarbij geen backservice kan ontstaan. De wetgever acht de zuivere premiemethode en de premie-/koopsom methode ook aanvaardbaar.<sup>406</sup> Enigszins opmerkelijk komt Dieleman tot de conclusie dat de zuivere premiemethode niet aanvaardbaar is op grond van art. 8 lid 6 Wet VpB 1969.<sup>407</sup> Andere methoden werden door de Hoge Raad aanvaard, maar zijn door gewijzigde wetgeving thans niet toegestaan, zoals de lineaire methode, premie-bij-indiensttredingsmethode<sup>408</sup> en interestopbouwmethode. De lineaire methode en interestopbouwmethode zijn geen actuariële methoden en daardoor niet toegestaan op grond van art. 3.29 Wet IB 2001. De premie-bij-indiensttredingsmethode werd eerder niet aanvaard in Hof Arnhem 30 maart 1999, nr. 97/21878, *FED* 1999/725. Zie de aantekening van Brouwer bij deze uitspraak voor een niet limitatieve opsomming van financieringsmethoden. Ook Slot, in zijn noot bij HR 9 augustus 2002, nr. 36 930, *BNB* 2003/26 (concl. Van Kalmthout), is kritisch over deze methode, waarin de backservice wordt gesteld op de opgerente som van de aanvullende premies die in het verleden zouden hebben gegolden. Ik sluit mij in beginsel aan bij de kritiek van Slot. Het oprenten van de premies verhoudt zich niet met de realiteit. In werkelijkheid zouden die premies nooit zijn voldaan omdat het risico zich niet meer kan voordoen. Maar ook A-G Van Kalmthout heeft het in onderdelen 7 en 8 van zijn conclusie bij *BNB* 2003/25 mijns inziens bij het rechte eind als hij het lineaire stelsel en de premie-/koopsom methode vergelijkt met de premie-bij-indiensttredingsmethode. Als het lineaire stelsel niet in strijd wordt geacht met goed koopmansgebruik dan kan de premie-bij-indiensttredingsmethode dat mijns inziens evenmin. Daar doet naar mijn mening niet aan af dat die methode minder voldoet aan het eenvoudsbeginnsel. De premie-bij-indiensttredingsmethode is thans niet toegestaan op grond van art. 8 lid 6 Wet VpB 1969. Deze methode correspondeert namelijk niet met een methode die beroepsverzekeraars hanteren.<sup>409</sup> Met betrekking tot de methode van financiering acht ik de inbreuk van de wetgever op de ontwikkeling van het goed koopmansgebruik door de Hoge Raad niet geheel onwenselijk.<sup>410</sup> De systematiek van de wetgever rust veel op actuariële beginselen waarvan de bruikbaarheid niet ziet op situaties waarin slechts één of enkele personen worden verzekerd. Maar dat brengt niet met zich dat geen rekening zou hoeven te worden gehouden met sterftekansen<sup>411</sup> en aangroei van interest, met name niet nu actuariële berekeningen relatief eenvoudig uitgevoerd kunnen worden met behulp van software. Thans zijn wettelijk toegestaan de premiemethode, de koopsom methode en de premie-/koopsom methode. Ik acht dit een maatschappelijk wenselijke situatie.

<sup>406</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 3, p. 25 – 27.

<sup>407</sup> B. Dieleman, *Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2012, p. 240.

<sup>408</sup> HR 9 augustus 2002, nr. 36 578, *BNB* 2003/25 (concl. Van Kalmthout, noot Slot).

<sup>409</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 3, p. 69 – 70.

<sup>410</sup> Anders en meer in het algemeen: Essers, *Handelingen I* 2003/04, 10, p. 440 – 441.

<sup>411</sup> De kans dat een 40-jarige voor zijn 67ste jaar overlijdt is ongeveer  $16\% = (l_{40} - l_{67}) / l_{40}$ .

#### 5.4.8 Toekomstige loon- en prijsontwikkelingen

In HR 8 december 1971, nr. 16/610, *BNB 1972/26* (noot Hofstra) was in geschil of belanghebbende een voorziening kon vormen voor de in de toekomst te verwachten backservice, de zogenaamde coming-backservice. Hof 's-Hertogenbosch achtte dit niet in strijd met goed koopmansgebruik, mits de last zich beperkte tot de verwachte coming-backservice die betrekking had op het desbetreffende jaar. Dit oordeel werd door de Hoge Raad in stand gehouden. Mijns inziens is dit een juiste beslissing geweest. In zijn noot bij het arrest kan ook Hofstra zich vinden in het theoretisch juiste oordeel van de Hoge Raad. Hij ziet overigens wel praktische bezwaren die er met name op neer komen dat het ondoenlijk is een oordeel uit te spreken over toekomstige ontwikkelingen van het loon en prijspeil. Daar kan ik mij eveneens in vinden. In het koopsommensysteem neemt bij loonstijgingen (door welke oorzaak dan ook) de koopsom ter financiering van de backservice met de tijd toe. Immers, de loonstijging werkt door naar steeds meer verleden dienstjaren. In het systeem van *BNB 1972/26*, waar niet in geschil was dat de lonen 4,5% zullen gaan stijgen, wordt het gedeelte van de toekomstige verwachte backservice dat betrekking heeft op het desbetreffende jaar reeds gepassiveerd. Het gevolg van *BNB 1972/26* is dat backserviceverplichtingen naar voren worden gehaald. De wetgever kon zich om budgettaire redenen, en omdat het arrest de inflatie aan zou wakkeren, niet vinden in de leer van de Hoge Raad, hetgeen in essentie geleid heeft tot de huidige art. 3.26, 3.27 en 3.28 Wet IB 2001.<sup>412</sup> Op grond van art. 3.26 Wet IB 2001 blijven kosten en lasten die verband houden met wijzigingen in de hoogte van lonen of prijzen (ter zake van pensioen is dat de indexatie) na afloop van het jaar buiten beschouwing. Deze kosten en lasten worden in aanmerking genomen in het jaar waarin de wijziging zich voor doet (art. 3.26 lid 2 Wet IB 2001). Het derde lid van het artikel bevat een uitzondering op het eerste lid dat voor dit onderzoek niet relevant is. Art. 3.27 lid 2 Wet IB 2001 regelt dat in bepaalde gevallen en onder bepaalde voorwaarden de betalingen die verband houden met toekomstige indexatie toch ten laste van de winst kunnen worden gebracht in het jaar van betaling. In het kader van dit onderzoek is van belang te constateren dat deze uitzondering niet van toepassing bij in eigen beheer gehouden pensioen, tenzij sprake is van een pensioenlichaam dat voldoet aan de voorwaarden van art. 10 lid 2 en 3 Uitv reg IB 2001. Deze delegatiebevoegdheid is opgenomen in het vierde lid van art. 3.27 Wet IB 2001. Veelal zal mijns inziens niet worden voldaan aan de daar genoemde voorwaarden. Op grond van art. 3.28 Wet IB 2001 wordt een verband met wijzigingen in de hoogte van lonen en prijzen na afloop van het jaar onder bepaalde voorwaarden niet aanwezig geacht. Deze voorwaarden houden in dat de kosten van de indexatie betrekking hebben op het huidige loon en in feite een rekenrente wordt gehanteerd van 4%. Bij het lezen van deze bepaling dient men in het achterhoofd te houden dat ten tijde van het wetsvoorstel dat leidde tot art. 3.28 Wet IB 2001 de marktrente beduidend hoger was dan 4%. Art. 3.28 Wet IB 2001 moet met name in combinatie met art. 3.27 lid 2 Wet IB 2001 worden gelezen. Aangezien verzekeraars en pensioenfondsen hun tarieven baseerden op een rekenrente van 3% of 4%, de overrente bedoeld was om indexaties mee te financieren en de marktrente beduidend hoger was bestond de vrees dat de betaalde premies niet aftrekbare elementen zouden bevatten die verband

<sup>412</sup> Kamerstukken II 1973/74, 13 004, nr. 3, p. 3 – 5.

houden met wijzigingen in de hoogte van lonen of prijzen na afloop van het jaar.<sup>413</sup> Art. 3.28 Wet IB 2001 moet voorts worden gelezen tegen de achtergrond dat de lineaire methode nog toegestaan was waarbij ter bepaling van het doelvermogen een rekenrente gehanteerd mocht worden van 4%, die gegrond was op voorzichtigheidsoverwegingen en niet om indexatie uit te financieren.<sup>414</sup> In eerste instantie had art. 3.28 Wet IB 2001 daarom geen invloed op het pensioen in eigen beheer. Aan dit gebruik kwam een einde door *BNB 2000/275* op grond waarvan geen vaste rekenrente van 4% meer gehanteerd kon worden, maar de actuele markttrente voor langlopende leningen. In onderdeel B.1.5 van het Besluit van 3 juli 2008 geeft de staatssecretaris aan dat op grond van 3.28 Wet IB 2001 geen sprake is van indexatie-elementen als het saldo van de rekenrente en het indexatiepercentage minimaal 4% bedraagt. Samengevat volgt uit art. 3.26 t/m 3.29 Wet IB 2001 het volgende.<sup>415</sup> Een nominaal pensioen wordt op grond van *BNB 2000/275* gewaardeerd tegen de markttrente met, op grond van art. 3.29 Wet IB 2001, een minimum van 4%. Een pensioen met een open indexatie wordt op grond van art. 3.28 Wet IB 2001 gewaardeerd met een rekenrente van 4%. Als de markttrente lager is dan 4% heeft dit tot gevolg dat fiscaal geen rekening kan worden gehouden met lasten van de indexatie. Ingeval de markttrente (veel) hoger is dan 4% dient de in aanmerking te nemen indexatie zakelijk te zijn. Naar mijn mening is de maximaal in aanmerking te nemen indexatie 4%, mits het pensioen hierdoor binnen de grenzen van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 blijft. Ik baseer deze overweging op art. 3.27 lid 2 Wet IB 2001. Een pensioen met een vaste indexatie dient twee keer gewaardeerd te worden: met een rekenrente van 4% en met de markttrente inclusief de indexatie.<sup>416</sup> De waardering tegen 4% is het waarderingssplafond. In gevallen waarin de markttrente lager is dan 4% dient op grond van art. 3.29 Wet IB 2001 gerekend te worden met een rente van 4% zodat de lasten van de indexatie niet fiscaal in aanmerking kunnen worden genomen. Is de markttrente 7% en de indexatie 2% dan mag mijns inziens op grond van het voorzichtigheidsbeginsel en art. 3.28 Wet IB 2001 met 4% gerekend worden. Bij een markttrente van 5% en een indexatie van 3% dient minimaal met 4% gerekend te worden. De lasten van de indexatie worden dan slechts ten dele in aanmerking genomen. Gevolg van art. 3.26 t/m 3.29 Wet IB 2001 is dat geen kosten ter zake van indexatie ten laste van het resultaat kunnen worden gebracht indien de markttrente lager is dan 4%. Mede in samenhang gezien met de omstandigheid dat ook geen kosten voor het nominale pensioen in aanmerking kunnen worden genomen voor zover de markttrente lager is dan 4% concludeer ik dat onder de huidige omstandigheden de opbouw van pensioen in eigen beheer fiscaal beperkt wordt op een wijze die niet was voorzien. Het ligt daarom mijns inziens in de rede de werking van de art. 3.26 t/m 3.29 Wet IB 2001 aan te passen door waardering tegen markttrente voor te schrijven en de gevolgen van *BNB 1972/26* te beperken door de eindloonregeling niet meer fiscaal te faciliteren. De huidige regeling ter zake van indexaties voldoet, gezien de jurisprudentie, aan het effectiviteitscriterium, maar is mijns inziens niet efficiënt te noemen. De regeling is lastig te doorgronden en doet naar mijn mening anachronistisch aan, aangezien de wetgever van

<sup>413</sup> Kamerstukken II 1974/75, 13 004, nr. 4, p. 19.

<sup>414</sup> Kamerstukken II 1980/81, 16 525, nr. 3, p. 6.

<sup>415</sup> Zie paragraaf 5.4.3 voor een bespreking van art. 3.29 Wet IB 2001.

<sup>416</sup> L.P. van den Bosch, 'Besluit waardering pensioenverplichtingen; mist ...', *WFR* 2001/248, p. 2.



mening is dat de waardering van pensioenverplichtingen fiscaal zoveel mogelijk gelijk moet geschieden, ongeacht of deze in eigen beheer wordt gehouden of is ondergebracht bij derden<sup>417</sup>. Ten aanzien van art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 merkt de wetgever hierover op: *“Uitgangspunt hierbij is de gedachte dat zoveel mogelijk moet worden aangesloten bij hetgeen tussen onafhankelijke partijen hierover zou zijn overeengekomen. Er is geen reden om het pensioen van de directeur-grootaandeelhouder (hierna ook wel aangeduid met DGA-pensioen) gunstiger te behandelen dan het pensioen van een gewone werknemer.”*<sup>418</sup> Mijns inziens is er ook geen reden het pensioen dan de DGA fiscaal ongunstiger te behandelen. De regeling voldoet mijns inziens daarom niet aan het rechtvaardigheids criterium. De fiscale facilitering van het pensioen in eigen beheer is door de beperking ter zake van indexatie beperkter dan het pensioen van de reguliere werknemer of een DGA die onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds valt. De budgettaire angst van de wetgever voor de coming-backservice en de passivering van toekomstige indexatie speelt met name bij intern eigen beheer een rol aangezien ten laste van het fiscale resultaat ter zake van de indexatie aan de pensioenverplichting kan worden gedoteerd zonder nadelige gevolgen voor de liquiditeitspositie van de onderneming. Die gevolgen kunnen mijns inziens ook beperkt worden door pensioen in intern eigen beheer slechts beperkt toe te staan en door de eindloonregeling af te schaffen. Door pensioen in intern eigen beheer slechts beperkt toe te staan wordt tevens bereikt dat DGA's gedwongen worden om werkelijk liquide middelen in extern eigen beheer te reserveren voor hun pensioen.

#### *5.4.9 Uitgaande waardeoverdracht*

De in paragraaf 5.4 behandelde elementen die van invloed zijn op de waardering van een pensioen dat in intern eigen beheer wordt gehouden spelen ook een rol bij overdracht van de pensioenverplichting. Op grond van *BNB 2006/278* zal de overdracht plaats moeten vinden tegen de waarde in het economische verkeer (zakelijke overdrachtswaarde). De waarde in het economische verkeer is het bedrag waarvoor een professionele verzekeraar de verplichting over zou willen nemen. Professionele verzekeraars plegen in hun tariefstelling rekening te houden met toenemende overlevingskansen, autoselectie, de marktrente, kosten- en winstopslag en met toekomstige aanpassingen van het pensioen aan loon- en prijsontwikkelingen (indexatie). In deze paragraaf wordt geanalyseerd of de kosten of baten die veroorzaakt worden door het verschil in waardering, welke kosten of baten zelf veroorzaakt worden door de verschillen in gehanteerde rekenrente, indexatie, kosten- en winstopslag en overlevingskansen, tot het fiscale resultaat van de overdragende vennootschap behoren. De fiscale gevolgen van de inkomende waardeoverdracht bij het ontvangende lichaam worden behandeld in paragraaf 5.5.4.

Op grond van art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 mag in beginsel bij de waardering van de pensioenverplichting geen leeftijdsterugstelling worden gebruikt. De fiscale waarde van een pensioenverplichting is daardoor lager dan de waarde in het economische verkeer. Bij een overdracht van de pensioenverplichting

<sup>417</sup> Kamerstukken II 1974/75, 13 004, nr. 8, p. 12. Dit uitgangspunt moet thans mijns inziens als achterhaald worden beschouwd.

<sup>418</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 3, p. 69 en 70.

ontstaat daardoor een verlies bij de overdragende vennootschap. De vraag of dit verlies tot het fiscale resultaat in het jaar van de overdracht behoort kwam aan de orde in Hof Amsterdam 13 november 2014, nr. 14/00174, *NFR* 2015/767 (noot Van den Bos). In deze zaak is belanghebbende een vennootschap die de pensioenverplichting van haar dochtermaatschappij overneemt tegen een zakelijke prijs. In geschil is of de overnemende partij, die de pensioenverplichting aan het eind van het boekjaar op de zakelijk overeengekomen waarde wilt waarderen, art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 dient toe te passen, welke toepassing leidt tot fiscale winst. Het Hof volgt het oordeel van de rechtbank dat, gelet op de duidelijke wettekst van art. 8 lid 6 Wet VpB 1969, die bepaling niet buiten toepassing kan blijven (r.o. 4.4.1). Bovendien oordeelt het Hof in r.o. 4.4.2 dat, in tegenstelling tot de visie van de rechtbank, de toepassing van art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 niet tot een onevenwichtige situatie leidt. De leeftijdsterugstelling leidt volgens het Hof namelijk tot hetzelfde bedrag tot een verlies bij de overdragende vennootschap. Het is mij niet bekend of tegen deze uitspraak beroep in cassatie is ingesteld. Gezien de overeenkomstige uitwerking van art. 3.29 Wet IB 2001, dat hieronder wordt behandeld, is het oordeel van het Hof mijns inziens juist. Ook Staats is de mening toegedaan dat art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 tot een fiscaal verlies bij de overdragende vennootschap leidt (en tot fiscale winst bij de overnemende vennootschap).<sup>419</sup>

Hof Den Haag 17 juli 2013, nr. BK-12/00368, *V-N* 2013/50.1.2 oordeelt in r.o. 7.1.2 dat art. 3.29 Wet IB 2001 op grond van *BNB* 2006/278 buiten beschouwing kan blijven. Gevolg daarvan is dat het verlies, dat veroorzaakt wordt door het in aanmerking nemen van een marktrente die lager is dan de rekenrente van 4% die art. 3.29 Wet IB 2001 voorschrijft, bij de overdragende vennootschap tot het fiscale resultaat behoort. Tegen deze uitspraak heeft belanghebbende beroep in cassatie ingesteld. A-G Wattel overweegt in onderdeel 4.6 van zijn conclusie bij dat cassatieberoep van 18 december 2014, nr. 13/04120, *V-N* 2015/10.13 overeenkomstig. In zijn conclusie van 18 december 2014, nr. 13/04121, *V-N* 2015/10.14 overweegt A-G Wattel dat art. 3.29 Wet IB 2001, in het kader van de jaarwinstbepaling, wel van toepassing is bij de overnemende partij die aldus fiscale winst moet nemen.<sup>420</sup> Bij de bepaling van de koopsom oordeelt de Hoge Raad in r.o. 3.4 van *BNB* 2006/278 dat art. 3.29 Wet IB 2001 buiten beschouwing kan blijven omdat de werking van art. 3.29 Wet IB 2001 is beperkt tot de jaarwinstbepaling. In *BNB* 2006/278 is niet in geschil wat de gevolgen zijn van de waardering op marktwaarde. Desalniettemin ben ik van mening dat bij de bepaling van het resultaat bij de overdrager het verlies door de lagere marktrente kan worden genomen. Aangezien art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 een aanvulling is op art. 3.29 Wet IB 2001, dient de werking van art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 naar mijn mening eveneens beperkt te worden tot de jaarwinstbepaling. In Rb. Zeeland-West-Brabant 17 september 2013, nr. 13/00031, *NFR* 2014/770 kwam de rechtbank tot een zelfde conclusie. Kinnegem, in zijn commentaar op de uitspraak in *NFR* 2014/770, vindt dat juist omdat art. 3.29 Wet IB 2001 betrekking heeft op de waardering van een pensioenverplichting en daarmee geen kader schept voor de

<sup>419</sup> G. Staats, 'Waardeoverdracht DGA-pensioen: stand van zaken', *WFR* 2012/130, p. 2.

<sup>420</sup> Conclusie bij beroep in cassatie tegen de uitspraak van Hof Den Haag 17 juli 2013, nr. BK-12/00367, *V-N* 2013/50.1.1.

overdracht van een pensioenverplichting.

In onderdeel 2 van zijn noot bij *BNB 2006/278* vindt Van der Geld het evident “*dat het bepaalde in art. 9b Wet Wet IB 1964 (in de Wet IB 2001 opgenomen in art. 3.29) niet van belang is bij de beantwoording van een totaalwinstvraag als die naar de juiste prijsstelling bij overdracht van pensioenverplichtingen*”, aangezien art. 3.29 Wet IB 2001 is geplaatst onder de jaarwinstbepalingsregels. Het lijkt dan om dezelfde reden evident dat art. 3.26 Wet IB 2001 eveneens buiten beschouwing moet worden gelaten in gevallen waarin een pensioenverplichting met na-indexatie wordt overgedragen aan een vennootschap die niet onder de vrijstelling van art. 3.27 Wet IB 2001 valt. Dat was althans de gedachte van belanghebbende in HR 24 december 2010, nr. 09/03431, *BNB 2011/94* (concl. Wattel, noot Van der Geld).<sup>421</sup> De rechtbank oordeelt echter dat niet in geschil is dat de indexatielast tot de totaalwinst behoort, maar dat het geschil betreft in welk kalenderjaar de last in aanmerking moet worden genomen. De Hoge Raad oordeelt in r.o. 3.4.1 dat art. 3.26 Wet IB 2001 ook van kracht blijft na een overname door een derde omdat, blijkens de regeling van art. 3.27 Wet IB 2001, art. 3.26 Wet IB 2001 in beginsel ook geldt indien een verplichting bij een derde is ondergebracht. Het gevolg van dit oordeel is dat de last in aanmerking kan worden genomen in het jaar waarin de na-indexatie plaatsvindt (art. 3.26 lid 2 Wet IB 2001). Op grond van onderdeel A.1 van het Besluit van 3 juli mag bij open geïndexeerde pensioenen uitgegaan worden van een vaste indexatie van 2%. Het bedrag dat betaald is ter zake van de na-indexatie dient geactiveerd te worden. Zoals Van der Geld in onderdeel 3 van zijn noot bij *BNB 2011/94* opmerkt rijst de vraag hoe de overdrager de last in de toekomst kan nemen. Art. 3.27 lid 2 Wet IB 2001 geeft aan dat de last in aanmerking kan worden genomen naar gelang de wijzigingen optreden. Ter Beest en Gommer geven echter aan dat, naar aanleiding van door hen gestelde vragen, volgens het CAP de afschrijving kan plaatsvinden op lineaire wijze gedurende de statistische levensduur van de pensioengerechtigde.<sup>422</sup> Zoals zij aangeven is dit een praktische benaderingswijze, aangezien de band tussen de pensioengerechtigde, het overnemende lichaam en het overdragende lichaam kan zijn opgehouden te bestaan wanneer het pensioen ingaat. Het verdient mijns inziens daarom aanbeveling deze benadering op te nemen in een besluit van de staatssecretaris.

Op grond van HR 24 oktober 2003, nr. 37 856, *BNB 2004/112* (concl. Groeneveld, noot Van der Geld), dient bij de bepaling van de zakelijke overdrachtswaarde rekening te worden gehouden met een kosten- en winstopslag. Deze opslag wordt in aanmerking genomen in het jaar van de overdracht.

Samenvattend zijn de fiscale gevolgen van een waardeoverdracht van een pensioenverplichting de volgende. Het verlies dat wordt geleden door de werking van art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 behoort tot het resultaat in het jaar van de overdracht. Het fiscale verlies dat wordt geleden bij de overdragende vennootschap omdat de marktrente lager is dan 4% behoort tot het resultaat van het jaar waarin de waardeoverdracht plaatsvindt. In die gevallen waarin de marktrente hoger is dan 4% kan sprake zijn

<sup>421</sup> Rb. Den Haag 21 juli 2009, nr. AWB 08/709, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ4477, r.o. 2.1 en 2.2.

<sup>422</sup> P.A. ter Beest en J.T. Gommer, 'Waardering pensioen in (extern) eigen beheer', *WFR* 2009/546, p. 2.

van fiscale winstneming bij de overdragende vennootschap. Indien de oorspronkelijke marktrente van een bepaalde jaarlaag 5% is behoeft immers op grond van goed koopmansgebruik geen jaarwinst te worden genomen wanneer de marktrente stijgt naar 6%. Die winst moet echter wel in aanmerking worden genomen in het jaar waarin de pensioenverplichting wordt overgedragen. Het fiscale verlies dat bij de waardeoverdracht wordt geleden door na-indexatie kan echter pas in aanmerking worden genomen in het jaar waarin de na-indexatie wordt toegekend en wel naar gelang de wijzigingen optreden of op lineaire wijze gedurende de statistische levensduur van de pensioengerechtigde. Het bedrag dat bij de waardeoverdracht wordt voldaan ter zake van de na-indexatie dient bij de overdragende vennootschap geactiveerd te worden (vooruitbetaalde na-indexatie). De opslag voor kosten en winst komt ten laste van het resultaat.

## 5.5 Extern eigen beheer

### 5.5.1 Jaarpremie/-koopsom

In gelieerde verhoudingen bepaalt art. 8b Wet VpB 1969 dat de winst ter zake van hun onderlinge rechtsverhoudingen wordt bepaald alsof de voorwaarden van hun onderlinge rechtsverhoudingen tot stand komen zoals tussen onafhankelijke partijen. Bij een extern gehouden pensioen in eigen beheer dienen aldus zakelijke premies tussen de werkmaatschappij en het pensioenlichaam tot stand te komen.<sup>423</sup> Dat brengt mee dat in een zakelijke financieringsovereenkomst onder meer bepalingen zijn opgenomen die tussen onafhankelijke derden (lees: tussen werkmaatschappij en professionele verzekeraar) gebruikelijk zijn, ontdaan van omvangs- en rentestandskortingen. In zakelijke verhoudingen zullen de premiebetalingen beperkt worden als gevolg van behaalde overrente. De overeenkomst moet ook hierin voorzien. Dit is althans het, in cassatie bevestigd, oordeel van Hof Amsterdam 16 november 1999, nr. 98/2328, *FED* 2000/138 en de zienswijze van de staatssecretaris in het Besluit van 3 juli 2008 (onderdeel A.3).<sup>424</sup> Kort gezegd houdt mijns inziens een zakelijke financieringsovereenkomst het volgende in. De rekenrente komt overeen met de marktrente voor langlopende verplichtingen, zoals het U-rendement (eventueel met een opslag van 50 basispunten<sup>425</sup>) of zoals gepubliceerd in het marktrentebesluit.<sup>426</sup> In de overeenkomst worden bepalingen opgenomen met betrekking tot overrente of winstdeling. Eventuele indexaties maken een onderdeel uit van de premie waarbij op grond van het Besluit van 3 juli 2008 een open geïndexeerd pensioen benaderd wordt door uit te gaan van een vaste indexatie van 2%. In de premie zit een opslag voor kosten en winst en in de tariefstelling wordt rekening gehouden met toenemende overlevingskansen en autoselectie (door middel van leeftijdsterugstellingen). Uitgaande van een basistarief<sup>427</sup> worden enkele correcties toegepast. In de volgende paragrafen komen de fiscale gevolgen van die correcties bij de werkmaatschappij en het pensioenlichaam aan de orde.

<sup>423</sup> In het navolgende wordt geen onderscheid gemaakt tussen premie en koopsom.

<sup>424</sup> HR 13 december 2000, nr. 35 814, *BNB* 2001/146, r.o. 4.5 en 4.6.

<sup>425</sup> Op grond van het model benaderde marktwaarde van de Belastingdienst.

<sup>426</sup> Besluit van 6 december 2014, nr. BLKB2014/2146M, *Stcrt.* 2014, 36895.

<sup>427</sup> Dat wil zeggen een tarief gebaseerd op een rekenrente van 4%, zonder leeftijdsterugstelling, kosten en indexatie.

### 5.5.2 Werkmaatschappij

De zakelijk overeengekomen jaarlijkse premie of koopsom is gebaseerd op een basistarief dat eventueel verhoogd wordt met toeslagen ter zake van indexatie, marktrente, leeftijdsterugstelling en een kosten- en winstopslag.<sup>428</sup> De kosten die verband houden met de indexatie kunnen op grond van art. 3.26, 3.27 en 3.28 Wet IB 2001 niet in aanmerking worden genomen. Dit bedrag dient geactiveerd te worden. De kosten van de indexatie komen ten laste van het resultaat in het jaar waarin de indexatie plaatsvindt. Ik neem aan dat het totaal gedurende de opbouw van het pensioen geactiveerde bedrag vanaf de pensioeningangsdatum op lineaire wijze gedurende de statistische levensduur van de pensioengerechtigde kan worden afgeschreven. De opslag op het basistarief vanwege de lagere marktrente kan ten laste van het resultaat worden gebracht. Art. 3.29 Wet IB 2001 is niet van toepassing omdat dat artikel ziet op de waardering van een pensioenverplichting. De werkmaatschappij heeft geen pensioenverplichting op zijn balans staan en komt dus niet toe aan het waarden van een pensioenverplichting. Ook de opslag die veroorzaakt wordt door de leeftijdsterugstelling kan om dezelfde redenen als de opslag vanwege de lagere marktrente ten laste van het resultaat worden gebracht. Art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 ziet namelijk eveneens op de waardering van een pensioenverplichting. De kosten- en winstopslag wordt in aanmerking genomen in het jaarresultaat van de werkmaatschappij. Samengevat kan de gehele premie fiscaal in aanmerking worden genomen voor zover die premie geen elementen bevat die verband houden met toekomstige wijzigingen in de hoogte van lonen of prijzen (i.e. indexatie-elementen). Dit is naar mijn mening ongewenst omdat de fiscale tegemoetkoming hierdoor beperkt wordt. Het onderscheid is naar mijn mening maatschappelijk onwenselijk.<sup>429</sup>

### 5.5.3 Pensioenlichaam

Het pensioenlichaam is de ontvangende partij van de jaarlijkse premie of koopsom. Die bedragen vormen de dekking voor het pensioen waarvan het de verzekeraar is. De premie komt overeen met de premie die een professionele verzekeraar zou vragen om een vergelijkbaar pensioen te verzekeren. Volgens onderdeel B.2.1 van het Besluit van 3 juli 2008 wordt de pensioenverplichting gewaardeerd tegen de grondslagen van het tarief dat heeft gegolden bij de vaststelling van de jaarlijkse premie. Op grond van *BNB 2000/275* en *BNB 2007/103* geldt bij die waardering dat *“bij een stijging van de verplichting als gevolg van een verzwaring - per saldo - van de grondslagen mogen de verplichtingen dienovereenkomstig hoger worden gewaardeerd. Bij een nadien optredende verlichting - per saldo - van die grondslagen moeten de verplichtingen dienovereenkomstig lager worden gewaardeerd doch niet lager dan zij met gebruikmaking van de oorspronkelijke grondslagen worden gewaardeerd”*.<sup>430</sup> Het element in de premie dat verband houdt met eventuele indexatie wordt aan de voorziening toegevoegd. Art. 3.26, 3.27 en 3.28 Wet IB 2001 zijn niet van toepassing. Het pensioenlichaam maakt immers geen

<sup>428</sup> Mijns inziens kan *BNB 2004/112*, waar het om een waardeoverdracht ging, analoog toegepast worden.

<sup>429</sup> Zie paragraaf 5.4.8.

<sup>430</sup> HR 1 september 2006, nr. 40 930, *BNB 2007/103*, r.o. 4.3.1. In aangepaste versie opgenomen in het Besluit van 3 juli 2008.

kosten die verband houden met toekomstige wijzigingen in de hoogte van lonen of prijzen.<sup>431</sup> In feite speelt hier dezelfde problematiek die zich afspeelde toen pensioenlichamen subjectief belastingplichtig werden.<sup>432</sup> Art. 3.29 Wet IB 2001 is echter wel van toepassing, met als gevolg dat de pensioenverplichting gewaardeerd wordt met een rekenrente van minimaal 4%. In tijden waarin de marktrente lager is dan 4% leidt dit tot een lagere verplichting en dus tot winst.<sup>433</sup> Hof Den Haag 17 juli 2013, nr. BK-12/00367, *V-N* 2013/50.1.1 kwam in r.o. 7.2 tot een mijns inziens vergelijkbaar oordeel. Het ging in die zaak namelijk eveneens om de werking van art. 3.29 Wet IB 2001 en art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 in het kader van de jaarwinstbepaling. Art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 zal om dezelfde redenen tot belastbare winst bij het pensioenlichaam leiden. Deze zienswijze is bevestigd door Hof Den Haag 17 juli 2013, nr. BK-12/00367, *V-N* 2013/50.1.1, r.o. 7.3. Wattel concludeert tot ongegrondverklaring van het cassatieberoep van belanghebbende in zijn conclusie van 18 december 2014, nr. 13/04121, *V-N* 2015/10.14. Het blijft uiteraard de vraag hoe de Hoge Raad hier tegen aan kijkt. Mijns inziens is de wettekst duidelijk. In de jaarlijkse premie is begrepen een opslag voor kosten. Veelal gaat het om incassokosten, beheerskosten en excassokosten. Naar mijn mening behoort de opslag voor incassokosten op grond van goed koopmansgebruik tot de jaarwinst van het onderhavige jaar en dient deze niet gepassiveerd te worden. Meer in het bijzonder dienen de incassokosten toegerekend te worden aan de desbetreffende opbrengst (i.e. de jaarpremie/-koopsom) van het jaar. De opslagen voor beheerskosten en excassokosten dienen naar mijn mening wel gepassiveerd te worden omdat aan de drie criteria van het baksteenarrest wordt voldaan. De kosten vinden hun oorsprong in de financieringsovereenkomst, zijn voor het overige toe te rekenen aan toekomstige jaren en zullen naar voldoende waarschijnlijkheid ook werkelijk gemaakt worden. De winstopslag wordt geheel in de jaarwinst in aanmerking genomen. Het pensioenlichaam maakt gedurende de opbouwfase fiscale winst die belast wordt. Die belasting zal moeten worden voldaan uit de middelen die zijn bestemd om het pensioen uit te betalen, tenzij in de premie een opslag is begrepen om de vennootschapsbelasting uit te voldoen. In dat geval worden de loonkosten verhoogd door de versturende werking van de vennootschapsbelasting. Dit is naar mijn mening een maatschappelijk onwenselijke situatie.

#### **5.5.4 Inkomende waardeoverdracht**

Bij een inkomende waardeoverdracht is de werking op hoofdlijnen overeenkomstig de gevolgen van de ontvangst van de jaarpremie. De overdrachtswaarde is op grond van *BNB* 2006/278 de waarde in het economische verkeer, zijnde het bedrag die een professionele verzekeraar zou vragen om de verplichting over te nemen. De waarde in het economische verkeer van de pensioenverplichting wijkt af van de fiscale waarde. Het in de prijs begrepen bedrag dat ziet op indexatie kan worden toegevoegd aan de voorziening. Dit leidt bij het ontvangende lichaam niet tot fiscale winst. Zoals in paragraaf 5.5.3 is behandeld zijn de artikelen 3.26, 3.27 en 3.28 Wet IB 2001 niet van toepassing. In dezelfde paragraaf is uiteengezet dat de artikelen 3.29 Wet IB 2001 en 8 lid 6 Wet VpB 1969 wel van toepassing zijn. Aan het einde van het boekjaar dient de pensioenverplichting immers gewaardeerd te worden. Als

<sup>431</sup> In dezelfde zin, zie commentaar van Kuypers bij HR 24 december 2010, nr. 09/03431, *NTFR* 2010/1674.

<sup>432</sup> Besluit staatssecretaris van Financiën 16 augustus 1995, nr. DB95/2779M, *BNB* 1995/275.

<sup>433</sup> Zie ook onderdeel B.2.2 van het Besluit van 3 juli 2008.

de marktrente lager is dan 4% leidt art. 3.29 Wet IB 2001 tot fiscale winst. Art. 8 lid 6 Wet VpB 1969 leidt eveneens tot winst bij het ontvangende lichaam in het jaar waarin de waardeoverdracht heeft plaatsgevonden. Het ontvangende lichaam ontvangt ook een vergoeding voor de kosten die het in de toekomst zal moeten maken om de pensioenregeling uit te kunnen voeren.<sup>434</sup> Volgens Staats worden in de praktijk hier standaard bedragen of percentages voor gehanteerd.<sup>435</sup> De Belastingdienst hanteert een absoluut maximum van EURO 20.000,- welk bedrag men regelmatig in de jurisprudentie ziet terugkomen.<sup>436</sup> In Hof Den Haag 17 juli 2013, nr. BK-12/00367, V-N 2013/50.1.1, wordt door belanghebbende geen beroep ingesteld tegen de door de inspecteur gehanteerde vrijval die er mijns inziens op neer komt dat het gehele bedrag voor de kostenopslag in 40 jaar lineair wordt afgeschreven. Helaas wordt uit de feiten van het geding niet duidelijk wat de leeftijd van de pensioengerechtigde is zodat de gehanteerde methode van de Belastingdienst ongewis blijft. Uitgaande van de pensioeningangsdatum van 67 jaar en in aanmerking nemende dat de overlevingstafels tot ongeveer het 120ste levensjaar lopen lijkt mij een lineaire afschrijving in 40 jaar niet bezwaarlijk. Maar, naar mijn mening dient op grond van goed koopmansgebruik, en meer in het bijzonder het baksteenarrest, het gehele bedrag aan de voorziening gedoteerd te worden. De toekomstige uitgaven, zoals de beheerskosten en excassokosten worden dan wanneer zij zich werkelijk voor doen ten laste van de voorziening gebracht en niet ten laste van het resultaat. In de overnamesom zal geen opslag zitten voor incassokosten. De incasso heeft zich immers al voorgedaan. Voor de toekomstige incasso van eventuele jaarpremies geldt hetgeen in paragraaf 5.5.3 is behandeld.

## 5.6 Dividenuitkering

In paragraaf 3.4 en paragraaf 4.5 is het standpunt van de Belastingdienst ter sprake gekomen dat sprake kan zijn van (gedeeltelijke) afkoop van pensioen als dividend wordt uitgekeerd.<sup>437</sup> Het gevolg van (gedeeltelijke) afkoop van pensioen is dat op grond van art. 19b lid 1 Wet LB 1964 de aanspraak op het onmiddellijk daaraan voorafgaande tijdstip wordt aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrekking van de werknemer of gewezen werknemer. Op grond van art. 30i AWR wordt revisierente in rekening gebracht. De vraag komt op in hoeverre de zienswijze van de Belastingdienst door de rechter gevolgd wordt. De stelling van de Belastingdienst is als volgt opgebouwd. "*Indien de BV door het terugbetalen van het aandelenkapitaal of het uitkeren van dividend niet langer in staat is om het pensioen en/of stamrecht volledig uit te keren, is er sprake van een (gedeeltelijke) afkoop van pensioen of stamrecht.*" Hoewel ik mij hier enigszins in kan vinden heeft deze stelling een bijzondere consequentie die er feitelijk op neer komt dat een bv die een pensioen in eigen beheer houdt nimmer dividend uit kan keren. Veelal is het opgebouwd pensioenkapitaal voldoende voor ongeveer 15 tot 20 uitkeringsjaren. In gevallen waarin de pensioengerechtigde die jaren overleeft heeft elke

<sup>434</sup> Op grond van BNB 2004/112.

<sup>435</sup> G. Staats, 'Waardeoverdracht DGA-pensioen: stand van zaken', WFR 2012/130, p. 2.

<sup>436</sup> CAP, *Vraag & Antwoord 13-006 d.d. 27112013*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_13-006.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_13-006.htm) [02-03-2015]; Bijvoorbeeld Hof Den Haag 17 juli 2013, nr. BK-12/00367, V-N 2013/50.1.1.

<sup>437</sup> Ook bij inkoop van aandelen en terugbetaling van kapitaal; CAP, *Vraag & Antwoord 12-008 d.d. 21-09-2012*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_12-008.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_12-008.htm) [02-03-2015].

dividenduitkering het gevolg dat de bv niet in staat is het pensioen volledig uit te keren. Dit is zelfs het geval als de pensioen-bv, commercieel gezien, over voldoende vrije middelen beschikt. Het gevolg van de dividenduitkering is immers dat minder pensioen kan worden uitgekeerd. Deze stelling is op zich zelf bezien innerlijk tegenstrijdig en daarom onhoudbaar. Fiscaal gezien zal het pensioen immers nooit volledig uitgekeerd kunnen worden,<sup>438</sup> ook als geen dividend uitgekeerd wordt. Normaal gesproken zal de pensioenpot eerder op zijn dan de pensioenverplichting een waarde van nul heeft. Volgens de Werkgroep Ondernemerspensioen is in meer dan 90% van de gevallen de vennootschap op termijn niet in staat het pensioen volledig uit te keren.<sup>439</sup> Maar de stelling staat niet op zich zelf, want *“Voor de vraag of de BV nog in staat is om het pensioen en/of stamrecht volledig uit te keren, is het na de uitkering van kapitaal of dividend resterende vermogen van de BV van belang. Er moet voldoende vermogen in de BV achterblijven om het pensioen en/of stamrecht op de korte en lange termijn volledig te kunnen uitbetalen. Voor deze toets moeten alle activa en passiva van de BV (dus inclusief de pensioen- en/of stamrechtverplichting) gewaardeerd worden op de werkelijke waarde in het economische verkeer.”* Zonder nadelige fiscale gevolgen kan dividend uitgekeerd worden indien de waarde van de activa groter is dan de waarde van de passiva, waarbij de waarde bepaald wordt door de waarde in het economische verkeer en de waarde van de pensioenverplichting door het bedrag waarvoor een professionele verzekeraar de verplichting over zou willen nemen. Deze stelling is mijns inziens praktisch onuitvoerbaar en daardoor onhoudbaar. Het is praktisch gezien onmogelijk om van alle activa op de balans de waarde in het economische verkeer te bepalen.<sup>440</sup> Het kan mijns inziens ook niet van de pensioenhoudende vennootschap gevergd worden dat van alle activa wordt bijgehouden wat de waarde in het economische verkeer is. Voorts scharniert de stelling van de Belastingdienst dat sprake is van (gedeeltelijke) afkoop in de zin van art. 19b Wet LB 1964. Het komt mij voor dat dit de enige relevante opmerking van het CAP is. Het is een fiscaal-juridische vraag of bij een dividenduitkering sprake is van (gedeeltelijke) afkoop. Art. 19b lid 1 onderdeel b Wet LB 1964 maakt geen verschil tussen afkoop en gedeeltelijke afkoop. In beide gevallen wordt de gehele aanspraak in de heffing betrokken.<sup>441</sup> In HR 9 november 2012, nr. 11/01418, *BNB* 2013/73 (concl. Niessen, noot Heithuis) en HR 14 november 2014, nr. 13/01643, *BNB* 2015/27 (noot Mertens) is dit bevestigd. Op grond van art. 3.12 URLB 2011 is dit het bedrag dat bij een professionele verzekeraar moet worden gestort teneinde de aanspraak te dekken. In *BNB* 2013/73 heeft belanghebbende, de DGA, een bedrag contant opgenomen van zijn pensioen-bv. Hof 's-Hertogenbosch oordeelt in r.o. 4.11 dat de omstandigheid dat de bezittingen een aanzienlijke lagere waarde hadden dan de verplichtingen reeds betekent dat sprake is van een gedeeltelijke afkoop van het pensioen. In cassatie is dit oordeel met toepassing van art. 81 Wet RO in stand gebleven. Door het gebruik van het woord aanzienlijk houdt het

<sup>438</sup> Uitgezonderd pensioengerechtigden die ruimschoots ouder worden dan 100 jaar.

<sup>439</sup> Werkgroep Ondernemerspensioen, *Het Ondernemerspensioen. Een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013 (DB/2013/576)*, Interim-rapport, Tilburg: Werkgroep Ondernemerspensioen 2014, p. 19.

<sup>440</sup> Doorgaans alle activa waarvan de aanschafkosten meer zijn dan het in art. 3.30 lid 4 Wet IB 2001 genoemde bedrag. Zie ook Besluit Minister van Financiën van 8 maart 2010, nr. DGB2010/1188M, *Stcrt.* 2010, 3992.

<sup>441</sup> Kamerstukken II 1992-1993, 23 046, nr. 3, p. 5.



Hof mijns inziens de mogelijkheid open dat een ander oordeel mogelijk is als de bezittingen door de uitkering slechts in beperkte mate een lagere waarde hebben dan de pensioenverplichting. In HR 21 december 2012, nr. 11/05002, *BNB* 2013/83 (noot Mertens) komt Hof 's-Hertogenbosch tot een vergelijkbaar oordeel. In r.o. 4.12 oordeelt het Hof dat het vermoeden is gerechtvaardigd dat door de verrichte handelingen de bv die het pensioen in eigen beheer houdt in de toekomst niet meer aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen. In casu daalt de dekkingsgraad van 53,5% naar 31,5%. Vervolgens overweegt het Hof in dezelfde rechtsoverweging dat door de afkoop (van een lijfrente) het beschikbare vermogen van de bv zodanig wordt aangetast dat de pensioenaanspraak substantieel wordt aangetast, zo niet illusoir wordt. Het Hof hanteert hier het begrip substantieel dat mijns inziens ruimte laat voor een ander oordeel in gevallen waarin door de uitkering, rechtshandeling of samenstel van rechtshandelingen de dekkingsgraad in beperkte mate lager wordt. In cassatie oordeelt de Hoge Raad in r.o. 3.4 dat dit oordeel voldoende is gemotiveerd en niet onbegrijpelijk is. Bijzonder aan *BNB* 2013/83 is dat de rechtshandelingen die tot afkoop nopen niet zakelijk tot stand zijn gekomen. Mertens is in onderdeel 6 van zijn noot bij het arrest van mening dat het probleem in de te hoge afkoopsom zit en dat hij niet inziet waarom partijen hun contractsvrijheid moet worden onthouden. Ik kan Mertens hier niet goed in volgen. Zoals belanghebbende zelf aangeeft in r.o. 4.10 van de uitspraak van het Hof staat niet vast dat de bv niet aan haar verplichtingen kan voldoen vanwege de mogelijke koersontwikkeling van de effectenportefeuille. Door de gedeeltelijk afkoop wordt het effect van de mogelijke positieve koersontwikkeling op de dekkingsgraad gemitigeerd. In feite gaat het mijns inziens niet om de te hoge afkoopsom, maar om de afkoop zelf. Ik concludeer uit *BNB* 2013/73 en *BNB* 2013/83 dat de vraag of sprake is van (gedeeltelijke) afkoop een feitelijke aangelegenheid is.<sup>442</sup> Volgens Luijken lijkt een direct verband tussen de dividenduitkering en het niet kunnen uitkeren van het volledige pensioen veelal niet aantoonbaar.<sup>443</sup> Ik kan mij daar in vinden. Voor de stelling van de Belastingdienst kan ik geen grond in de wet of in de jurisprudentie vinden. De staatssecretaris is met betrekking tot de dividendproblematiek ook genuanceerder. Hij stelt dat *“daarnaast kan het pensioen in een dergelijke situatie onder omstandigheden fiscaal geacht worden te zijn afgekocht”*.<sup>444</sup> Ik acht de stellingname van de Belastingdienst maatschappelijk onwenselijk en ik beveel aan dat het antwoord op de gestelde vraag genuanceerd wordt. De stellingname leidt namelijk tot onnodige onzekerheid over de mate waarin een lichaam -belast- dividend uit kan keren.

## 5.7 Conclusie

In dit hoofdstuk staan twee onderzoeksvragen centraal: in hoeverre is belastingplicht voor pensioenlichamen wenselijk en in hoeverre voldoet het huidige regime aan het effectiviteits-, efficiëntie- en rechtvaardigheids criterium. De conclusie is dat belastingplicht voor pensioenlichamen onwenselijk is en dat het huidige regime grotendeels niet voldoet aan de criteria.

Pensioenlichamen die uitsluitend een pensioenregeling uitvoeren zijn subjectief belastingplichtig voor

<sup>442</sup> Zie voor deze twee arresten ook paragraaf 3.8.

<sup>443</sup> C.A.H. Luijken, 'Leidt het uitkeren van dividend tot afkoop van pensioen?', *NTRFB* 2014/32, paragraaf 3.2.

<sup>444</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33 752, nr. 75, p. 4.

de vennootschapsbelasting. Dit is een onwenselijk situatie omdat een systeem waarin zowel de fiscale facilitering van pensioen in de opbouwfase als de uiteindelijke heffing over de opgebouwde aanspraak uitsluitend in de loonsfeer plaatsvindt, evenwichtiger is. Bij overlijden wordt de pensioenvoorziening dan in zijn geheel in de heffing van loonbelasting betrokken door een fictief heffingsmoment te creëren op het ogenblik vlak voor het overlijden. De inbreuk op het goed koopmansgebruik door de wetgever heeft geleid tot verschillen in de fiscale en commerciële waardering van een pensioenverplichting. Niet alleen wordt de fiscale facilitering van de pensioenopbouw daardoor momenteel ernstig beperkt, maar de inbreuk kan ook tot problemen leiden bij waardeoverdracht, dividenduitkering en echtscheiding. Mijns inziens is de inbreuk op het goed koopmansgebruik en de leer van de Hoge Raad gerechtvaardigd voor zover die inbreuk er toe leidt dat uitsluitend actuariële methoden voor de waardering van een pensioenverplichting zijn toegestaan. Voor het toestaan van methoden die niet op actuariële beginselen zijn gegrond zijn heden ten dage geen goede argumenten aan te dragen. De last die betrekking heeft op indexatie kan momenteel niet fiscaal in aanmerking worden genomen op een wijze die kennelijk niet door de wetgever was voorzien. Hetzelfde geldt voor de verplichte waardering met een rekenrente van minimaal 4%. Dat geen leeftijdsterugstelling mag worden gehanteerd is mijns inziens eveneens onwenselijk, maar dit is een bewuste keuze van de wetgever geweest. Met de budgettaire gevolgen van de coming-backservice kan beter rekening worden gehouden door de eindloonregeling af te schaffen. De benadering van de Hoge Raad in *BNB 2000/275* en in *BNB 2007/103* is het te prefereren systeem. Om budgettaire redenen is het onmogelijk om ineens over te stappen op een waarderingssysteem waarbij de rekenrente gebaseerd is op de marktrente, indexatie-elementen in aanmerking kunnen worden genomen en rekening kan worden gehouden met toenemende overlevingskansen. Het verdient daarom aanbeveling de benodigde aanpassingen geleidelijk te laten verlopen.

## 6 Conclusie en aanbevelingen

### 6.1 Conclusie

Dat het pensioen in eigen beheer niet beheerst wordt door de Pensioenwet is een juiste beslissing geweest van de pensioenwetgever. De grens van het aandelenbelang dat moet worden gehouden om te voldoen aan de criteria van het DGA begrip in de Pensioenwet is niet onbegrijpelijk, al zijn andere percentages denkbaar. Mijns inziens bestaan geen theoretische gronden waarop het percentage gebaseerd zou moeten zijn. De pensioenopbouw in eigen beheer wordt in de loonbelasting beperkt door het gangbaarheids criterium. Problematisch binnen de loonsfeer is het ontbreken van een regeling voor afkoop van klein pensioen in eigen beheer. Met name voor pensioen-bv's is de uitwerking van het jaarrekeningenrecht onwenselijk. Voldoen aan de verplichtingen uit hoofde van het jaarrekeningenrecht brengt kosten met zich, maar de jaarrekening zelf heeft nauwelijks een functie. Voor intern eigen beheer ligt dit wat anders. Daar kan wel behoefte bestaan aan een jaarrekening, maar ook hier geldt dat het jaarrekeningenrecht een bepaalde mate van overkill bevat. De gebruikers van de jaarrekening van een kleine vennootschap zijn veelal niet de aandeelhouders, maar de vreemd vermogen verschaffers. Deze partijen kunnen een door een accountant goedgekeurde jaarrekening eisen. De vennootschap zal zo een jaarrekening op laten maken zonder dat hiervoor de toepassing van het jaarrekeningenrecht nodig is. In die zin is het jaarrekeningenrecht overbodig. De waardering van de pensioenverplichting die gebaseerd is op het jaarrekeningenrecht wijkt minder af van de waarde in het economische verkeer van de pensioenverplichting dan de fiscale waardering. Het doel van het jaarrekeningenrecht, namelijk inzicht geven in het vermogen van de vennootschap, wordt niet altijd goed bereikt door de waardering te baseren op een rekenrente die overeenkomt met het rendement op hoogwaardige ondernemingsobligaties. Pensioenopbouw in eigen beheer wordt ook beperkt in de winstsfeer. Het is de vraag of onder de huidige omstandigheden de pensioenopbouw van de DGA in eigen beheer niet zo veel wordt beperkt dat de omvang van het op te bouwen pensioen te wensen over laat. Door het verschil in waardering ontstaan problemen als de pensioenverplichting wordt overgedragen of bij een dividenduitkering. Bij overdracht kan ter zake van indexatie een actiefpost op de balans van de overdrager komen te staan. De Belastingdienst neemt het standpunt in dat bij een dividenduitkering ter bepaling van de uitkeerbare reserve alle activa en passiva gewaardeerd moet worden op de waarde in het economische verkeer. Dit standpunt vindt geen steun in de wet of in de jurisprudentie. Naast en nabestaanden hebben in de ogen van de wetgever meer grip op het pensioenkapitaal, hetgeen onrechtvaardig wordt gevonden. Dit heeft geleid tot de totstandkoming van art. 13a SW. Pensioen in eigen beheer is an sich niet maatschappelijk ongewenst. Het is immers een keuze die in alle vrijheid gemaakt kan worden om pensioen in eigen beheer te houden. De onderzoekstelling van dit onderzoek, "Pensioen in eigen beheer is maatschappelijk onwenselijk", is niet verworpen. De fiscale wetgeving ter zake van pensioen in eigen beheer daarentegen laat te wensen over. Door de fiscale wetgeving is pensioen in eigen beheer niet effectief. Immers, de facilitering van de opbouw wordt zowel in de loonsfeer als in de winstsfeer beperkt waardoor uiteindelijk minder pensioen wordt opgebouwd. De fiscale wetgeving kan niet efficiënt genoemd worden. Op het voor fiscalisten

bekende goed koopmansgebruik wordt door de fiscale wetgever inbreuk gemaakt en de wetgeving die daar voor in de plaats komt is lastig te doorgronden en leidt tot onwenselijke en bewerkelijke situaties. In de loonbelasting poogt de fiscale wetgeving tot een materiële gelijke behandeling te komen tussen de DGA en de reguliere wetgever. Mijns inziens is die poging onwenselijk omdat de DGA en de reguliere werknemer zich niet in gelijke omstandigheden bevinden. In de vennootschapsbelasting zijn eveneens bepalingen opgenomen die beogen te voorkomen dat de vennootschap teveel pensioenlast kan nemen. Al met al is de pensioenopbouw in eigen beheer nu op alle fronten beperkt zodat naar mijn mening sprake is geworden van een onrechtvaardige behandeling van de DGA ten opzichte van de reguliere werknemer. Dit ongerechtvaardigde onderscheid komt pregnant naar voren bij een DGA die onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds valt.

## 6.2 Aanbevelingen

De fiscale wetgever heeft ten aanzien van pensioen in eigen beheer het goed koopmansgebruik verlaten zonder daar voor in de plaats een systeem te ontwikkelen dat voldoet aan het effectiviteits-, efficiëntie- en rechtvaardigheids criterium. Daarnaast bestaat in de praktijk het evident van elkaar verschillende interne en externe eigen beheer met welke verschillen fiscaal weinig rekening wordt gehouden. Pensioen in eigen beheer is geen pensioen in de maatschappelijk gebruikelijke betekenis van het begrip, namelijk een levenslange periodieke uitkering. Pensioen in eigen beheer kan dan ook beter een oudedagsvoorziening in eigen beheer of sparen in eigen beheer worden genoemd. Sparen voor de oude dag is tot op zekere hoogte maatschappelijk wenselijk en dient daarom ook fiscaal gefaciliteerd te worden. Dat sparen in eigen beheer niet altijd tot een levenslange uitkering hoeft te leiden is mijns inziens dan ook niet problematisch. Een pensioen-bv is ook niet te vergelijken met een verzekeraar of een pensioenfonds. Desondanks wordt regelmatig de vergelijking gemaakt met een van deze pensioenuitvoerders. Bij pensioen in eigen beheer is het wenselijk dat ten aanzien van het levenslang vereiste een *paradigm shift* plaatsvindt. Met deze inleidende overwegingen in gedachte beveel ik het volgende aan.

De eindloonregeling dient afgeschaft te worden. In de collectieve praktijk wordt het stelsel nog nauwelijks toegepast en het stelsel past ook niet bij de huidige pensioenambitie van een pensioen dat na 40 jaren opbouw niet meer bedraagt dan 75 percent van het gemiddelde pensioengevend loon tot dat tijdstip. Het afschaffen van de eindloonregeling is voordelig voor het budget, voor de kosten van het toezicht en vanwege de wetgeving die vereenvoudigd kan worden. Het budgettaire voordeel kan ingezet worden om andere regelgeving die de opbouw beperkt, zoals het gangbaarheids criterium, af te schaffen.

Het enige noemenswaardige voordeel van intern eigen beheer is dat pensioen kan worden opgebouwd zonder dat dit ten koste gaat van de liquiditeitspositie van de onderneming. Daarentegen is pensioen zonder een opgebouwd kapitaal nauwelijks denkbaar. Een oudedagsvoorziening die afhankelijk blijft van het wel en wee van de onderneming is maatschappelijk minder wenselijk dan een oudedagsvoorziening die dat niet is. Het gaat om het evenwicht tussen enerzijds het gerechtvaardigd

voordeel van fiscaal gefaciliteerd een voorziening voor de oude dag op te bouwen zonder dat dit ten koste gaat van de liquiditeit van de onderneming en anderzijds het gegeven dat een onzekere oudedagsvoorziening maatschappelijk minder wenselijk is. Mijns inziens kan dat evenwicht worden gevonden door de fiscale facilitering van pensioen in intern eigen beheer slechts tot op bepaalde hoogte toe te staan.

Extern eigen beheer heeft als voordeel dat werkelijk gespaard wordt voor de oude dag. Mijns inziens moet dat zonder bijzondere fiscale belemmeringen kunnen gebeuren, maar de fiscale wetgever heeft naar mijn mening wel het recht om te eisen dat de gelden uitsluitend ten behoeve van het pensioen aangewend worden. Aan de fiscale facilitering van extern eigen beheer kunnen daarom eisen worden gesteld die zien op de prudente wijze van beleggen van het lichaam, een FTK-light, en dividenduitkeringen dienen in beginsel een verboden handeling te zijn. Het FTK-light bevat bepalingen die er op zien dat het pensioenkapitaal in slechts zeer beperkte mate binnen de persoonlijke sfeer van de DGA wordt belegd, dat het beleggingsrisico wordt gespreid en dat rekening wordt gehouden met de fase waarin het pensioen zich bevindt (life-cycle strategie).

Momenteel vindt de heffing van belasting ter zake van pensioen plaats in de loonbelasting, de vennootschapsbelasting en de erfbelasting. Ik beveel aan uitsluitend in de loonsfeer te heffen. De facilitering van het pensioen vindt plaats op de gebruikelijke wijze met toepassing van de omkeerregel. De afbouw vindt ook op de gebruikelijke wijze in de loonsfeer plaats, met dien verstande dat op het moment vlak voor het overlijden van de pensioengerechtigde de resterende voorziening geacht wordt te zijn uitbetaald als loon uit vroegere dienstbetrekking. Eventueel kan hiervan worden afgeweken indien een nabestaandenpensioen moet worden uitgekeerd. Het netto bedrag valt dan zonder bijzonderheden in de nalatenschap van de pensioengerechtigde. Art. 13a SW kan komen te vervallen evenals de subjectieve belastingplicht voor het externe pensioen lichaam. De bestaansgrond van de subjectieve belastingplicht, namelijk dat de DGA en zijn familieleden meer greep hebben op het pensioenkapitaal, is namelijk komen te vervallen door de uitkering ineens. Indien en voor zover gelden in het lichaam reteren zonder dat daar pensioenverplichtingen tegenover staan kan dividend worden uitgekeerd. Ik meen dat met dit systeem DGA's een fatsoenlijk pensioen op kunnen bouwen zonder dat de fiscale wetgever hoeft te vrezen dat de opbouw ten koste gaat van de overheidsfinanciën, maar dat geen belaste uitkeringen plaatsvinden.

Mijns inziens is het wenselijk om pensioen in intern eigen beheer op te kunnen bouwen door gebruik te maken van een (derden)rekening bij een bank of verzekeraar. Het pensioenkapitaal bevindt zich dan buiten de risicosfeer van de onderneming zonder dat daarvoor een pensioen-bv voor hoeft te worden opgetuigd. Met het kapitaal kan ter zijner tijd een pensioen worden aangekocht bij een verzekeraar. Het kapitaal kan ook dienen om pensioenuitkeringen uit te financieren. In dat geval hoeft de uitkering niet levenslang te zijn. De hoogte van de uitkering dient actuarieel bepaald te worden, maar naar mijn mening zou enige variatie in de hoogte van de uitkering binnen een bepaalde bandbreedte mogelijk moeten zijn. De hoogte van de uitkering dient gebaseerd te worden op het aanwezige pensioenkapitaal

en zou elk jaar op basis van de huidige tarieven aangepast kunnen worden. Aangezien het levenslangvereiste in wezen minder van toepassing is op pensioen in eigen beheer kan ook gekozen worden voor een uitkering voor een minimaal aantal jaar. Analoot hiearaan beveel ik aan dat premiepensioeninstellingen een beschikbare premie-regeling voor DGA's mogen uitvoeren.

Momenteel wordt mijns inziens teveel waarde gehecht aan de aanspraak zoals die tot stand komt bij een middelloon- of eindloonregeling. Die regelingen veronderstellen een verzekerde regeling: het recht om levenslang een vooraf vastgestelde uitkering te ontvangen. Daarvan is bij eigen beheer geen sprake. Het ligt daarom voor de hand om de fiscale facilitering te maximaliseren tot een bepaald percentage van het loon en in de uitkerende fase meer flexibiliteit te bieden ten aanzien van de hoogte en duur van de uitkering. In die zin is het voorstel van de staatssecretaris voor een nieuw systeem voor pensioen in eigen beheer (de fiscale reserve in eigen beheer voor de oude dag) zeker niet zonder meer onwenselijk te noemen.

## Geraadpleegde bronnen

### Literatuur

- AFM, *Een volgende stap naar meer pensioeninzicht; pensioeninformatie actief gebruiken*, Amsterdam: AFM 2012.
- AFM, *Pensioenrisicoanalyse. Onderzoek naar de verwachte hoogte van toekomstige pensioeninkomens*, Amsterdam: AFM 2012.
- P.G.H. Albert, 'Ficties zijn fictie', *WFR* 2012/1324.
- D.W. Bakker, 'Werknemer de pineut door verbod op pensioenbanksparen', *Pensioen Magazine* 2015, nr. 2.
- A. Bavelaar, 'Verplichte voorzieningen en de waardering ervan', *O&F* 2005, 66.
- H. Beckman, 'De uitkeringstoets', *Ondernemingsrecht* 2012/117.
- H. Beckman, 'Overpeinzingen naar aanleiding van het 'substance over form'- beginsel in het jaarrekeningenrecht', *Ondernemingsrecht* 2009, 21.
- H. Beckman, 'Richtlijn 2012/6/EU: Micro-entiteiten', *Ondernemingsrecht* 2012/124.
- H. Beckman, 'Verschillende verslaggevingsregimes: een getrouw beeld?', *Ondernemingsrecht* 2009, 96.
- H. Beckman en E.A. de Jong, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, Den Haag:Sdu 2015 (ook online).
- P.A. ter Beest en J.T. Gommer, 'Waardering pensioen in (extern) eigen beheer', *WFR* 2009/546.
- A.H.H. Bollen-Vandenboorn e.a., 'Drieluik "De fiscale behandeling van pensioensparen", deel I: 100 jaar omkeerregel', *MBB* 2014/4.
- F.M.M. de Bont, 'De (on)gelijke behandeling van een DGA-pensioen', *WFR* 2000/877.
- P.B. van den Bos en S.Y. Pannekoek, 'Werkgevers en het recht op individuele waardeoverdracht', *TPV* 2014/16.
- H.E. Boschma, en J.N. Schutte-Veenstra, 'De BV uit de steigers!', *Ondernemingsrecht* 2012/116.
- G.R. Boshuizen en P.I.W. Roselle, 'Het pensioen in eigen beheer van de DGA: gemangeld tussen de pensioenregelgeving en de fiscale regelgeving', *WFR* 1995/267.
- G.R. Boshuizen, 'Definitieve oplossing DGA-pensioen nabij?', *WFR* 2000/872.
- M.E.C. Boumans, 'Pensioen in natura, van inkomens- naar verzorgingsvoorziening', *TPV* 2012/2.
- H.J. Bresser, *Belastingplicht voor de vennootschapsbelasting van stichtingen en verenigingen* (Fiscale Geschriften, nummer 26), Den Haag:SDU Fiscaal, 2013.
- R. van den Broek en D.S. Siesling, 'Disconteringsvoet bij pensioenwaarderingen', *De Actuaris* 2009/05.
- Bruins, A., *Ondernemerschap en strategie in het MKB*, Zoetermeer: EIM, 2006.
- B. Dieleman, *Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2012.
- J.A.L. Borremans en F.J.H. Husken, 'Opinie: Rapport Evaluatie Premie Pensioen Instellingen', *P&P* 2014/5.
- CBS, *Potentiële beroepsbevolking blijft straks op peil dankzij 65-plussers*, PB12-073, Den Haag: CBS

2012.

Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, *Naar een activerender belastingstelsel*, Interim-rapport, bijlage bij Kamerstukken II 2012/13, 33 447, nr. 1, p. 81.

Commissie toekomstbestendigheid aanvullende pensioenregelingen, *Een sterke tweede pijler. Naar een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen*, bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 30 413 nr. 139, sp. 73-74.

*Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Deventer: Kluwer 2015 (ook online).

*Cursus Belastingrecht (Loonbelasting)*, Deventer: Kluwer 2015 (ook online).

*Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Kluwer 2015 (ook online).

G.J.B. Dietvorst, 'Een Witteveenpensioen of toch nog maar even nadenken?', *TFO* 1998/163.

J.J.M. van Diggelen, 'Pensioen van een directeur-groootaandeelhouder van een besloten NV', *WFR* 1959/57.

DNB, *De omkeerregel voor pensioenopbouw en de inkomensverdeling*, DNB Kwartaalbericht september 2007, Amsterdam: DNB 2007.

R.P. van den Dool, 'Uitvergroot: Column door Ruud van den Dool', *V-N* 2014/11.0.

R.P. van den Dool, 'Oudedagsvoorzieningen', *WFR* 2011/246.

EIOPA, *Good practices on information provision for DC schemes*, Frankfurt: EIOPA 2013.

M.J.G. Elling, 'Afstempelen van pensioen in eigen beheer. De oplossing?', *Vp-bulletin* 2013, 7/8.

P.H.J. Essers en S.A. Stevens (red.), *Fiscaal commentaar, Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2008.

*Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Loonbelasting en Premieheffingen*, Deventer: Kluwer 2015 (ook online).

J.A. Fray, 'Goed koopmansgebruik', *WFR* 1955/107.

C.J.A. van Geffen, 'Actualiteiten jaarrekeningenrecht: Wet bestuur en toezicht in NV/BV en de EU-richtlijn vrijstellingen micro-entiteiten', *Accountancynieuws* 2011-16.

G.J.J. Heerma van Voss, *Arbeidsovereenkomst, commentaar op artikel 610 Boek 7 BW*, Deventer: Kluwer 2014.

W. Hoekert, 'Financiële opzet', in: Lutjens, E. (red.), *Pensioenwet Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2010.

F.M.H. Hoens, 'Postrelationele pensioensolidariteit: wat een pech, pensioenpot weg (II, slot)', *WPNR* 2013/6961.

J. Hoogendoorn, *Fiscale winstbepaling en maatschappelijke jaarrekening: Goed koopmanschap en de in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar beschouwde normen* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: UvA 2000.

J.B. Huizink, 'De jaarrekening en de kleine onderneming', *TvJR* 2008-06.

J.B. Huizink, 'Jaarrekeningenrecht: graag niet langer voor kleine ondernemingen', *Management Control & Accounting*, juli 2009.

D.N. Hyman, *Public Finance: A Contemporary Application of Theory to Policy*, Florida: Harcourt Brace and Company 2010.



- L. Kok en C. Berden, *De praktijk van waardeoverdracht*, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek, 2010.
- L. Kok en C. Berden, 'Voor- en nadelen van waardeoverdracht', *TPV* 2011/22.
- I.E. Leene-Hoedemaeker, 'Heeft de Pensioenwet de positie van de ongehuwd samenwonende partners verbeterd?', *FJR* 2007, 115.
- E.T. Loijenga, 'Algemeen aanvaarde actuariële grondslagen in de zin van art. 9b', *WFR* 1996/302.
- C.A.H. Luijken, 'Leidt het uitkeren van dividend tot afkoop van pensioen?', *NTFRB* 2014/32.
- E. Lutjens, 'De pensioenovereenkomst', in: Lutjens, E. (red.), *Pensioenwet Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2010.
- A.L. Mertens, 'Plaats en reikwijdte van het negatief loonbegrip', *FED* 2012/47.
- G.T.K. Meussen, 'De Flex-BV en de gevolgen voor de vennootschapsbelasting', *TFO* 2013/127.3.
- H.K.O. Reimers, in: *GS Rechtspersonen, artikel 393 Boek 2 BW*, Deventer: Kluwer 2014.
- H.J. Schut, 'Pensioen in eigen beheer', *WFR* 2000/233.
- SER, *De positie van de directeur-groootaandeelhouder (Advies van 5 februari 2002, SER 2002/01)*, Den Haag: SER 2002.
- B.G.J. Schuurman, 'Beschikbare premie in eigen beheer: leuk voor de dga of voor de adviseur?', *Pensioen Magazine* 2014/130.
- G. Staats, 'Waardeoverdracht DGA-pensioen: stand van zaken', *Pensioen Magazine* 2012/130, p. 1.
- L.G.M. Stevens en B.G.J. Schuurman, *Pensioen in de loonsfeer*, Deventer: Kluwer 2008.
- L.G.M. Stevens, 'Het pensioenregime in de herwaardering', *WFR* 1989/1077.
- L.G.M. Stevens, *Pensioen in de winstsfeer*, Deventer: Kluwer 2010.
- J.L. van de Streek, 'De nog steeds starre fiscale aspecten van de flexibele bv (deel 1)', *WFR* 2011/819.
- J.L. van de Streek, 'De nog steeds starre fiscale aspecten van de flexibele bv (deel 2)', *WFR* 2011/846.
- Vakstudie Nieuws (red.), 'Loonbelasting; Grondslag pensioenopbouw. Uitleg gebruikelijk loon', *V-N* 1997/7.25.
- J. Verhulst en M. Hendriks, 'Maak van waardeoverdracht ook echt waardeoverdracht!', *P&P* 2012/3.
- G.J. Vossestein, 'Europees vennootschapsrecht en de besloten vennootschap', *WPNR* 2014/7030.
- Werkgroep Ondernemerspensioen, *Het Ondernemerspensioen. Een reactie op de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 6 december 2013 (DB/2013/576)*, Interim-rapport, Tilburg: Werkgroep Ondernemerspensioen 2014, p. 19.
- D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud (diss. Rotterdam)*, Deventer: Kluwer 2008.

## Overige bronnen

- DNB, <http://www.statistics.dnb.nl/financieele-instellingen/pensioenfondsen/pensioenregelingen/index.jsp>.
- DNB, <http://www.statistics.dnb.nl/financieele-instellingen/verzekeraars/rechtstreekse-pensioenregelingen/index.jsp>.

DNB, <http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-202012.jsp>.

CAP, *Vraag & Antwoord 08-011 d.d. 02092014*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_08-011.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_08-011.htm).

CAP, *Vraag & Antwoord 08-014 d.d. 19092011*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_08-014.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_08-014.htm).

CAP, *Vraag & Antwoord 08-079 d.d. 11022009*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_08-079.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_08-079.htm).

CAP, *Vraag & Antwoord 08-080 d.d. 11022009*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_08-080.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_08-080.htm).

CAP, *Vraag & Antwoord 12-008 d.d. 21092012*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_12-008.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_12-008.htm).

CAP, *Vraag & Antwoord 13-006 d.d. 27112013*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_13-006.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_13-006.htm).

CAP, *Vraag & Antwoord 14-003 d.d. 19032014*, [http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA\\_14-003.htm](http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_14-003.htm).

*Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*, bijlage bij Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7.

*Rijksbegroting 2015*, [http://www.rijksbegroting.nl/2015/voorbereiding/miljoenennota,kst199383\\_6.html](http://www.rijksbegroting.nl/2015/voorbereiding/miljoenennota,kst199383_6.html).

## **Jurisprudentie**

HvJ EU 21 maart 2011, C-236/09, *NJ* 2011, 120.

HR 17 november 1967, nr. 1967-11-17/*NJ*\_51615, *NJ* 1968, 163.

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

HR 29 juni 1983, nr. 21 435, *BNB* 1984/2.

HR 8 januari 1986, nr. 23 469, *BNB* 1986/87.

HR 12 juni 1991, nr. 27 223, *BNB* 1991/267.

HR 18 december 1991, nr. 27 532, *BNB* 1992/78.

HR 13 maart 1996, nr. 30 705, *BNB* 1996/217.

HR 19 juni 1996, nr. 30 823, *BNB* 1996/264.

HR 19 maart 1997, nr. 31 549, *BNB* 1997/139.

HR 14 november 1997, nr. 16453, *NJ* 1998, 149.

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

HR 3 maart 1999, nr. 32 944, *BNB* 1999/228.

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

HR 20 september 2000, nr. 35 092, *BNB* 2001/81.

HR 21 september 2001, nr. 35 857, *BNB* 2002/51.

HR 28 september 2001, nr. 36 206, *BNB* 2002/54.

HR 28 september 2001, nr. 36 430, *BNB* 2002/55.  
HR 9 augustus 2002, nr. 36 930, *BNB* 2003/26.  
HR 24 oktober 2003, nr. 37 856, *BNB* 2004/112.  
HR 10 februari 2006, nr. C04/305HR, *NJ* 2006, 241.  
HR 14 april 2006, nr. 41 569, *BNB* 2006/278.  
HR 1 september 2006, nr. 40 930, *BNB* 2007/103.  
HR 11 april 2008, nr. 44 089, *BNB* 2008/168.  
HR 25 maart 2011, nr. 10/02146, *BNB* 2011/205.  
HR 17 februari 2012, nr. 11/00371, *BNB* 2012/129.  
HR 9 november 2012, nr. 11/03555, *BNB* 2013/71.  
HR 9 november 2012, nr. 11/01418, *BNB* 2013/73.  
HR 21 december 2012, nr. 11/05002, *BNB* 2013/83.  
HR 22 maart 2013, nr. 12/02909, *BNB* 2013/143.  
HR 14 november 2014, nr. 13/01643, *BNB* 2015/27.

Hof Amsterdam 16 november 1999, nr. 98/2328, *FED* 2000/138.  
Hof Amsterdam 13 november 2014, nr. 14/00174, *NTFR* 2015/767.

Hof Arnhem 30 maart 1999, nr. 97/21878, *FED* 1999/725.

Hof Den Haag 11 mei 1963, nr. 98/1962, *BNB* 1964/38.  
Hof Den Haag 29 april 2003, nr. 02/0764, *V-N* 2003/60.14.  
Hof Den Haag 6 juli 2011, nr. 10/00298, *NTFR* 2011/1819.  
Hof Den Haag 17 juli 2013, nr. BK-12/00368, *V-N* 2013/50.1.2.

Hof 's-Hertogenbosch 10 december 1980, nr. 539/1978, *BNB* 1982/64.  
Hof 's-Hertogenbosch 8 december 1989, nr. 3929/1987, *BNB* 1991/140.

Rb Gelderland 6 februari 2014, nr. AWB 13/514, *V-N* 2014/19.20.8.  
Rb. Zeeland-West-Brabant 17 september 2013, nr. 13/00031, *NTFR* 2014/770.

### **Parlementaire stukken**

Kamerstukken II 1949/50, 1730, nr. 3.  
Kamerstukken II 1962/63, 5380, nr. 23.  
Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3.  
Kamerstukken II 1967/68, 9595, nr. 3.  
Kamerstukken II 1973/74, 13 004, nr. 3.  
Kamerstukken II 1974/75, 13 004, nr. 4.

Kamerstukken II 1974/75, 13 004, nr. 8.  
Kamerstukken II 1979/80, 15 539, nr. 6.  
Kamerstukken II 1978/79, 15 539, nr. 3.  
Kamerstukken II 1978/79, 15 539, nr. 6.  
Kamerstukken II 1979/80, 16 326, nr. 3.  
Kamerstukken II 1980/81, 16 525, nr. 3.  
Kamerstukken II 1987/88, 20 556, nr. 3.  
Kamerstukken II 2008/09, 21 112, nr. 844.  
Kamerstukken II 1988/89, 21 198, nr. 3.  
Kamerstukken II 1993/94, 21 882, nr. 10.  
Kamerstukken II 1993/94, 21 882, nr. 12.  
Kamerstukken I 1993/94, 21 882, nr. 157b.  
Kamerstukken II 1993/94, 21 882, nr. 10.  
Kamerstukken II 2013/14, 22 112, nr. 1856.  
Kamerstukken II 1990/91, 22 167, nr. 2.  
Kamerstukken II 1992/93, 23 046, nr. 3.  
Kamerstukken II 1992/93, 23 046, nr. 79b.  
Kamerstukken II 1992/93, 23 046, nr. 14.  
Kamerstukken II 1992/93, 23 071, nr. 3.  
Kamerstukken II 1992/93, 23 071, nr. A.  
Kamerstukken II 1992/93, 23 123, nr. 3.  
Kamerstukken II 1994/95, 24 328, nr. 1.  
Kamerstukken II 1996/97, 24 761, nr. 7.  
Kamerstukken II 1997/98, 25 810, nr. 2.  
Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3.  
Kamerstukken I 1998/99, 26 020, nr. 104d.  
Kamerstukken II 1998/99, 26 020, nr. 6.  
Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 5.  
Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 6.  
Kamerstukken II 1999/00, 26 727, nr. 17.  
Kamerstukken II 2001/02, 28 294, nr. 1.  
Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 3.  
Kamerstukken II 2003/04, 29 737, nr. 3.  
Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3.  
Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3.  
Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17.  
Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 15.  
Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17.  
Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 24.

Kamerstukken II 2006/07, 30 655, nr. 7.  
Kamerstukken II 2007/08, 31 226, nr. 3.  
Kamerstukken II 2008/09, 31 704, nr. 3.  
Kamerstukken II 2010/11, 32 043, nr. 22.  
Kamerstukken II 2013/14, 32 043, nr. 226.  
Kamerstukken II 2011/12, 32 426, nr. 21.  
Kamerstukken II 2013/14, 32 637, nr. 141.  
Kamerstukken II 2014/15, 32 681, nr. 13.  
Kamerstukken II 2013/14, 33 752, nr. 75.  
Kamerstukken II 2014/15, 34 082, nr. 2.