

Actuele fiscale ontwikkelingen op pensioengebied

Prof. Dr. L.G.M. Stevens

1 Inleiding

De accountant is de laatste tijd geconfronteerd met diverse ingrijpende ontwikkelingen op pensioengebied die uitdrukkelijk zijn professionele aandacht vereisen. Zo dient hij te weten dat met ingang van 8 juli 1994 de Pensioen- en spaarfondsenwet op diverse punten is gewijzigd (afkoopverbod, deeltijderspensioen, overdracht van pensioenkapitaal bij wijziging van dienstbetrekking, etc.), maar hij kan ook te maken hebben met de soms merkwaardige consequenties van de vanaf 1 mei 1995 geldende Wet Pensioenverevening. De fiscale wetgeving spant echter de kroon. In het kader van de Brede-Herwaarderingsoperatie is de regelgeving zowel op het gebied van de pensioenverplichting, alsook ten aanzien van de pensioenaanspraak ingrijpend gewijzigd. Voorts zijn door het rapport van de Werkgroep fiscale behandeling pensioenen richtlijnen opgesteld die de vereiste ruimte moeten geven aan de maatschappelijk gewenste individualiserings- en flexibiliseringsmogelijkheden van de pensioenregeling. De ministerraad heeft op 1 september 1995 met deze voorstellen ingestemd en ze onmiddellijk doen ingaan. Vele ondernemingen zullen de bestaande pensioenregeling tegen het licht moeten houden. De directeur-groootaandeelhouder zal indringende vragen stellen hoe hij zijn oudedagsvoorziening moet rearrangeren. Voor de adviserend accountant is er werk aan de winkel.

Dit artikel beoogt de hoofdlijnen van de thans geldende nieuwe fiscale regelgeving inzichtelijk te maken. Na een beknopte omschrijving van de drie pijlers van ons pensioenstelsel in paragraaf 2 komt in paragraaf 3 de fiscale behandeling van de pensioenaanspraak aan de orde. Daarbij zal

blijken dat de toepassing van de zogenoemde omkeerregel in de loonbelasting voor de ontwikkelingsmogelijkheid van het Nederlandse pensioenstelsel van beslissende betekenis is geweest. De daarin besloten liggende uitstelfaciliteit heeft de groeimogelijkheden van de pensioenvoorziening bepaald. De fiscale pensioendefinitie vormt de spil van deze faciliteit. De daarin per 1 januari 1995 aangebrachte wijzigingen zijn daarom van groot praktisch belang. Ze zullen hierna nader worden toegelicht.

In paragraaf 4 zal de pensioenproblematiek worden gezien vanuit het standpunt van de werkgever. Het gaat daarbij om de vaststelling van de pensioenlasten. In eerste instantie zal de waardering van de pensioenverplichting in eigen beheer aan de orde komen en vervolgens zullen de fiscale aspecten van de pensioenbetalingen worden behandeld. Ook in dit opzicht valt melding te maken van belangrijke wijzigingen in de regelgeving.

Ten slotte komt in paragraaf 5 de fiscale positie van de pensioenlichamen aan de orde en wordt in paragraaf 6 aandacht besteed aan een reparatiebepaling in de successierechtelijke sfeer. De behandeling zal worden toegespitst op een aantal voor de accountant relevante probleemgebieden. Daarbij zullen in het bijzonder de actuele ontwikkelingen met betrekking tot de opstelling van de fiscale openingsbalans worden besproken.

Prof. Dr. L.G.M. Stevens is verbonden aan het Fiscaal Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 De drie pijlers van ons pensioenstelsel

Het in de loop van de tijd gebouwde pensioenstelsel draagt alle kenmerken van de tripartiete-organisatiestructuur die de maatschappelijke verhoudingen in de naoorlogse jaren heeft bepaald. Naarmate met betrekking tot de toekomstvoorziening een hoger ambitieniveau werd nagestreefd werd de verzorgingsvorm gekenmerkt door ruimere vrijheidsgraden in de vormgeving. De geldende toekomstvoorzieningen kunnen thans in drie verzorgingsniveaus worden onderverdeeld:

- de wettelijke basispensioenen (AOW, AWW en AAW);
- de aanvullende pensioenregelingen gebaseerd op een arbeids- of beroepsactiviteit;
- vrijwillige voorzieningen, die de werknemer zelf tot stand brengt en die in beginsel 'los' staan van de arbeidsovereenkomst.

Voor elke laag zijn afzonderlijke wettelijke voorschriften van toepassing. Naar bereikt verzorgingsresultaat kunnen de bestaande regelingen echter niet onafhankelijk van elkaar worden gezien. Zo vullen AOW en aanvullend pensioen elkaar aan tot een totaal pensioenresultaat en wordt de toegankelijkheid van de ene regeling beïnvloed door het beroep op de andere. Complicatie is echter dat de huidige verkokerde regelgeving het uiteindelijke pensioenresultaat op nogal toevallige wijze beïnvloedt en dat er tot op de dag van vandaag nog te weinig coherent pensioenbeleid is ontwikkeld. Het is dan ook maar zeer de vraag of de wenselijke geïntegreerde pensioenresultaatbenadering ook voldoende realiteitsgehalte heeft.

Samenlevingsvorm en toekomstvoorziening

Ook in een ander opzicht werd het pensioengebouw duidelijk bepaald door de bestaande naoorlogse maatschappelijke verhoudingen. Het gezin was de hoeksteen van de samenleving en alle verzorgingsregelingen waren dan ook eenzijdig op die samenlevingsvorm gericht. Uniformiteit en conformiteit waren troef. In de jaren tachtig begon de wens tot individualisering en flexibilisering echter steeds sterker door te klinken. Ook met betrekking tot ons stelsel van toekomstvoorzieningen werd in toenemende mate de wens tot grotere individualisering en flexibilisering gehoord. De in de naoorlogse jaren als vanzelfsprekend ervaren gezinsideologie, die ook aan de vormgeving van de bestaande verzorgingsvoorzieningen ten

grondslag heeft gelegen, wordt meer en meer vervangen door individu-gerichte regelingen waarin het samenleven als zodanig geen relevante factor meer is. De leefvorm wordt gezien als een strikt individuele keuze die geen maatschappelijke consequenties dient op te roepen. Het gezin verliest daarmee de exclusieve status die het in dat opzicht steeds heeft gehad. De aanwezigheid van inkomensafhankelijke partners en/of kinderen binnen een samenlevingsverband is niet langer relevant, noch voor de verdienende partner voor de vaststelling van zijn draagkracht, noch voor de inkomensafhankelijke partner ter beperking van zijn individuele beroep op sociale zekerheid.

Van de individualiseringstendens te onderscheiden, maar evenzeer voor de vormgeving van de toekomstvoorzieningen relevant, is de maatschappelijke wens tot gelijke behandeling van de gekozen samenlevingsvormen. Dit neutraliteitsprincipe houdt wél rekening met de samenlevingsvorm, maar gaat uit van een gelijke behandeling van alle leefvormen. Het traditionele onderscheid 'gehuwd/ongehuwd' wordt vervangen door het onderscheid 'samenlever/alleenstaande'. Zowel in de fiscaliteit als in de sociale zekerheid is de gelijke behandeling van samenlevingsverbanden langzamerhand regel geworden.

3 Fiscale facilitiëring van de aanspraak op pensioen

3.1 Fiscale facilitiëring van het pensioen na het rapport van de Werkgroep fiscale behandeling pensioenen

De pensioenregelingen worden in de fiscale sfeer op drie punten begunstigd:

- 1 Aanspraken die berusten op een pensioenregeling worden niet tot het loon gerekend. De belastingheffing wordt *uitgesteld* tot deze aanspraken uitmonden in pensioenuitkeringen. Deze regeling strekt zich ook uit tot de eigen bijdrage van de werknemer (=omkeerregel).
- 2 Van het recht van successie is vrijgesteld hetgeen wordt verkregen op grond van een pensioenregeling.
- 3 Tot de bezittingen die aan de *vermogensbelasting* worden onderworpen behoren niet de rechten die berusten op een pensioenregeling. Verreweg de belangrijkste faciliteit is de omkeerregel in de loonbelasting. De precieze

vormgeving van deze faciliteit is in het kader van de Brede Herwaardering II onderwerp van discussie geweest. Wat onder een pensioenregeling moet worden verstaan, heeft de fiscale wetgever vastgelegd in een tautologisch geformuleerde definitie. Hij heeft bij de omschrijving gebruik gemaakt van een vage norm, die aan de rechter de mogelijkheid geeft de fiscale rechtstoepassing te doen aansluiten bij de maatschappelijke opvattingen omtrent pensioen. Ingaande 1 januari 1995 is deze pensioendefinitie ingrijpend gewijzigd. Thans luidt de wettelijke definitie als volgt¹: 'Onder pensioenregeling wordt verstaan een regeling die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend:

- a ten doel heeft de verzorging van de werknemers en gewezen werknemers bij invaliditeit en ouderdom en de verzorging van hun echtgenoten en gewezen echtgenoten, dan wel degenen met wie zij duurzaam een gezamenlijke huishouding voeren of hebben gevoerd en met wie geen bloed- of aanverwantschap in de rechte lijn bestaat, en van hun eigen kinderen, stiefkinderen en pleegkinderen die de leeftijd van 30 jaar nog niet hebben bereikt, en
- b een pensioen inhoudt dat niet uitgaat boven hetgeen naar maatschappelijke opvattingen, mede in verband met diensttijd en genoten beloning, redelijk moet worden geacht en waarvan als verzekeraar optreedt een natuurlijk persoon of lichaam als omschreven in artikel 11b, eerste lid.

Deze definitie bevat een drietal kenmerken:

- 1 de regeling mag slechts betrekking hebben op een beperkte kring van met name genoemde verzorgingsbehoeftigen;
- 2 de regeling mag slechts voorzien in een pensioen dat naar maatschappelijke opvattingen niet bovenmatig is;
- 3 de regeling moet erop zijn gericht te bereiken dat de verzorgingsvoorziening ook daadwerkelijk wordt uitgevoerd.

We zullen de voor de praktijk relevante ontwikkelingen binnen deze kenmerken nader bezien.

3.2 De kring van verzorgingsgerechtigden

In eerste instantie vallen onder de kring van verzorgingsgerechtigden de werknemer zelf, zijn echtgeno(o)t(e) en zijn kinderen. Daaraan is per 1

januari 1995 toegevoegd de partner van de werknemer ingeval sprake is van ongehuwd samenwonen en geen bloed- of aanverwantschap in rechte lijn bestaat. Op deze wijze is de reeds geldende aanwijzingsresolutie betreffende het partnerpensioen gecodificeerd. Partnerpensioenen moesten tot de datum van inwerkingtreding van het wetsvoorstel Brede Herwaardering II afzonderlijk worden aangewezen om als pensioenregeling te kunnen worden aangemerkt. Dat is nu dus niet langer nodig. Ook sluit de huidige definitie beter aan bij de mogelijkheid dat de ex-echtgenoot recht kan hebben op een nabestaandenpensioen. In de tot en met 1994 geldende definitie stond dit niet met zoveel woorden vermeld, maar in de praktijk werd daar nimmer een probleem van gemaakt.

Ten aanzien van wezenpensioenen voor de kinderen van de werknemer is aansluiting gezocht bij het bij Brede Herwaardering I tot stand gekomen regime voor lijfrenten in de inkomstenbelasting. Als gevolg hiervan is per 1 januari 1995 de gehanteerde leeftijdsgrens van 21 jaar verhoogd naar 30 jaar en is de voorwaarde ter zake van de ongehuwde staat van het kind vervallen.

De Werkgroep fiscale behandeling pensioenen heeft deze omschrijving voldoende ruim geoordeeld om de maatschappelijk gewenste flexibiliteit in de pensioenregelingen tot stand te kunnen brengen.

3.3 Toegestane omvang van het pensioen

In de definitie van het begrip pensioenregeling wordt nadrukkelijk een relatie gelegd met de diensttijd en de genoten beloning. De wettekst bevat de passage: '...mede in verband met diensttijd en genoten beloning'. Deze formulering lijkt slechts ruimte te bieden aan pensioensystemen die zijn gebaseerd op het dienstjarenbeginsel. Dit neemt niet weg dat onder omstandigheden ook het levensjarenbeginsel fiscaal acceptabel kan zijn.² We zullen ons thans evenwel concentreren op het dienstjarenbeginsel. Bij toepassing van dit beginsel wordt voor de pensioenopbouw slechts in aanmerking genomen de bij dezelfde werkgever doorgebrachte diensttijd. Alhoewel in de fiscale praktijk van geval tot geval moet worden beoordeeld of de pensioenregeling in overeenstemming is met de maatschappelijke opvattingen omtrent pensioen, zijn vuistregels ontwikkeld over de toegestane omvang ervan.

De salaris-/diensttijdnorm

De omvang van de pensioennorm wordt uitgedrukt in een percentage van de pensioengrondslag per jaar, de salaris-/diensttijdnorm. In de fiscale jurisprudentie werden sterk wisselende percentages gehanteerd, variërend tussen 1,75% en 3%. De fiscus heeft aan de salaris-/diensttijdnorm voor met name directeuren-grotoaandeelhouders een concrete invulling gegeven in de resolutie van 13 augustus 1987, BNB 1987/261. Daarin wordt uitgegaan van het standpunt dat het pensioen max. 70% van het (laatstgenoten) loon mag bedragen. Is het aantal te behalen dienstjaren minder dan 30, dan werd zonder nadere motivering een opbouwpercentage van ten hoogste 2,33 per dienstjaar toegepast.

De vaststelling van een pensioennorm op basis van bijvoorbeeld 70% van het laatstgenoten salaris zegt evenwel nog niet alles over het uiteindelijke pensioenresultaat. Daarvoor is mede van belang de vraag of dit pensioen welvaarts- of waardevast is, of mogelijk in het geheel niet is geïndexeerd. In het algemeen is toezegging van een welvaarts- of waardevast pensioen niet in strijd met de maatschappelijke opvattingen omtrent pensioen. Meestal geschiedt dit door koppeling van de uitkering bij pensioeningang aan de loon- of prijsindex.

De Werkgroep fiscale behandeling pensioenen heeft voorstellen gedaan om te komen tot een meer flexibele regelgeving. Zij is van oordeel dat de in artikel 11, derde lid, Wet op de loonbelasting 1964 neergelegde uitgangspunten gehandhaafd dienen te blijven en dat er mitsdien een band tussen de hoogte van het pensioen, het genoten salaris en de diensttijd (pensioenjaren) moet blijven bestaan. Zij acht evenwel nadere criteria wenselijk om in de praktijk de fiscale aanvaardbaarheid van pensioenregelingen gemakkelijker te kunnen beoordelen en ter verbetering van de rechtszekerheid omtrent de fiscale acceptatie van de concrete regeling. Uitgangspunt van de werkgroep was de geldende maatschappelijke opvattingen dat een vol pensioen van 70% in ten minste 35 jaar moet kunnen worden opgebouwd. Dat resulteert in een salaris-/diensttijdnorm van maximaal 2% per jaar. Voor andere dan eindloonsystemen dienen opbouwpercentages te worden vastgesteld die naar hun pensioenresultaat overeenkomen met 2% per jaar op eindloonsbasis. Met betrekking tot

het niveau van het pensioen stelt de Werkgroep de volgende regels voor:

- * Indien na het bereiken van de pensioenrichtleeftijd wordt doorgewerkt mag dat pensioen (inclusief AOW) vanaf 65-jarige leeftijd niet uitgaan boven 100% van het laatstgenoten salaris (100%-norm). Bij de vaststelling van de 100%-norm blijft buiten aanmerking het verschil in premie volksverzekeringen vóór en na 65 jaar. Uitgezonderd van de 100%-norm is een aantal hierna nog te noemen componenten die wel kunnen leiden tot overschrijding van de 100%-norm, zonder dat dit tot bovenmatigheid leidt.
- * De 100%-norm geldt exclusief de geaccepteerde flexibiliseringselementen. Deze kunnen het pensioenresultaat dus boven de 100%-norm doen uitgaan. De bedoelde flexibiliseringselementen zijn:
 - indexering van het ingegane pensioen;
 - variabilisering van de uitkeringen (maximale bandbreedte is 100:75);
 - positieve gevolgen van waarde-overdracht;
 - ruil tussen nabestaandenpensioen en ouderdomspensioen.
- * Het nabestaandenpensioen exclusief wezenpensioen bedraagt maximaal 50% van het door de overledene bereikbare eindloon in dezelfde functie.
- * In elke pensioenregeling behoort een pensioenrichtleeftijd te worden opgenomen. Die pensioenrichtleeftijd dient te worden gesteld op minimaal 60 jaar en maximaal 65 jaar. Indien geen pensioenrichtleeftijd wordt opgenomen wordt uitgegaan van een pensioenrichtleeftijd van 65 jaar.
- * Gegeven de maximering van het opbouwpercentage, behoeft een begrenzing van de uittredingsleeftijd niet krap te worden gesteld. De uiterste leeftijden worden gesteld op 55 jaar (vroegste uittredingsleeftijd) en 70 jaar (uiterste uittredingsleeftijd). Bij vervroeging en uitstel ten opzichte van de pensioenrichtleeftijd vindt steeds actuariële herrekening plaats. Uiterlijk nadat de arbeidswerkzaamheden door pensionering (gedeeltelijk) zijn beëindigd kan (voor dat deel) geen pensioen meer worden opgebouwd en dient de uitkeringsfase in te treden.
- * Indien na het bereiken van de pensioenrichtleeftijd wordt doorgewerkt is verdere opbouw

en actuariële oprenting desgewenst mogelijk tot de 100%-norm.

- * Men kan reeds pensioen genieten, terwijl de arbeidswerkzaamheden ook in die dienstbetrekking nog niet (geheel) zijn beëindigd (deeltijdpensioen).

VUT-regelingen

Zoals is opgemerkt gelden voor VUT-regelingen soortgelijke regels als voor de pensioenregeling. Door de ingevoerde flexibiliseringsmogelijkheden komen de VUT-regelingen echter onder druk te staan. Teneinde desgewenst de overgang van bestaande VUT-regelingen naar het verruimde flexibel pensioensysteem mogelijk te maken is het bij wijze van overgangsregeling wenselijk en aanvaardbaar dat vanaf het tijdstip waarop de aanbevelingen in werking treden thans bestaande VUT-regelingen kunnen worden omgezet in een prepensioenregeling. Na uiterlijk 10 jaar na het tijdstip waarop de aanbevelingen in werking treden dient de prepensioenregeling in overeenstemming te zijn met de nieuwe voorwaarden. De prepensioenregeling kan voorzien in een pensioen van maximaal 85% van het eindloon en mag worden opgebouwd in een periode van minimaal 10 jaar; het prepensioen kan niet eerder ingaan dan op 55-jarige leeftijd en dient uiterlijk op de pensioenrichtleeftijd te eindigen. Er dient naar het oordeel van de werkgroep een anti-cumulatieregeling te komen voor samenloop binnen dezelfde dienstbetrekking. Pensioenuitkering en VUT kunnen niet samenlopen indien de samenloop ertoe leidt dat de 100%-norm wordt overschreden.

Dienstjaren

De tweede component van de salaris-/diensttijdnorm is de diensttijd. Onder diensttijd wordt verstaan de tijd die in dienstbetrekking wordt doorgebracht. Soms wordt daarin enige verruiming gebracht. De Werkgroep fiscale behandeling pensioenen heeft ook met betrekking tot de diensttijd nadere voorstellen gedaan. Zij gaat uit van een ruim begrip diensttijd. Hieronder worden mede verstaan periodes van ouderschapsverlof (binnen de wettelijke termijnen), sabbatical years, studieverlof en periodes na onvrijwillig ontslag. Zij opent ook de mogelijkheid tot inkoop van niet-verzekerde dienstjaren, met dien verstande dat aldus de diensttijd uit het verleden niet op een groter aantal jaren kan worden gesteld dan de werkelijk vervulde diensttijd in Nederland,

eventueel inclusief de voor de sociale verzekeringswetgeving in aanmerking genomen periode van detachering.

Pensioengevend salaris

De salaris-/diensttijdnorm legt een koppeling met de omvang van het salaris. Naast regelingen op basis van nominaal gefixeerde bedragen kennen we het beschikbare premiestelsel en het middelloonsysteem. Verreweg het meest voorkomende, en voor de werknemer het meest attractieve stelsel, is het eindloonstelsel. Bij toepassing van dit stelsel wordt de pensioenuitkering afgeleid van het laatstgenoten salaris. Zowel de loonsverhogingen ten gevolge van positieverbetering en reële loonsverhogingen, alsook de louter inflatoire loonsverhogingen leiden tot verhoging van de pensioengrondslag. Voor de werkgever betekent het dat zijn pensioenkosten een explosief karakter kunnen aannemen en dat loonsverbeteringen van oudere werknemers backservice-pensioenkosten kunnen oproepen die in geen relatie meer staan tot de toekomstige arbeidsprestaties. Vele variaties op dit patroon zijn denkbaar. Zo komt naast het volledige final-paypensioen ook het gedeeltelijk final-paypensioen en het standaard final-paypensioen voor. Bij toepassing van dergelijke varianten wordt niet elke loonsverhoging volledig in een hogere pensioengrondslag vertaald. Te denken is aan de mogelijkheid om salarisverhogingen die een bepaald percentage te boven gaan uit te sluiten, of de pensioengrondslag te stellen op het salarismiddel van de laatste drie of vijf jaren.

De keerzijde van het eindloonstelsel is dat salarisverlaging vlak voor de pensioendatum aanzienlijk pensioenverlies tot gevolg kan hebben. Door inbouw van een anti-terugvalclausule kan een dergelijk pensioenverlies vermeden worden. In de pensioenbrief kan worden bepaald dat loonsverlaging geen consequenties mag hebben voor de reeds opgebouwde rechten. De Werkgroep fiscale behandeling pensioenen heeft daarvoor een speciale demotieregeling ontworpen. Indien een werknemer aan het eind van zijn carrière terugtreedt naar een lager gekwalificeerde functie met een lager salaris (demotie), ontmoet het geen bezwaar dat de opbouw van pensioen wordt gecontinueerd alsof het oude salaris was gehandhaafd. De demotieperiode mag niet langer zijn dan maximaal 10 jaar voorafgaand aan de pensioenrichtleeftijd.

Veel voorkomende discussiepunten hebben betrekking op de vraag welke componenten van het salaris wél en welke niet in aanmerking kunnen worden genomen. Uitgangspunt is het vaste salaris. De met ingang van 1 januari 1990 ingevoerde *overhevelingstoeslag* is op grond van een uitdrukkelijk wettelijk voorschrift voor invulling van de secundaire arbeidsvoorwaarden niet als loon aan te merken. Het kan om die reden geen onderdeel zijn van het pensioengevend salaris. De Werkgroep fiscale behandeling pensioenen heeft daartoe de volgende aanbevelingen gedaan:

- * Over variabele beloningsbestanddelen en loon in natura mag pensioen worden opgebouwd. Bij de opbouw over niet structurele variabele looncomponenten, bijvoorbeeld winstafhankelijke beloningen, zal het middelloonsysteem dan wel het beschikbare premiesysteem gehanteerd moeten worden.
- * Om te voorkomen dat het eindloonstelsel op oneigenlijke wijze wordt gebruikt mogen salarisstijgingen over de laatste vijf jaren voorafgaande aan de pensioenrichtleeftijd in aanmerking worden genomen tot de in de CAO-regeling afgesproken algemene loonindex verhoogd met 2%-punten dan wel tot de gerealiseerde loonstijging in de desbetreffende bedrijfstak verhoogd met 2%-punten. Met salarisstijging als gevolg van een gangbare functiewijziging en gangbare leeftijdsperiodieken mag echter in elk geval rekening worden gehouden.

Bovenmatige pensioenregelingen

De pensioentoezegging moet blijken de wettelijke pensioendefinitie in een redelijke verhouding staan tot het genoten salaris. Voor bovenmatige pensioenregelingen geldt de omkeerregel niet en is de aanspraak op pensioen belast. Het belastinguitstel wordt door de bovenmatigheid dus verspeeld. Daarenboven wordt sedert 1 januari 1995 ook de uit de belaste aanspraak voortvloeiende uitkeringen belast. Dit geschiedt volgens de overschotmethode, waardoor in feite slechts de waarde-aangroei van de eerder belaste aanspraak wordt belast.

De AOW/AWW-inbouw

Voor de fiscale opvatting is de maatschappelijke opvatting omtrent pensioen beslissend. Voor de concretisering van dit begrip is uit de aard der

zaak in hoge mate bepalend wat te doen gebruikelijk is in het collectieve arbeidsvoorwaardenoverleg met betrekking tot pensioen. Daarbij blijkt dat in de getroffen pensioenregelingen inbouw van de AOW als basispensioen *usance* is. Om die reden zullen de fiscus en de belastingrechter ook van een noodzaak tot AOW-inbouw uitgaan.

In de pensioendiscussie speelt daarom de samenhang tussen de basispensioenen ingevolge de volksverzekeringen en de aanvullende pensioenen een belangrijke rol. De cruciale vraag is of maatschappelijk gezien het pensioen als één geheel (AOW + aanvullend pensioen) moet worden gezien, dan wel of het aanvullend pensioen afzonderlijk van het basispensioen op zijn merites moet worden beoordeeld. In de bestaande pensioenregelingen worden uiteenlopende franchisesystemen gehanteerd. In hoofdzaak zijn twee soorten te onderscheiden:

- 1 Franchises die rekening houden met de daadwerkelijk te ontvangen AOW. Voor alle individuen komt dan het aanvullend pensioen te zamen met de AOW (= totale pensioenresultaat) op eenzelfde niveau uit. Draagkrachtverschillen in de AOW worden als het ware door de aanvullende pensioenen weer geëlimineerd.
- 2 Franchises die onafhankelijk zijn van de hoogte van de per individu te ontvangen AOW. Dit leidt tot een gelijk aanvullend pensioen voor verschillende soorten werknemers. De daarnaast te ontvangen AOW leidt echter tot een verschil in het totale pensioenresultaat (bijvoorbeeld tussen gehuwden en alleenstaanden).

Een andere koppeling tussen aanvullend pensioen en AOW is mogelijk door toepassing van de AOW-inbouwmethode. Het pensioen wordt gedefinieerd als een percentage, veelal 70%, van het (laatst genoten) salaris. Daarop wordt de AOW - of een deel ervan - in mindering gebracht. Deze 'aftrek' geschiedt jaarlijks na pensioeninangsdatum op basis van de dan geldende AOW.

Rondom de wijze waarop de basispensioenen in de pensioenregeling moeten worden ingebouwd heeft tot voor kort veel onzekerheid bestaan. De fiscus heeft zich in het verleden steeds op het standpunt gesteld dat als AOW-franchise moet worden ingebouwd het pensioen waarop de pensioengerechtigde, gelet op zijn burgerlijke

staat, recht zal hebben. Door individualisering van de AOW is dit standpunt echter hopeloos verouderd geraakt. De Werkgroep fiscale behandeling pensioenen heeft thans deze knoop doorgehakt en voorgesteld in alle gevallen uit te gaan van het individuele AOW-basispensioen. Voorts heeft zij het tijdelijk overbruggingspensioen (TOP) ter compensatie van het ontbreken van AOW tussen de pensioenrichtleeftijd en de 65-jarige leeftijd genormeerd. De maximale hoogte van het TOP is gelijk aan de AOW-inbouw in de regeling verhoogd met het verschil in premies volksverzekering vóór en vanaf de 65-jarige leeftijd, over het totale pensioen. Het TOP kan, mits actuair herkend ook vóór de pensioenrichtleeftijd ingaan. Het TOP mag desgewenst versneld, in minimaal 10 jaar voorafgaand aan de pensioenrichtleeftijd, worden opgebouwd. Het TOP kan ook later ingaan dan de pensioenrichtleeftijd. In dat geval kan een nog niet volledige opgebouwde TOP worden aangevuld. Is het TOP volledig opgebouwd, dan kan het pensioen worden opgebouwd tot de 100%-norm. Wordt die norm overschreden dan dienen het TOP en het ouderdomspensioen in te gaan.

Positie van de directeur-groootaandeelhouder

Ook al voelt menig directeur-groootaandeelhouder zich ondernemer, fiscaal beschouwd is hij gewoon werknemer. Hij heeft een arbeidsovereenkomst en kan dus ook een pensioenrecht hebben. De daarmee samenhangende kosten komen als loonkosten in mindering op de winst van de BV. Omdat vanuit het gezichtspunt van de aandeelhouder bekeken dergelijke bedrijfskosten slechts één keer worden belast (inkomstenbelasting) en de winstuitdeling twee keer (inkomstenbelasting én vennootschapsbelasting), bestaat er voor de directeur-groootaandeelhouder een permanente verleiding de winst binnen te halen langs de weg der bedrijfslasten, zodanig dat ze hem toch tot voordeel strekken. Voor de directeur-groootaandeelhouder bestaat er immers niet - zoals bij de andere werknemers het geval is - strijdigheid van belang tussen werkgever en werknemer. De inspecteur vennootschapsbelasting waakt echter tegen deze zogenoemde verkapte winstuitdelingen. Voor zover het pensioen een vergoeding is voor de verrichte arbeid wordt de aftrekbaarheid als bedrijfslast door niets belemmerd. Maar als de uitkering een redelijke vergoeding voor verrichte arbeid overtreft, is er sprake van een verkapte winstuitdeling. Of en in

hoeveer hiervan sprake is, zal naar omstandigheden beoordeeld moeten worden.

Ook onderscheidt het pensioen van de directeur-groootaandeelhouder zich van de andere pensioenen in die zin dat zij niet bij professionele pensioenlichamen als de verzekeringsmaatschappijen of pensioenfondsen behoeven te worden ondergebracht, maar onder bepaalde voorwaarden in eigen beheer of door 'eigen' directiepensioenlichamen kunnen worden uitgevoerd. Op de consequenties daarvan kom ik nog terug.

3.4 De anti-misbruikbepalingen

Bij inwerkingtreding van de Wet Brede Herwaardering II per 1 januari 1995 heeft de wetgever waarborgen ingebouwd die moeten voorkomen dat de toepassing van de omkeerregel, en het daaraan gepaard gaande belastinguitstel, kan worden gebruikt in strijd met doel en strekking van de wet. Strijdigheden met de voorgestelde nieuwe pensioendefinitie kunnen ontstaan in een viertal gevallen:

- a te ruime kring van gerechtigden;
- b bovenmatigheid van het pensioen;
- c afkoop- of vervreemding van het pensioen en daarmee gelijkgestelde rechtshandelingen, zoals het afzien van pensioen;
- d de pensioenuitvoerder voldoet niet langer aan de wettelijke eisen.

Ad a en b: Het pensioen voldoet niet langer aan de pensioendefinitie

Er is, naast de hierna onder c en d genoemde sanctiebepalingen, een algemene sanctie die in alle vier bovenstaande gevallen in werking treedt. Deze is reeds bij de beschrijving van de kring van gerechtigden en de omvang van het pensioen aan de orde geweest. De omkeerregel kan niet meer worden toegepast en voorts geldt als nadere consequentie dat onmiddellijk voorafgaande aan het moment waarop de pensioen- of VUT-regeling niet langer aan de wettelijke voorwaarden voldoet de aanspraak wordt aangemerkt als loon uit een vroegere dienstbetrekking van de werknemer of gewezen werknemer (fictieve aanspraak). Is de werknemer op dat moment overleden dan geldt het sanctieregime voor de gerechtigde tot de aanspraak. De waarde van de aldus belast verklaarde aanspraak wordt gesteld op de bedragen die op dat moment bij een derde zouden moeten worden gestort om de aanspraak te dekken.

Deze door de wetgever bewust gekozen systematiek brengt mee dat deze belaste fictieve aanspraak niet onder het bijzondere tarief van de inkomstenbelasting valt, maar progressief wordt belast. De uit de fictief belaste aanspraak voortvloeiende uitkeringen worden vervolgens te zijner tijd volgens de overschotmethode belast.

Ad c: Het pensioen wordt vervreemd of afgekocht

Een aanspraak ingevolge een pensioenregeling mag niet kunnen worden afgekocht, vervreemd in andere dan bij wet geregelde gevallen of formeel of feitelijk tot voorwerp van zekerheid worden gesteld. Deze wettelijke afkoop- en vervreemdingssanctie is ingevoerd om te kunnen afdwingen dat geen handelingen worden verricht die ertoe kunnen leiden dat het voor de verzorgingsvoorziening bestemde kapitaal op een eerder moment kan worden verteerd. Gebeurt dat toch dan worden de genoten voordelen van het belastinguitstel alsnog ogenblikkelijk teruggenomen. Daartoe zijn specifieke sanctiebepalingen in het leven geroepen.

Onder de ongewenste handelingen kan ook worden begrepen het afzien van pensioen. Wanneer een pensioenregeling door een eigen pensioen-BV wordt uitgevoerd kan het prijsgeven van de aanspraken immers een gelijk effect oproepen als afkoop ervan, aangezien het prijsgeven van het pensioen via toename van de waarde van de aandelen van de pensioen-BV toch de pensioenge-rechtigde aandeelhouder ten goede komt.

Niet elke overdracht van pensioen- of VUT-rechten moet echter fiscale belemmering ondervinden. Daartoe is bij inwerkingtreding van de aangescherpte regelgeving per 1 januari 1995 een mogelijkheid tot geruisloze (onbelaste) overdracht van pensioen- of VUT-kapitaal ingebouwd. Evenals dit het geval is bij de gefaciliteerde lijfrenten kan het pensioen zonder sanctiebepalingen worden overgedragen binnen de kring van toegelaten pensioenuitvoerders.

Ad d: De toegelaten pensioenuitvoerder voldoet niet langer aan de voorwaarden

Wanneer een pensioentoezegging is ondergebracht bij een niet toegelaten pensioenuitvoerder zal de omkeerregel bij inwerkingtreding van het voorstel Brede Herwaardering II van stond af aan toepassing missen. De aanspraak is dus bij toezegging belast, en de waarde-aangroei begre-

pen in de uit de belaste aanspraak stammende periodieke uitkering wordt vervolgens te zijner tijd via de overschotmethode belast. Er is slechts sprake van een pensioenregeling in de zin van de loonbelasting als de pensioenuitvoerder een professionele pensioenuitvoerder is dan wel sprake is van eigen beheer of uitvoering door toegestane eigen pensioenlichamen.

Voor een 'professioneel' pensioenfonds of een 'professionele' verzekeringsmaatschappij geldt dat sprake is van een toegelaten verzekeraar als het fonds of de verzekeringsmaatschappij in Nederland is gevestigd of in Nederland een vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger heeft. Bij eigen beheer en uitvoering door eigen pensioenlichamen geldt als belangwekkende aanvullende voorwaarde dat uitvoering door een 'eigen' pensioenlichaam en uitvoering in eigen beheer slechts mogelijk is voor toezeggingen die vrijgesteld zijn van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW). Door dat vereiste is de reikwijdte van de PSW ook voor de fiscaliteit van groot belang geworden. Om inwerkingtredingscomplicaties te vermijden is in artikel 36 Wet LB 1994 het overgangsrecht geregeld.

Wordt na verloop van tijd wijziging gebracht in de status van de pensioenuitvoerder zodanig dat hij niet langer kan worden aangemerkt als toegelaten pensioenuitvoerder, dan zal het inmiddels bekende sanctieregime in werking treden. De gefaciliteerde pensioenregeling wordt op dat moment omgezet in een progressief belaste fictieve aanspraak.

Voor de niet-professionele pensioenuitvoerders gelden nog bijzondere sanctiebepalingen. Zo wordt het pensioenlichaam dat zijn medewerking verleent aan een afkoop van pensioen in het buitenland getroffen met een sanctieheffing van 60% ter compensatie van de door de Nederlandse fiscus in verband met deze buitenlandse afkoop over het afkoopbedrag misgelopen belastingheffing. Voorts is een bijzondere bestuurdersaansprakelijkheid voor deze heffing ingevoerd met vergaande invorderingsbevoegdheden.

4 Fiscale behandeling van de pensioenverplichting

Toezegging van een pensioen betekent voor de werkgever dat hierdoor pensioenkosten worden

opgeroepen. Wanneer de werkgever de pensioen-toezegging verzekert, zijn de kosten duidelijk zichtbaar in de vorm van premiebedragen die door de verzekeringsmaatschappij in rekening worden gebracht. Als de toezegging in eigen beheer wordt gehouden is van een dergelijke verzekering geen sprake; premienota's worden dan ook niet opge-maakt. Pensioenkosten worden in dat geval opgeroepen door de noodzakelijke ophoging van de post pensioenverplichtingen op de balans. Eigen beheer is evenwel slechts mogelijk voor pensioentoezeggingen die vrijgesteld zijn van de verzekeringsplicht van de Pensioen- en spaarfond-senwet 1952. Deze vrijstelling is in de praktijk doorgaans aan de orde bij directiepensioenen.

4.1 Waardering van de pensioenverplichting in eigen beheer

Op grond van het beginsel van de eenvoud kan de ondernemer ervan afzien de in eigen beheer gehouden verplichting op de balans tot uitdrukking te brengen (omslagstelsel). Hij kan ook de pen-sioenverplichting jaarlijks tot uitdrukking brengen in een pensioenpassiefpost op de balans (kapitaal-dekkingsstelsel). Uitgangspunt voor de bepaling van de jaarlijkse pensioenlast in eigen beheer volgens het kapitaaldekkingsstelsel is het *doelver-mogen*. Hieronder wordt verstaan het bedrag dat de ondernemer op het moment van het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van zijn werknemer bij een verzekeringsmaatschappij zou moeten betalen voor onderbrenging van de pen-sioenrisico's, onder aftrek van de kosten- en winstopslag die in de tarieven van de verzeke-ringsmaatschappij is verdisconteerd (doorgaans 10%). De omvang van het doelvermogen is afhankelijk van de toegezegde pensioenuitkering.

Nadat uitgaande van de geschatte toekomstige pensioenuitkeringen het doelvermogen is bepaald moet de ondernemer door toerekening van het doelvermogen de pensioenlasten over de diverse boekjaren verdelen. Voor deze toerekening kan gebruik worden gemaakt van:

- a de actuariële methode,
waarbij de toerekening geschiedt op basis van de verzekeringswiskunde;
- b de interest-opbouwmethode,
waarbij de toerekening geschiedt aan de hand van de rentetafels;
- c de lineaire methode,

waarbij de toerekening geschiedt op basis van nominaal gelijkblijvende bedragen.

Afschaffing van de lineaire methode

De lineaire methode is reeds lange tijd een omstreden stelsel. Deze methode is niettemin in de fiscale jurisprudentie³ in overeenstemming met het goede koopmansgebruik verklaard. Reeds bij invoering van het roemruchte 'comingbackservice-artikel' 9a Wet IB 1964 in 1973 bleek dat de staatssecretaris in de toepassing van de voor de ondernemer zo voordelige lineaire methode moeilijk kon berusten. Hij kondigde aan zich te zullen beraden op de mogelijkheid tot lineaire opbouw van het op de pensioeningangsdatum benodigde kapitaal voor een in eigen beheer gehouden pensioenverplichting ongedaan te maken. Tot snelle wetgevende stappen heeft dit echter niet geleid. Pas na ruim twintig jaar, bij indiening van het concept-wetsvoorstel Brede Herwaardering II, werd toepassing van de lineaire methode opnieuw op de tocht gezet. In de concept-memorie-van-toelichting werd opgemerkt dat deze methode onderwerp van heroverweging zou zijn als de eigen-beheersituaties belangrijk in omvang zouden gaan toenemen. Voorts werd bij invoering van de subjectieve belastingplicht voor pensioenli-chamen bij resolutie⁴ de lineaire methode voor pensioenlichamen in strijd met het goede koop-mansgebruik geoordeeld. Naar mijn mening stond dit standpunt van de staatssecretaris van Financiën voor de pensioen-BV op gespannen voet met de jurisprudentie.

Aan de staatssecretaris moet worden toegege-ven dat in vergelijking met andere opbouwstelsels de lineaire methode aan de ondernemer relatief ruime doteringsmogelijkheden geeft. Dit wordt veroorzaakt door:

- a de verwaarlozing van het vooroverlijdensrisico;
- b de verwaarlozing van de rente-aangroei.

De verwaarlozing van het vooroverlijdensrisi-co ligt ook aan de interestopbouwmethode ten grondslag, doch kan naar mijn mening om redenen van eenvoud worden aanvaard. De verwaarlozing van de rente-aangroei in de opbouwfase is echter exclusief gebonden aan de lineaire methode en stelt de ondernemer in hoge mate in staat tot voorfinanciering van zijn pensioenlasten. Met het oog op de in de jurisprudentie te onderkennen tendens tot het terugdringen van het doorgeschoten

voorzichtigheids-element in de fiscale winstberekening werd toepassing van de lineaire methode steeds minder goed verdedigbaar.

De discussie over de afschaffing van de lineaire methode is in een stroomversnelling geraakt toen zij als budgettair dekkingsmiddel is geannexeerd door Vreugdenhil en Vermeend voor hun initiatiefwetsvoorstel tot verlaging van de vermogensbelasting. Met ingang van 1 januari 1995 is daartoe de wet gewijzigd. Helaas is deze wetswijziging te ondoordacht uitgevoerd en heeft de afschaffing de vorm gekregen van verplichte toepassing van de actuariële methode. Het fiscale goedkoopmansgebruik is bij die gelegenheid uitgebreid met de regel dat waardering van pensioenverplichtingen en andere soortgelijke verplichtingen dient plaats te vinden met inachtneming van algemeen aanvaarde actuariële grondslagen, waarbij een rekenrente in aanmerking wordt genomen van ten minste vier percent. Daarmee is echter ook de rente-opbouwmethode als toekenningsmethode afgeknald, waarmee de wetgever ver over zijn doel is heengeschoten. Dat is te betreuren, omdat deze methode het voordeel van de eenvoudige toepassingsmogelijkheid in zich draagt, zonder dat daarmee het beginsel van de oorzakelijke toerekening op onaanvaardbare wijze zou worden geschonden, zoals dit bij de lineaire methode wel het geval is.

4.2 Comingbackservice-betalingen aan het directiepensioenlichaam

De hoofdregel van artikel 9a Wet IB 1964 schrijft voor, dat kosten en lasten die verband houden met loon- en/of prijsstijgingen pas in aanmerking mogen worden genomen in het jaar waarin deze loon- en/of prijsstijgingen zich voordoen. De aard van de indexeringsclausule is daarbij niet van belang. Op deze regel wordt inbreuk gemaakt door de premies of koopsommen, die de werkgever krachtens een pensioenregeling verschuldigd is aan een pensioenfonds of verzekeringsmaatschappij, aftrekbaar te stellen in het jaar van betaling⁵, ook in het geval deze betalingen comingbackservice-elementen bevatten. Daartoe zal moeten worden voldaan aan de in artikel 9a, derde lid, Wet IB 1964 genoemde voorwaarden.

De eerste voorwaarde voor een gefacilieerde behandeling houdt in, dat de betalingen voor

pensioenvoorzieningen dienen te geschieden krachtens een pensioenregeling. Hierbij kan worden gedacht zowel aan de pensioenregeling in de zin van loonbelasting alsook aan de beroeps-pensioenregeling. De koppeling van de faciliteit aan het begrip 'pensioenregeling' uit de loonbelasting heeft tot gevolg dat het ook binnen het winstbegrip van belang wordt of aan het objectieve criterium, zijnde de maatschappelijke opvattingen omtrent pensioen, wordt voldaan. De toevoeging van de eis dat de betaling *verschuldigd* moet zijn, beoogt te benadrukken dat vrijwillige betalingen niet onder de faciliteit vallen.

Alleen premies of koopsommen die krachtens een pensioenregeling verschuldigd zijn komen in aanmerking voor de gefacilieerde behandeling. Deze tweede voorwaarde houdt blijkens de wetshistorie in, dat vrijwillige verhoging van pensioenrechten van ex-werknemers voor reeds opgetreden loon- of prijsontwikkelingen in de eerste plaats geschiedt uit de door het pensioenfonds gekweekte overrente op zowel de ingegane als niet-ingegane beleggingen. Voor zover deze overrente niet toereikend is en de werkgever ter zake van zulke verhogingen vrijwillige stortingen in het pensioenfonds verricht, vallen deze stortingen niet onder de werking van artikel 9a, maar onder artikel 9. De stortingen vormen een bedrijfslast in het jaar waarin zij het ondernemingsvermogen onherroepelijk hebben verlaten; zij hebben immers betrekking op reeds opgetreden loon- of prijsstijgingen.

Ingeval een werkgever echter gelden in een pensioenfonds zou storten met het oog op verhoging in de toekomst van pensioenrechten van ex-werknemers in verband met mogelijke inflatie en deze betalingen niet plaatsvinden in de vorm van krachtens een pensioenregeling verschuldigde premies of koopsommen wordt niet aan de in artikel 9a gestelde eisen voldaan. De stortingen vormen dan geen bedrijfslast in het jaar van betaling, doch eerst in volgende jaren en wel naar gelang die stortingen nodig zijn om de pensioenrechten te verhogen in verband met inmiddels opgetreden inflatie.

De derde voorwaarde heeft betrekking op de instellingen waaraan de betalingen voor comingbackservice worden verricht. Deze betalingen zijn aftrekbaar als zij zijn gedaan aan verzekerings-

maatschappijen, bedrijfspensioenfondsen, beroepspensioenfondsen of ondernemingspensioenfondsen. Blijkens de wetsgeschiedenis worden hieronder ook begrepen de ten eigen behoeve opgerichte directiepensioenlichamen. Door die uitbreiding was het tot 1992 mogelijk aan de pensioen-BV waarvan de kinderen van de pensioengerechtigde aandeelhouder zijn, gefacilieerde betalingen te doen. Ingaande 1992 is het vierde lid zodanig gewijzigd dat gefacilieerde betalingen in deze sfeer niet langer mogelijk zijn. Deze uitsluiting van de betalingsfaciliteit, opgenomen in het vierde lid, wordt nader uitgewerkt in paragraaf 4.3.

Blijkens de wettekst blijven de comingbackservice-elementen in de betalingen buiten aanmerking voor zover zij uitgaan boven het bedrag dat nodig is om de opgebouwde pensioenrechten te kunnen aanpassen aan een wijziging in de hoogte van lonen en prijzen van vier percent per jaar. De aanpassing kan langs twee wegen geschieden. Men kan rekening houden met een directe factor, zijnde de geschatte jaarlijkse toename van de pensioengrondslag, ter bepaling van het in de toekomst noodzakelijk aanwezige doelvermogen. De maximale toename is gefixeerd op 4%. Vervolgens vindt op de gebruikelijke wijze toerekening aan de dienstjaren plaats. De tweede aanpassingsmogelijkheid houdt in dat voor de bepaling van de hoogte van de premies of koopsommen op indirecte wijze rekening wordt gehouden met toekomstige stijgingen van lonen en prijzen. Deze aanpassingsfactor is gelijk aan het verschil tussen een rekenrente van 4% en het stijgingspercentage dat aan de berekening van de hoogte van de premies of koopsommen ten grondslag ligt. Daar het stijgingspercentage niet meer dan 4% mag bedragen, komt geen hoger bedrag aan premies of koopsommen voor aftrek in aanmerking dan dat waaraan een rekenrente van nul percent ten grondslag ligt. Het oogmerk is dan dat het fonds aldus door middel van extra overrente de pensioengrondslag kan opvijzelen.

4.3 Betalingen aan directiepensioenlichamen

Zoals gezegd werd ingevolge het vierde lid van artikel 9a conform het tot en met 1991 geldende regime de faciliteit onthouden aan betalingen die door een vennootschap welker kapitaal geheel of gedeeltelijk in aandelen is verdeeld werden verricht aan een ondernemingspensioenfonds of een verzekeringsmaatschappij

ten behoeve van een gelieerde natuurlijke persoon. Hieronder wordt verstaan de persoon die, al dan niet te zamen met zijn echtgenoot, voor ten minste tien percent van het nominaal gestorte kapitaal onmiddellijk of middellijk aandeelhouder is in deze vennootschap en, indien deze betalingen worden verricht aan een verzekeringsmaatschappij, mede in deze maatschappij. De achterliggende gedachte was de faciliteit te onthouden in die gevallen waarin de feitelijke beschikkingsmacht over de in de instelling gestorte bedragen bij de onderneming bleef berusten. Ook na een eerdere aanpassing van de wettelijke formulering bleek dat deze bepaling door oprichting van 'eigen' verzekeringsmaatschappijen door erfgenamen van de pensioengerechtigden gemakkelijk kon worden omzeild. Vele pensioen-BV's werden opgericht met de erfgenamen van de pensioengerechtigde als aandeelhouder.

Per 1 januari 1992 is artikel 9a, vierde lid, Wet IB 1964 evenwel aangescherpt. De voorgestelde wijziging beoogt een einde te maken aan de mogelijkheid gefacilieerde betalingen te doen aan pensioenlichamen indien de aandelen van het lichaam in handen zijn van de kinderen van de pensioengerechtigde werknemer. Uitsluiting van de gefacilieerde comingbackservice-betalingen was onder het oude regime namelijk slechts mogelijk als pensioengerechtigde, al dan niet te zamen met zijn echtgenoot, ten minste tien percent van het nominaal aandelenkapitaal van het pensioenlichaam bezat. Daaraan was niet voldaan als uitsluitend de kinderen aandeelhouder waren, zodat in dat geval wel gefacilieerde betalingen konden worden gedaan. Onder het nieuwe regime omvat het 10%-criterium ook de kinderen van de pensioengerechtigde. Daarmee is terecht een einde gekomen aan een bestaande fiscale concurrentiële voorsprongpositie van de eigen pensioenlichamen ten opzichte van de professionele pensioenverzekeraars.

5 De fiscale positie van de pensioenlichamen

5.1 Subjectieve vrijstelling voor pensioenlichamen

De subjectieve vrijstelling voor pensioenlichamen is ingaande 1 januari 1992 ingekort. De directiepensioenlichamen zijn per genoemde

datum belast verklaard. Vrijgesteld zijn de pensioenlichamen, niet zijnde directiepensioenlichamen, welke zich uitsluitend of nagenoeg uitsluitend ten doel stellen de verzorging van werknemers en gewezen werknemers bij invaliditeit en ouderdom en de verzorging van hun echtgenoten en van hun (pleeg)kinderen die de leeftijd van 30 jaar nog niet hebben bereikt (...) een en ander door middel van pensioen, krachtens een pensioenregeling in de zin van de wettelijke bepalingen betreffende de loonbelasting. Het gaat bij de omschrijving van de vrijstellingsvoorwaarden van pensioenlichamen niet alleen om de statutaire doelomschrijving, maar ook om de feitelijk verrichte activiteiten. De winst van de vennootschap mag dan ook - behoudens een uitkering van max. 5% per jaar over het gestorte kapitaal aan de aandeelhouders - uitsluitend worden aangewend ten bate van de verzekerden, een ander pensioenlichaam of een algemeen maatschappelijk belang. De fiscus pleegt zich daarom voor de subjectieve vrijstelling op het standpunt te stellen dat in het geval waarin het doel van het lichaam verwezenlijkt is, een resterend batig saldo moet worden aangewend ten bate van een ander pensioenfonds met een overeenkomstig doel dan wel een algemeen maatschappelijk belang. Wanneer de aandeelhouders gerechtigd zijn tot het liquidatiesaldo van het pensioenlichaam, is derhalve niet voldaan aan de vrijstellingsvoorwaarden. Het statutaire doel van het lichaam dient door de feitelijke handelwijze te worden gedekt. Dit impliceert dat het pensioenlichaam zich op een verzekeringstechnisch verantwoorde wijze dient te gedragen. Speculatieve beleggingen zijn, indien deze op vrij grote schaal plaatsvinden, strijdig met dit doel. Eveneens dient een verantwoorde risicospreiding te worden gerealiseerd.

De subjectieve vrijstelling van pensioenlichamen is onbeperkt zolang aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan. Ook de sterftewinsten blijven onbelast. Niet geheel zeker is of de eventuele sterftewinst in geval door overlijden de verzorgingsfunctie van het lichaam ophoudt te bestaan, nog onder de vrijstelling valt. Het meest voor de hand ligt dat dit inderdaad het geval is. Het overlijden als zodanig verandert immers de doelstelling van het lichaam niet. Wel kan het overlijden aanleiding zijn tot wijziging van de doelstelling.

5.2 Afschaffing van de subjectieve vrijstelling voor directiepensioenlichamen

Invoering van subjectieve belastingplicht voor de directiepensioenlichamen per 1 januari 1992 impliceert een niet geringe initiële uitvoeringslast. De bezittingen en schulden van deze lichamen zullen per 1 januari 1992 moeten worden gewaardeerd op basis van de waarde in het economische verkeer. Met name de waardering van de pensioenverplichtingen zal ongetwijfeld een bron van meningsverschillen zijn tussen de inspecteur en de belastingplichtige. Daarbij zal menige functionaris in een spiegelbeeldig rolpatroon worden gedrongen vergeleken met het rolgedrag dat in eerdere jaren aan de dag werd gelegd. Het pensioenlichaam heeft er immers belang bij de verplichtingen per 1 januari 1992 te minimaliseren. De verdere aangroei van de verplichting vindt dan namelijk plaats in het belaste traject. Belastingadviseurs zullen bij de herwaardering dus hoge rekenrenten gaan bepleiten, terwijl inspecteurs zullen zweren bij lage rekenrenten.

In Weekblad voor Fiscaal Recht 1989/5882 heb ik vergeefs bepleit de grondslagen van de herwaardering per 1 januari 1992 door middel van een wettelijke herwaarderingsregel vast te leggen. Het wettelijk vastleggen van de herwaarderingsgrondslagen voorkomt dat de rechterlijke macht uiteindelijk het werk van de wetgever op zijn bord geschoven krijgt. De wetgever kan immers beter zelf eenheid van rechtspleging verwezenlijken dan dat de rechterlijke macht met deze klus wordt opgezadeld. Voorts is de rechtszekerheid ermee gediend als de herwaardering bij beschikking door de inspecteur wordt vastgelegd. Aldus wordt vermeden dat verschillen van inzicht omtrent de waardering bij aanvang van de belastingplicht lange tijd boven de markt blijven zweven, zonder dat rechterlijke tussenkomst mogelijk is.

De wetgever heeft er evenwel van afgezien voor de openingsbalans wettelijke regels te stellen. Wel is bij resolutie van 26 oktober 1992, V-N 1992, blz. 3209, gevolg gegeven aan de toezegging die aan de Tweede Kamer werd gedaan om de openingsbalansproblematiek na het vervallen van de subjectieve vrijstelling te regelen. Omtrent de comingbackservice wordt in de resolutie als volgt bepaald: 'Bij de winstbepaling van een directiepensioenlichaam is ook artikel 9a van de

Wet op de inkomstenbelasting 1964 van toepassing. Bij de parlementaire behandeling is onderkend dat een comingbackservice-reserve op de openingsbalans bij het einde van het eerste boekjaar in de belastingheffing zou worden betrokken. Teneinde een dergelijke verplichte vrijval te voorkomen is toegezegd dat een eventuele reserve bij een directiepensioenlichaam ter zake van coming-backservice, die is opgebouwd tijdens de vrijgestelde periode, op de openingsbalans zal worden aangemerkt als fiscaal (eigen) vermogen.⁵ Hierbij heeft de wetgever en in zijn kielzog de uitvoerder een kostbare denkfout gemaakt die dubbele aftrek van comingbackservice-pensioenbetalingen mogelijk maakt. De eerste keer bij de werkgever die aan het pensioenlichaam fiscaal aftrekbaar comingbackservice-betalingen heeft gedaan. De tweede keer bij het directiepensioenlichaam, uiterlijk op het moment dat de aan de indexatie aangepaste uitkeringen worden gedaan. De denkfout schuilt in de onbelaste toevoeging van de comingbackservice-reserve aan het vermogen van het pensioenlichaam onmiddellijk voor inwerkingtreding van de subjectieve belastingplicht. Momenteel is reparatiewetgeving aangekondigd die deze misslag met materieel terugwerkende kracht tot 1 januari 1992 moet herstellen.⁶ Hoe zeer deze reparatiewetgeving ook kan steunen op overwegingen van rechtvaardigheid, het zal duidelijk zijn dat deze ingreep op gespannen voet staat met het beginsel van de rechtszekerheid. Dat het kabinet de rechtvaardigheidsoverwegingen heeft laten prevaleren, acht ik te billijken. De vraag is of het parlement als medewetgever er eveneens zo over zal denken.

5.3 De jaarwinstbepaling van het directiepensioenlichaam

De jaarwinstbepaling van het belaste directiepensioenlichaam zal geschieden volgens de regels van het goede koopmansgebruik. Een van de eerste geschilpunten zal waarschijnlijk de vraag zijn of de pensioenlichamen hun pensioenverplichtingen lineair mogen waarderen. In dat geval zullen pensioenlichamen in het eerste jaar van hun belastingplicht onmiddellijk met een verlies worden geconfronteerd dat geleidelijk gedurende de contractsduur zal worden weggewerkt. De overgenomen verplichtingen zijn immers op actuariële grondslag vastgesteld. Zou voor de reeds opgebouwde periode bij herrekening door

het pensioenlichaam van de lineaire methode worden uitgegaan, (een pseudo-backservice-berekening) dan zou immers het verschil tussen de lineair bepaalde 'backservice' en de op actuariële grondslag bepaalde ontvangen koopsom verlies van het eerste boekjaar zijn. Een zodanige invulling van het goed koopmansgebruik lijkt mij niet aanvaardbaar.

De vraag of de verdere opbouw van de verplichting op de openingsbalans lineair tot het doelvermogen kan geschieden, vergelijkbaar met het arrest HR 6 juli 1983, BNB 1984/3, zal mogelijkerwijze wél positief kunnen worden beantwoord. In de resolutie van 26 oktober 1992, V-N 1992, blz. 3209, wordt evenwel toepassing van de lineaire methode door het directiepensioenlichaam afgewezen. De staatssecretaris merkt in dat verband op: 'Bij een directiepensioenlichaam vormen de pensioenactiviteiten de kern van de ondernemingsactiviteit. Om die reden valt naar mijn mening in die gevallen van de weging van met name de elementen eenvoud en realiteit anders uit dan in het geval van een 'normale' onderneming, waar een in eigen beheer gehouden pensioen in het algemeen van bijkomstige aard is. Voorts gaat het bij een in eigen beheer gehouden pensioen om een verdeling van kosten over onderscheidene jaren; bij een directiepensioenlichaam gaat het daarentegen om de waardering van een complex van rechten en verplichtingen. Daarbij zal het directiepensioenlichaam op arm's-length-basis bedragen in rekening brengen aan de werkgever ter zake van de pensioenverplichting. Om vervolgens aan de passiefzijde van de fiscale balans de lineaire methode te hanteren acht ik onevenwichtig.' Zowel de inhoud van de resolutie als de gevolgde procedure is discutabel. Het belang van dit discussiepunt is door invoering de wettelijke afschaffing van de lineaire methode ingaande 1995 nog slechts tot enkele jaren beperkt, waarvoor het belang ervan gering is geworden.

5.4 Aanloopverliezen

Vanwege de gesignaleerde mogelijkheid dat door aansluitingsproblemen tussen de openingsbalanswaardering en de jaarwinstbepaling in de eerste boekjaren vanaf 1992 boekverliezen kunnen ontstaan, was tot 1 januari 1995 de vraag relevant of deze verliezen aanloopverliezen vormen. Aanloopverliezen waren immers in tegenstelling

tot de normale verliezen zonder tijdslimiet compensabel. Als aanloopverliezen golden de negatieve ondernemingsresultaten van de eerste zes jaar na de stichting van een onderneming. Onder 'stichting' van een onderneming werd begrepen de aanvang van de onderneming in materiële zin. Verliezen van een gekochte of geërfde onderneming kort na datum van verkrijging vormden onder de oude regeling dus geen aanloopverlies. Om deze reden werden verliezen die ontstaan in de jaren na aanvang van de belastingplicht van directiepensioenlichamen per 1 januari 1992 door de staatssecretaris niet als aanloopverliezen aangemerkt (Resolutie van 26 oktober 1992, Vakstudie-Nieuws 1992, blz. 3209). De kwestie heeft door invoering van een onbeperkte verliesverrekeningsmogelijkheid voor ondernemingsverliezen per 1 januari 1995 haar belang verloren.

5.5 Het pensioenlichaam binnen de concernstructuur

Het vrijgestelde pensioenlichaam werd tot en met 1991 uiteraard zorgvuldig buiten de fiscale eenheid van het concern gehouden, omdat dit de vrijstelling verloren zou doen gaan. Nu het pensioenlichaam belastingplichtig is geworden, is die noodzaak niet langer aanwezig. De pensioen-BV kan worden opgenomen in de fiscale eenheid, waardoor kan worden bereikt dat de pensioen-BV én de BV die de pensioenen heeft toegezegd en ondergebracht in de concernpensioen-BV de verplichtingen in eigen beheer kan houden en mitsdien deze verplichtingen tot 1 januari 1995 lineair kan waarderen. Wel dient te worden bedacht dat op deze wijze tussen de verbonden maatschappijen zodanig kan zijn 'geschoven' met stille reserves dat na verbreking van de fiscale eenheid standaardvoorwaarde 16 van toepassing kan zijn.⁷ In verliessituaties moet elke vennootschap haar winst bepalen alsof zij zelfstandig belastingplichtig was. Ook dan is tot 1 januari 1995 lineaire waardering mogelijk.

6 Reparatie in de successierechtelijke sfeer

Met ingang van 1 januari 1995 is aan de bestaande reeks fictieve verkrijgingen in het successierecht een nieuwe fictiebepaling toegevoegd. De waardeestijging van aandelen in een 'eigen' pensioenlichaam ten gevolge van het

overlijden van een bij dat lichaam verzekerde erflater wordt met successierecht getroffen indien die aandelen worden gehouden door een andere persoon dan de erflater. Artikel 13 a Sw. strekt ertoe de waardeestijging van aandelen in een 'eigen' pensioen- of lijfrentelichaam als gevolg van beleggingswinsten en van de vrijval van de verplichting tot het doen van uitkeringen wegens het overlijden van de uitkeringsgerechtigde, onder de heffing van het successierecht te brengen voor die gevallen waarin de aandelen zelf niet vererven.

In het vierde lid van genoemd artikel is omschreven wat onder een 'eigen' pensioen- of lijfrentelichaam moet worden verstaan. Als zodanig wordt aangemerkt: 'een lichaam waarvan de werkzaamheid uitsluitend of nagenoeg uitsluitend bestaat uit de verzorging van werknemers of gewezen werknemers, van hun echtgenoten en gewezen echtgenoten, dan wel degenen met wie zij duurzaam een gezamenlijke huishouding voeren of hebben gevoerd en met wie geen bloed- of aanverwantschap in de rechte lijn bestaat en van hun kinderen, stiefkinderen of pleegkinderen door middel van uitkeringen op grond van een pensioenregeling of een regeling voor vervroegde uittreding, uit het verzekeren van dergelijke uitkeringen, dan wel uit het verzekeren van lijfrenten of kapitaalsuitkeringen uit levensverzekering, met uitzondering van een lichaam dat ingevolge artikel 5, onderdeel b, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is vrijgesteld van die belasting'.

Door deze fictiebepaling zal met ingang van 1 januari 1995 de bestaande mogelijkheid om via pensioenlichamen te komen tot onbelaste vermogensoverheveling in gevallen waarin de aandelen in handen zijn van een ander dan de degene die tot een pensioen- of VUT-uitkering is gerechtigd, worden afgekap. De ingevoerde fictiebepaling is evenwel beperkt tot de lichamen die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend de oudedagsverzorging tot doel hebben. De aanvankelijk voorgestelde bredere werkingssfeer zou als nadeel hebben dat ook de waardeestijging van aandelen die geen enkele causale relatie heeft met het overlijden van de erflater in beginsel in de heffing wordt betrokken. Voorts is de heffing beperkt tot de aanmerkelijk-belanghouders in de zin van de Wet IB 1964. Deze algemene koppeling leidt ertoe dat alle soorten aanmerkelijk-belangposities tot toepassing

van de fictiebepaling kunnen leiden. Ook een aflopend, fictief en soort-aanmerkelijk belang creëert het risico dat de aandeelhouder onder de fictiebepaling zal vallen. De fictiebepaling is niet beperkt tot de kring van naaste verwanten en samenwoners, maar betreft alle aanmerkelijk-belanghouders. De omvang van de fictieve verkrijging wordt bepaald door de waarde van de aandelen onmiddellijk na het overlijden van de erflater, verminderd met de verkrijgingsprijs daarvan.

De op 1 januari 1995 in werking getreden wetswijziging kent geen eerbiedigende werking ten aanzien van reeds bestaande pensioenlichamen. Ze heeft betrekking op overlijdensgevallen na 1 januari 1995 waarin de aanmerkelijk-belanghouder van het pensioenlichaam erfgenaam is van degene die ten laste van het lichaam recht op een verzorgingsuitkering heeft. Omdat de fictieve verkrijging is gesteld op de waarde van de aandelen, verminderd met de verkrijgingsprijs ervan, kan in materiële zin terugwerkende kracht optreden.

7 Conclusies

De Brede-herwaarderingsoperatie heeft op pensioengebied ingrijpende invloed gehad. De fiscale pensioendefinitie is daarbij meer toegespitst op de verzorgingsgebonden bestemming van het pensioenkapitaal. Voorts is door de werkgroep fiscale behandeling van pensioenen de bestaande pensioendefinitie aangepast aan de maatschappelijk wenselijke flexibiliteit van de pensioenregeling.

De wettelijke fiscale begunstiging van het directiepensioenlichaam zijn in de loop van de tijd teruggedrongen. Zo is de gefaciliteerde coming-backservice-betaling aan het directiepensioenlichaam sinds 1 januari 1992 niet meer mogelijk en is de subjectieve vrijstelling van het directiepensioenlichaam met ingang van dezelfde datum afgeschaft waardoor deze lichamen gewoon

belastingplichtig zijn geworden. Met ingang van 1 januari 1995 is voorts de successiewetgeving aangepast om een onbelaste verkrijging van pensioenvermogen na overlijden van de pensioengerechtigden af te stoppen. Deze maatregelen passen naar mijn mening in de gewenste fiscale neutraliteit ten aanzien van de concurrentieverhoudingen tussen professionele pensioenuitvoerders en 'eigen' directiepensioenlichamen. In dat verband is het ook een goede zaak dat het aanvankelijke beleidsvoornemen om de directiepensioenlichamen te weren als erkende pensioenuitvoerders en eigen beheer aan zware eisen te binden, zijn afgeblazen. De directiepensioenlichamen zijn als erkende pensioenuitvoerders geaccepteerd, zij het dat zij aan stringente anti-misbruikvereisten moeten voldoen.

Voor de adviserend accountant zijn er, gelet op het voorgaande, vele goede redenen zich nog eens diepgaand te bezinnen op de pensioensituatie van zijn cliënt.

NOTEN

- 1 Een overeenkomstig regime geldt voor de VUT-regelingen.
- 2 Bepalend voor de fiscale acceptatie is de gerede verwachting dat het pensioenresultaat volgens het levensjarenbeginsel dat van het dienstjarenbeginsel niet zal overtreffen.
- 3 HR 7 januari 1970, BNB 1970/61, en HR 29 april 1970, BNB 1970/164.
- 4 Resolutie van 26 oktober 1992, Vakstudie-Nieuws 1992, blz. 3209.
- 5 Een betaling vóór aanvang van het kalenderjaar of binnen zes maanden na afloop van het kalenderjaar kan worden gelijkgesteld met betaling in het kalenderjaar. Deze bepaling is opgenomen ter vereenvoudiging van de uitvoering.
- 6 V-N 1995, blz. 2912.
- 7 Resolutie 3 mei 1993, V-N 1993, blz. 1718.