

# Winstbepalingsaspecten van uitfasering pensioen in eigen beheer

Ruud van den Dool

**SAMENVATTING** Tot en met 31 december 2019 kan een in eigen beheer verzekerd pensioen worden afgekocht of omgevormd in een oudedagsverplichting. Een gevormde oudedagsverplichting kan tot die datum alsnog worden afgekocht. Beide raken de fiscale winst en de jaarrekening. Ten aanzien van partners en andere aandeelhouders kan sprake zijn van een schenking. Voor de fiscale winstbepaling leidt afkoop tot een andere uitkomst dan omvorming in een fiscale oudedagsverplichting. Voor de jaarrekening is de door de RJ voorgestelde aansluiting bij de fiscale waarderingsregels voor de oudedagsverplichting een goede keuze. Feiten die voor 1 april 2017 een fictieve afkoop van een pensioen opleveren, kunnen ondanks deze wet niet worden genegeerd.

**RELEVANTIE VOOR DE PRAKTIJK** Deze bijdrage gaat in op de hoofdlijnen van uitfasering van het pensioen in eigen beheer voor niet-fiscalisten. De keuze voor een uitfaseringsvariant is niet eenduidig. De fiscale winst wordt bij afkoop anders bepaald dan bij omvorming in een oudedagsverplichting. Ook voor de jaarrekening is dat verschil relevant. De zogenoemde partnerproblematiek kan aan uitfasering in de weg staan. Fictieve afkoop in het verleden wordt door deze wet niet gerepareerd.

## 1 De Uitfaseringswet<sup>1</sup>

Op 1 april 2017 zijn de Wet uitfasering van pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen (Stb. 2017/115) en een daarop betrekking hebbende Wijzigingswet (Novelle, Stb 2017/116) (hierna gezamenlijk te duiden als uitfaseringswet) in werking getreden.<sup>2</sup> Deze uitfaseringswet betreft zowel regelgeving in de loonbelasting en daarop betrekking hebbende wijzigingen in met name de vennootschapsbelasting en de invorderingswet. De wellicht belangrijkste bepaling in de uitfaseringswet is dat een eigenbeheerlichaam vanaf 1 april 2017 niet langer een erkende verzekeraar is voor het dga-pensioen voor zover het nieuw toe te kennen pensioenaanspraken betreft. Een van de redenen om tot de uitfaseringswet te komen, was de zogenoemde dividendklem. Door dividenduitkeringen kon de situatie ontstaan dat onvoldoende vermogen resteerde om de te verwachten

uitkeringen uit hoofde van de pensioenverplichting te voldoen. Alsdan zou onder omstandigheden de pensioengerechtigde al materieel over de voor de pensioenuitkeringen noodzakelijke gelden beschikken, hetgeen als een fictieve afkoop aangemerkt kon worden. Tot de invoering van de flex-bv-wetgeving was een dividenduitkering in strijd met het BW nietig en met een beroep op de nietigheid kon een fictieve afkoop worden gerepareerd. Na de invoering van de flex-bv was dat niet meer mogelijk. Sindsdien konden dividenduitkeringen (maar overigens ook andere handelingen zoals bijvoorbeeld het verstrekken van onzakelijke leningen aan de dga) derhalve een niet meer te pareren fictieve afkoop van het pensioen opleveren. Bij de aanspraakgerechtigde dga leidde dat tot een progressief belaste afkoop over de werkelijke waarde plus de heffing van revisierente over diezelfde waarde. Het pensioenlichaam kon op grond van art. 23a Wet Vpb 1969 met een strafheffing worden geconfronteerd, nog los van de aansprakelijkheid als inhoudingsplichtige. Dividenduitkeringen werden door de wijziging derhalve risicovol en men zag dit ook terug in een daling van dividenduitkeringen. Door de invoering van de uitfaseringswet zou het probleem van de dividendklem worden ondervangen en zou weer meer dividendruimte ontstaan. Ook zou het verschil tussen de verschillende waarderingsmethoden voor pensioenverplichtingen worden ondervangen. De dividendklem verdwijnt met deze wet alleen bij afkoop, bij omvorming in een oudedagsverplichting wordt deze beperkter. Een eventuele fictieve afkoop van het pensioen vóór 1 april 2017 wordt anders dan soms wordt gedacht met deze wet niet gesauveerd. De mogelijkheid dat sprake is van een feitencomplex op grond waarvan een fictieve afkoop vóór 1 januari 2017 aanwezig wordt geacht, is uiteraard ook voor de jaarrekening van belang. Hierna worden de hoofdlijnen van de wettelijke regeling besproken (paragraaf 2), inzicht gegeven in de relevante waardes van pensioenverplichtingen (paragraaf 3), een belangrijk praktisch knelpunt besproken waar het de positie van de partner betreft (paragraaf 4), aandacht besteed aan de dividendklem (paragraaf 5) en tot slot ingegaan op de fiscale en jaarrekeningrechtelijke aspecten (paragraaf 6 en 7).

## 2 Hoofdlijnen

Sinds per 1 april 2017 het eigenbeheerlichaam niet langer een erkende verzekeraar is voor pensioenaanspraken, kunnen pensioenaanspraken niet meer bij een eigenbeheerlichaam worden verzekerd. Indien men dat nog wel doet, is sprake van een onzuivere pensioenaanspraak die direct wordt belast zonder toepassing van de zogenoemde omkeerregel. Nieuw toegekende pensioenaanspraken en mogelijk de integrale pensioenregeling waarop die nieuwe aanspraken betrekking hebben, worden alsdan direct in de loonbelastingheffing betrokken. Voor bestaande pensioenaanspraken die op grond van de op 31 december 2016 bestaande wetgeving wel in eigen beheer verzekerd konden worden, blijft een eigenbeheerlichaam op grond van het overgangsrecht wel een toegelaten verzekeraar. Voor op 1 april bestaande pensioenaanspraken geldt dat die, voor zover dat in het verleden nog niet is gebeurd, bevroren dienen te worden. Dat betekent niet dat de reeds opgebouwde pensioenaanspraken daadwerkelijk worden bevroren. Indien in de pensioenovereenkomst indexatie is overeengekomen, zal die indexatie nog steeds toepassing moeten vinden. Ook zullen de reeds opgebouwde aanspraken actuarieel herrekend worden en dientengevolge in waarde stijgen.

Op grond van de zogenoemde coulancetermijn van 3 maanden, dient een nog niet bevroren pensioenregeling uiterlijk op 30 juni 2017 te zijn aangepast aan de uitfaseringwet. Het is niet zo dat uiterlijk op die datum al gekozen moet zijn voor afkoop of omvorming in een oudedagsverplichting. Tot het aanpassingsmoment kunnen op grond van een nog niet bevroren pensioenregeling aanspraken opgebouwd blijven worden. Uiterlijk op 30 juni 2017 moet bevroering hebben plaatsgevonden dan wel dient een professionele verzekeraar als uitvoerder van na die datum toe te kennen aanspraken te zijn aangewezen. Tot uiterlijk 30 juni 2017 kunnen bij een professionele verzekeraar ondergebrachte pensioenaanspraken die niet onder de verzekeringsplicht van de Pensioenwet vallen, nog worden overgedragen aan een eigenbeheerlichaam.<sup>3</sup> Na 30 juni 2017 kunnen bij een eigenbeheerlichaam verzekerde pensioenaanspraken worden overgedragen aan een ander eigenbeheerlichaam. Het is derhalve niet zo dat het op 30 juni 2017 bestaande eigenbeheerlichaam tot in lengte van jaren het eigenbeheerlichaam dient te blijven. Ook overdracht aan een professionele verzekeraar is na 1 april 2017 mogelijk.

Naast deze "aanschaffing" van het pensioen in eigen beheer ten gevolge van het wegvallen van het eigenbeheerlichaam als erkende verzekeraar, bevat de uitfaseringwet de mogelijkheid tot het afkopen van bestaande aanspraken dan wel het omvormen daarvan in een zogenoemde oudedagsverplichting. Zowel een afkoopsom als de uitkeringen uit een oudedagsverplichting worden aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrek-

king. Mogelijk zal een fictief loon voor de dga verhoogd moeten worden als niet langer pensioenaanspraken worden toegekend. Vermoedelijk telt een afkoopsom of uitkering uit een oudedagsverplichting niet mee als loon op grond waarvan wordt beoordeeld of het loon van een dga voldoet aan de zogenoemde fictiefloonregeling van art. 12a Wet LB 1964.

Afkoop en omvorming in een oudedagsverplichting worden hierna gezamenlijk geduid als uitfaseringsfaciliteiten. De uitfaseringsfaciliteiten kunnen alleen in de periode tot en met 31 december 2019 worden toegepast. Bij afkoop geldt dat een deel van de in aanmerking te nemen afkoopwaarde is vrijgesteld, waarbij de vrijstelling in de jaren 2017, 2018 en 2019 daalt. De reden daarvoor is dat met een hogere vrijstelling wordt gestimuleerd eerder tot afkoop over te gaan. Indien wordt gekozen voor afkoop, zal daarbij geen revisierente worden berekend. Revisierente blijft berekend worden als de pensioenaanspraken (al dan niet fictief) worden afgekocht buiten deze uitfaseringsfaciliteiten om.

Bij omvorming in een oudedagsverplichting vervallen de pensioenaanspraken ook en daarmee het recht op een levenslang ouderdomspensioen en daaraan eventueel gekoppeld nabestaanden- en wezenpensioen. De oudedagsverplichting dient in principe gedurende 20 jaren voorafgaande aan het bereiken van de 87-jarige leeftijd lineair te worden uitgekeerd, waarbij de omvang van de oudedagsverplichting wel jaarlijks wordt opgerent met een van het zogenoemde u-rendement<sup>4</sup> afgeleide rentevoet. Bij vooroverlijden van de gerechtigde tot de oudedagsverplichting, dient deze voor de resterende periode over te gaan op de erfgena(a)m(en). Ook voor reeds ingegane ouderdoms- of nabestaandenpensioen alsmede voor een arbeidsongeschiktheidspensioen bestaat de mogelijkheid tot afkoop of omvorming in een oudedagsverplichting. Voor stamrecht- of lijfrenteverplichtingen bestaat de mogelijkheid tot afkoop of omvorming in een oudedagsverplichting uitdrukkelijk niet.

## 3 Afstempeling tot fiscale balanswaarde vereist

Bij afstempeling wordt een deel van de aanspraken prijsgegeven. Voor de pensioenuitvoerder of -verzekeraar leidt de afstempeling tot de vrijval van een deel van de verplichting die bestaat jegens de aanspraakgerechtigde dga. Afstempeling is alleen mogelijk indien direct aansluitend aan de afstempeling van de pensioenaanspraken tot de fiscale balanswaarde de aanspraken worden afgekocht, dan wel worden omgevormd in een oudedagsverplichting. Het is niet mogelijk om de afgestempelde pensioenaanspraken als zodanig te handhaven. Indien ook na afstempeling van de aanspraken tot de fiscale balanswaarde nog steeds sprake is van een dekkingstekort bij de pensioenuitvoerder, is het niet mogelijk om de pensioenaanspraken verder af

te stempelen tot het bedrag waarbij niet langer sprake is van een dekkingstekort; de uitfaseringswet voorziet daar niet in.<sup>5</sup> Ingeval naast de pensioenvoorziening tevens sprake is van een stamrecht- en/of lijfrenteverplichting bij de pensioenverzekeraar en sprake is van een negatief vermogen, geldt dat volgens de belastingdienst de afkoop van de pensioenaanspraken niet mag leiden tot het aantasten van een stamrecht of lijfrenterecht bij dezelfde bv.<sup>6</sup>

Tussen de waarde van de prijs te geven rechten en de stand van de pensioenvoorziening in enerzijds de jaarrekening en anderzijds de fiscale balans bestaan (aanzienlijke) verschillen.

De waarde van de pensioenaanspraken wordt voor de toepassing van de Wet LB 1964 bepaald door de koopsom die voldaan zou moeten worden aan een derde bij het overnemen van de verplichting. Voor de bepaling van die waarde geldt de actuariële waarderingsmethode en premiegrondslagen die een pensioenverzekeraar hanteert.<sup>7</sup> Daartoe behoort onder andere het u-rendement. Nu dit laag is, zal de corresponderende koopsom relatief aanzienlijk zijn. Bij een al dan niet fictieve afkoop van de pensioenaanspraken door de dga, is die aldus berekende waarde in het economische verkeer de grondslag voor de loonbelastingheffing alsmede voor de berekening van de zogenoemde revisierente.<sup>8</sup>

In de jaarrekening geldt voor de waardering van pensioenvoorzieningen eveneens de actuariële methode, maar daarbij worden de relevante variabelen vastgesteld op basis van het principe van de beste schatting.<sup>9</sup> De beste schatting van de relevante rentevoet wordt daarbij niet gesteld op het u-rendement, maar op de (thans hogere) marktrente op balansdatum van hoogwaardige ondernemingsobligaties. Indien een liquide markt ontbreekt, dient het rendement op staatsleningen als uitgangspunt te worden genomen. Vooral vanwege het feit dat een hogere rentevoet in aanmerking wordt genomen, zal de waarde van de pensioenvoorziening in de jaarrekening lager zijn dan de waarde voor de toepassing van de loonbelasting. Tot slot bestaat de fiscale waarde die wordt opgesteld met inachtneming van de waarderingsregels van art. 8, lid 1 en lid 6, Wet Vpb 1969. In het bijzonder geldt daarbij dat de in aanmerking te nemen rentevoet tenminste 4% bedraagt. Omdat deze hoger ligt dan de rentevoet zoals die dient te worden gehanteerd voor de jaarrekening, ligt de fiscale pensioenvoorziening lager dan die volgens de jaarrekening.<sup>10</sup> Bovendien kan de zogenoemde indexatieverplichting geen onderdeel uitmaken van de fiscale balanswaarde ten gevolge van het feit dat art. 8, lid 1, Wet Vpb 1969 jo. art. 3.26 Wet IB 2001 bepaalt dat bij de fiscale winstbepaling geen rekening mag worden gehouden met kosten en lasten die verband houden met toekomstige loon- en prijsstijgingen. In de jaarrekening komen die wel tot uit-

drukking. Indien een pensioenverplichting is overgedragen aan een niet in een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting met de werkgever verenigde pensioenverzekeraar, maken de indexatieverplichtingen wel onderdeel uit van de fiscale balanswaarde. De indexatielasten komen ook dan echter pas ten laste van de winst van het jaar waarin de prijswijzigingen zich daadwerkelijk voordoen.

Met name doordat in het verleden waardering van pensioenvoorzieningen in de jaarrekening mocht plaatsvinden op de fiscale balanswaarde, werd het eigen vermogen in de jaarrekening relatief (te) hoog voorgesteld. Onterechte dividenduitkeringen konden daarvan een consequentie zijn omdat die de mogelijkheden om uiteindelijk de pensioenuitkeringen gestand te kunnen doen konden aantasten.

Bij afstempeling op grond van de uitfaseringsfaciliteit worden de pensioenaanspraken zonder heffing prijsgegeven tot de fiscale balanswaarde zoals die op het afstempelingsmoment geldt. Diezelfde balanswaarde is tevens de afkoopsum dan wel, bij omvorming in een oudedagsverplichting, de stand van de oudedagsverplichting. Bij afkoop is een vrijstelling van toepassing, welke vrijstelling niet wordt berekend over de afkoopsum, maar over de fiscale balanswaarde per ultimo 2015. Derhalve dient bij afkoop zowel de fiscale balanswaarde op het afstempelingsmoment als per ultimo 2015 te worden bepaald.

Het prijsgeven van de individuele pensioenrechten door de dga tot de fiscale balanswaarde, leidt voor de toepassing van de Wet Vpb niet tot een versterking van het eigen vermogen. Immers, de aanspraken worden prijsgegeven tot het bedrag van de fiscale balanswaarde. Vervolgens ontstaat ofwel een verplichting jegens de dga (bij afkoop) die geheel of gedeeltelijk wordt schuldig gebleven, ofwel er ontstaat een oudedagsverplichting. Per saldo verbetert het fiscale vermogen van de pensioenuitvoerder derhalve niet. Indien de jaarrekening niet op fiscale grondslagen is vastgesteld, zal het prijsgeven van pensioenaanspraken tot de fiscale balanswaarde veelal wel tot een verbetering van het eigen vermogen leiden aangezien de fiscale balanswaarde vaak lager ligt dan de stand van de pensioenvoorziening op grond van de jaarrekeningrechtelijke grondslagen. Indien sprake was van een negatief eigen vermogen, kan dit ten gevolge van afstempeling weer positief worden.

#### 4 Positie van de partner en andere aandeelhouders

Voor zover de waarde in het economische verkeer van de aandelen door de afstempeling positief of positiever wordt, komt de waardeverhoging toe aan de aandeelhouder(s). Bovendien verdwijnt door deze afstempeling de pensioenaanspraak omdat deze moet worden afgekocht of omgevormd in een oudedagsverplichting. Dit heeft ook consequenties voor de in de

pensioenregeling erkende partner en andere nabestaanden aan wie een nabestaandenpensioen is toegezegd bij vooroverlijden. De partner en kinderen zullen ten gevolge van de toepassing van de uitfaseringsfaciliteiten (afgeleide) pensioenrechten verliezen. Dat is ook de reden dat in de uitfaseringswet is bepaald dat de partner toestemming moet verlenen voor de uitfaseringsfaciliteiten. Van die toestemming moet blijken uit een mede door de partner ondertekend formulier dat uiterlijk een maand na de uitfaseringsfaciliteit moet zijn ingediend bij de belastingdienst. Als dit formulier niet tijdig is ingediend, zijn de uitfaseringsfaciliteiten niet van toepassing. In het formulier wordt daarnaast een aantal andere aspecten gevraagd die van belang zijn.<sup>11</sup>

Naast dit formele aspect, bestaat een belangrijk materieel aspect ten aanzien van de positie van de partner. Afhankelijk van het toepasselijke huwelijksvermogensrecht, dient de partner volgens de Staatssecretaris van Financiën te worden gecompenseerd voor zover zij door de toepassing van de uitfaseringsfaciliteiten rechten zou prijsgeven (Van den Dool & Van der Weerd-Van Joolingen, 2016). Bij gebrek aan afdoende compensatie zou sprake zijn van een bevoordeling van de aandeelhouder(s) van het eigenbeheerlichaam dat (deels) wordt bevrijd van een verplichting door de uitfaseringsfaciliteiten.<sup>12</sup> Van een bevoordeling is volgens de Staatssecretaris van Financiën eveneens sprake indien andere aandeelhouders profiteren van toepassing van de uitfaseringsfaciliteiten. Daarvan zal sprake zijn indien de waarde van de door hen gehouden aandelen door de afstempeling tot fiscale balanswaarde stijgt. Bij gebrek aan (afdoende) compensatie voor dat voordeel, zal sprake zijn van een schenking aan die andere aandeelhouders. Als de dga wiens pensioenaanspraken worden afgestempeld tevens de enige aandeelhouder is van de pensioenverzekeraar, zal die dga zowel profiteren van de waardeverhoging als van het feit dat de afgeleide rechten van de partner/nabestaanden door afstempeling worden aangetast. Als de dga enig aandeelhouder is van de pensioenverzekeraar, zal hij voor het prijsgeven van een deel van de pensioenaanspraken worden gecompenseerd door een waardeverhoging van de aandelen.<sup>13</sup> Als sprake was van een dekkingstekort, zal de waardeverhoging op het afstempelingsmoment evenwel beperkter zijn dan de waarde van de prijsgegeven pensioenrechten. Eventuele andere aandeelhouders worden door het prijsgeven (evenredig) bevoordeeld. Indien en voor zover de door die andere aandeelhouders gehouden aandelen in waarde stijgen, is volgens de Staatssecretaris van Financiën sprake van een schenking aan die aandeelhouders. In diens visie zou de dga van die andere aandeelhouders namelijk compensatie moeten krijgen voor het voordeel dat zij aan de gedeeltelijke prijsgeve van pensioenrechten ontleent.

Indien de dga in algehele gemeenschap van goederen is gehuwd met zijn partner, zal de waardeverhoging van de aandelen ook aan de partner toekomen. Uiteraard is dat ook het geval als de partner zelf aandelen houdt in de pensioenverzekeraar of als de aandelen in een beperkte gemeenschap vallen. Van een bevoordeling is volgens de Staatssecretaris geen sprake bij een algehele gemeenschap van goederen. Indien evenwel sprake is van huwelijksvoorwaarden dan wel van gebrek aan enige (beperkte) huwelijksgemeenschap van goederen, zal een bevoordeling wel aan de orde zijn. Om de omvang daarvan inzichtelijk te krijgen, dient de waarde van de (afgeleide) rechten van de partner te worden bepaald en vervolgens vastgesteld te worden of en zo ja tot welk bedrag de partner daarvoor wordt gecompenseerd. Compensatie kan ook voorwaardelijk plaatsvinden. Compensatie moet zowel worden overeengekomen indien wordt gekozen voor afkoop als wanneer wordt gekozen voor omvorming in een oudedagsverplichting.<sup>14</sup> Gebrek aan compensatie leidt tot een belaste schenking bij degene die wordt bevoordeeld door de afstempeling en uitfasering.<sup>15</sup>

## 5 Dividendklem verdwijnt (mogelijk)

Bij toepassing van de uitfaseringsfaciliteiten wordt de pensioenuitvoerder gedeeltelijk bevrijd van de pensioenverplichting en stijgt het eigen vermogen. Een eventueel dekkingstekort verdwijnt of wordt kleiner.<sup>16</sup> Bij een (fictieve) afkoop ex art. 19b Wet LB 1964 wordt op grond van art. 3.12 Uitvoeringsregeling loonbelasting 2011 de waarde in het economische verkeer in de heffing betrokken en over dat bedrag wordt ook revisierente berekend. Bij gebruik van de uitfaseringsfaciliteiten zal de eventuele onderdekking afnemen en neemt de dividendruimte dienovereenkomstig toe. Bij afkoop van alle pensioenverplichtingen resteert geen verplichting meer die onder het toepassingsbereik van art. 19b Wet LB 1964 valt en derhalve behoeft bij toekomstige dividenduitkeringen geen vrees meer te bestaan dat een eventuele dividenduitkering tot een fictieve afkoop van de integrale pensioenaanspraak leidt.<sup>17</sup> Indien evenwel is gekozen voor de omvorming in een oudedagsverplichting, blijft de mogelijkheid bestaan dat dividenduitkeringen tot een fictieve afkoop daarvan leiden. Op een oudedagsverplichting blijft art. 19b Wet LB 1964 namelijk van overeenkomstige toepassing. In die gevallen verdwijnt de dividendklem derhalve niet volledig. Omdat evenwel de waarde in het economische verkeer van een oudedagsverplichting overeenkomt met de nominale waarde daarvan in de fiscale balans, zal een onderdekkingssituatie sneller inzichtelijk zijn. Er bestaat immers geen waarderingsverschil meer zoals dat thans ten aanzien van de waarde van pensioenaanspraken in de loonbelasting wel bestaat. Indien en voor zolang geen gebruik wordt gemaakt van de uitfaseringsfaciliteiten, blijft de dividendklem bestaan. Ingeval derhalve sprake is van



een pensioen- of oudedagsverplichting dient bij voorgenomen dividenduitkeringen te worden beoordeeld of die voor de toepassing van de Wet LB 1964 mogelijk leiden tot een fictieve afkoop van die verplichtingen. Volledigheidshalve zij vermeld dat een dergelijke fictieve afkoop zich bij dividenduitkeringen en bijvoorbeeld het verstrekken van onzakelijke leningen aan de dga ook kan voordoen ten aanzien van stamrecht- en lijfrente-verplichtingen. De dividendklem kan derhalve niet zonder meer worden genegeerd sinds de inwerkingtreding van de uitfaseringwet. Invoering van de wet betekent niet dat dividenduitkeringen uit het verleden geen fictieve afkoop meer zouden kunnen opleveren. De uitfaseringwet kent namelijk geen terugwerkende kracht.

## 6 Fiscale winstbepalingsaspecten

Oorspronkelijk zou de uitfaseringwet per 1 januari 2017 in werking treden. Uitstel tot uiteindelijk 1 april 2017 was noodzakelijk omdat zich een mogelijk budgettaire lek aftekende. Daarvan bleek geen sprake. Veel eerder was sprake van een onbedoelde aftrekbeperking aangezien het in de uitfaseringwet oorspronkelijk voorgestelde art. 34e Wet Vpb 1969 bepaalde dat toepassing van de uitfaseringsfaciliteiten niet tot enige bij de bepaling van de winst in aanmerking te nemen voordeel mocht leiden. Aangezien de duiding voordeel algebruisch is bedoeld, konden nog niet in aftrek gebrachte indexatielasten niet alsnog of in de toekomst in aftrek komen. Indien evenwel de pensioenverplichting was overgedragen aan een niet in de fiscale eenheid opgenomen pensioenverzekeraar was bij de overdrager sprake van een transitorische actiefpost tot het bedrag van de nog niet in aanmerking genomen indexatielast, terwijl bij de pensioenverzekeraar tegelijkertijd tot eenzelfde bedrag sprake was van een transitorische passiefpost. Die laatste stond dan naast de pensioenverplichting die was gewaardeerd zonder de indexatielast. Naarmate de indexatielasten zich daadwerkelijk voordeden, werd de pensioenverplichting bij de verzekeraar opgewaardeerd onder gelijktijdige vrijval van de indexatieverplichting met eenzelfde bedrag. Bij de overdrager zou de transitorische actiefpost op datzelfde moment ten laste van de winst vrijvallen. Op die overigens praktisch bewerkelijke manier zou de nog niet in aanmerking genomen indexatielast uiteindelijk ten laste van de pensioentoevallende vennootschap komen. Deze systematiek blijft overigens bestaan in die gevallen waarin geen gebruik wordt gemaakt van de uitfaseringsfaciliteiten. Indien evenwel gebruik zou worden gemaakt van de uitfaseringsfaciliteiten zou door de werking van het oorspronkelijke art. 34e Wet Vpb 1969 de nog niet in aanmerking genomen indexatielast niet in aftrek kunnen worden gebracht.

In de Novelle is thans bepaald dat bij afkoop van de pensioenverplichting op grond van de uitfaseringwet (dus niet bij een fictieve afkoop of reguliere afkoop) de

nog niet in aanmerking genomen indexatielast wel in een keer ten laste van de winst mag worden gebracht. Dit is echter alleen mogelijk als de pensioenverplichting in extern eigen beheer is verzekerd bij een niet in de fiscale eenheid opgenomen verzekeraar. De achtergrond daarvan is dat die indexatielast bij de verzekeraar tot de fiscale balanswaarde behoort die wordt afgekocht en derhalve ook op die manier aan de dga ten goede komt. Indien wordt gekozen voor omvorming in een oudedagsverplichting, bestaat die mogelijkheid van aftrek ineens niet. In dat geval kan de indexatielast bij de overdrager in gelijke delen in aftrek worden gebracht gedurende de periode tussen de leeftijd van de gerechtigde op omvormingsmoment en het bereiken van de 87-jarige leeftijd.

Voor zowel directe aftrek bij afkoop als uitgestelde aftrek bij omvorming in een oudedagsverplichting geldt als voorwaarde dat de transitorische actiefpost tot uitdrukking komt in een uiterlijk op 20 september 2016 ingediende aangifte vennootschapsbelasting. Deze mogelijkheid tot aftrek van de nog niet in aanmerking genomen indexatielasten bestaat in theorie ook indien geen sprake is van overdracht aan een extern eigenbeheerlichaam, maar waarin bij intern eigen beheer de indexatielast wel tot uitdrukking is gebracht. Dit komt in de praktijk slechts zeer zelden voor. Indien de overdracht van de pensioenverplichting heeft plaatsgevonden in een op 20 september 2016 nog lopend boekjaar, kan niet worden voldaan aan de eis dat de indexatieverplichting op dat moment al in een balans tot uitdrukking is gekomen. Onder voorwaarden kan ook dan de indexatieverplichting echter tot de balanswaarde worden gerekend.

## 7 RJ-uiting 2017-3

Op 29 maart 2017 is 'ontwerp-richtlijn Pensioenvoorziening en oudedagsverplichting directeuren-grootheidhouder' door de RJ gepubliceerd. Dit ontwerp volgt op de eerder ingetrokken ontwerp-richtlijn RJ-Uiting 2016-15.<sup>18</sup> Het thans voorliggende ontwerp zal in werking treden voor boekjaren die eindigen na 31 maart 2017 en geldt slechts voor die gevallen waarin geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid de vennootschappelijke balans op fiscale grondslagen vast te stellen. Voor boekjaren die op of voor 31 december 2016 eindigen heeft het ontwerp geen betekenis. Volgens de RJ zijn er vanwege het feit dat de uitfaseringwet eerst op 1 april 2017 in werking is getreden geen gevolgen voor de verwerking en waardering van de pensioenvoorziening van een dga in jaarrekeningen met een boekjaar eindigend op 31 december 2016. Wel kan sprake zijn van een gebeurtenis na balansdatum die mogelijk in de jaarrekening 2016 moet worden toegevoegd. Tussen beide concepten bestaat los van redactionele verschillen voortvloeiende uit het feit dat het wetsvoorstel in gewijzigde vorm is aangenomen, slechts een tweetal verschillen.

Het eerste daarvan heeft betrekking op het feit dat volgens de RJ geen sprake is van relevante gebeurtenissen voor de jaarrekening 2016. In RJ-Uiting 2016-15 werd evenwel gewag gemaakt van de mogelijkheid dat reeds in 2016 een onvoorwaardelijke overeenkomst tot stand zou kunnen tot afstempeling onder de voorwaarde van in leven zijn van de verzekerde op afstempelingsdatum. Een standpunt dienaangaande lag voor de hand aangezien in de praktijk behoefte bleek te bestaan aan de mogelijkheid om reeds voorafgaand aan een afstempeling van de pensioenaanspraak overeenkomstig de uitfaseringswet al in de balans per 31 december 2016 tot een lagere waardering te komen teneinde de eigenvermogenspositie te verbeteren. In geval al in 2016 een overeenkomst onder opschortende voorwaarde zou zijn gesloten, diende, aldus RJ-Uiting 2016-15, bij de waardering van de pensioenvoorziening rekening te worden gehouden met de kans van optreden van beide wijzen van uitkering. Kennelijk acht de RJ vanwege de uitgestelde datum van inwerkingtreding de mogelijkheid dat een dergelijke overeenkomst onder opschortende voorwaarde is gesloten in 2016 niet reëel. Voor gevallen waarin een dergelijke overeenkomst toch gesloten zou zijn, zou handhaving van dit standpunt volledigheidshalve verstandig zijn geweest. Bovendien bestaat ook in de jaren 2017 en 2018 de mogelijkheid dat wordt overeengekomen dat een pensioenaanspraak onder de voorwaarde van in leven zijn van de verzekerde pas zal worden afgestempeld in een volgend jaar. Over die situatie meldt RJ 2017-2 evenmin iets. Ook in die gevallen lijkt eenzelfde benadering als in RJ-Uiting 2016-15 voor de hand te liggen.

Het tweede verschil betreft een uitgebreidere behandeling van de presentatie. Indien geen gebruik wordt gemaakt van de uitfaseringsmogelijkheid en derhalve de pensioenaanspraken worden gehandhaafd, wijzigt de presentatie daarvan niet. Wel zal vanaf uiterlijk 30 juni 2017 sprake zijn van een 'bevroren' pensioenverplichting. Als wel gebruik wordt gemaakt van de uitfaseringsmogelijkheid, zal in verband daarmee afstempeling van de pensioenaanspraak tot de fiscale balanswaarde plaatsvinden. Omdat volgens de RJ sprake is van een vermogensmutatie die voortvloeit uit de financiële relatie van de rechtspersoon met de dga in diens hoedanigheid van aandeelhouder, moet deze rechtstreeks in het eigen vermogen worden verwerkt, inclusief de daarop betrekking hebbende belastinglatenties. Dit sluit aan op het gestelde in onder meer alinea 240.403 van de Richtlijnen voor grote en middelgrote rechtspersonen. Indien vervolgens afkoop plaatsvindt, zal mogelijk nog een schuld aan de dga resterend. Die wijkt waar het de jaarrekeningrechtelijke aspecten betreft niet af van andere schulden jegens aandeelhouders (of derden indien de pensioenverplichting bestond jegens iemand die geen aandeelhouder meer is).

Indien gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid de afgestempelde pensioenaanspraak om te vormen in een oudedagsverplichting, vormt die een juridisch afdwingbare verplichting. Er is evenwel een wezenlijk verschil met een pensioenaanspraak aangezien een oudedagsverplichting niet van het leven afhankelijk is. De presentatie van een oudedagsverplichting zou moeten plaatsvinden overeenkomstig hoofdstuk 271 van de Richtlijnen (personeelsbeloningen). Omwille van de eenvoud en besparing van administratieve lasten stelt de RJ voor om oudedagsverplichtingen te waarderen op de fiscale balanswaarde. De reden daarvoor is dat die waarde veelal hoger zal zijn dan die overeenkomstig hoofdstuk 271 aangezien de fiscale balanswaarde overeenkomt met de nominale waarde, terwijl bij de waardering volgens hoofdstuk 271 discontering moet plaatsvinden op grond van het rendement op hoogwaardige ondernemingsobligaties. Van een te hoge weergave van het eigen vermogen kan door de keuze voor de fiscale waarde dan ook geen sprake zijn. Ook zal de omvang van de toekomstige uitkeringen overeenkomen met het bedrag van de fiscale waarde van de oudedagsverplichting. Dat sprake is van een geringere verplichting ten opzichte van de stand van de pensioenvoorziening is evenwel een minder goed argument om te kiezen voor waardering van de oudedagsverplichting op de fiscale waarde. Dit laatste argument zou dan ook verwijderd kunnen worden uit de ontwerp-Uiting.<sup>19</sup>

## 8 Slotbeschouwing

De uitfaseringswet was bedoeld om een oplossing te bieden voor de dividendklem die voortvloeide uit de afwijkingen in waarderingsmethoden voor pensioenverplichtingen in de loonbelasting, fiscale winstbepaling en de jaarrekening. Indien gebruik wordt gemaakt van de faciliteiten in de uitfaseringswet, zal de dividendklem verminderen en slechts bij afkoop daadwerkelijk verdwijnen. Toepassing van de uitfaseringsfaciliteiten is praktisch evenwel niet eenvoudig, met name door de positie van de partner die afhankelijk van de feitelijke omstandigheden gecompenseerd zou moeten worden voor de door hem of haar prijs te geven rechten. Mogelijk dat daar een belemmering ligt om de uitfaseringsfaciliteiten toe te passen. Indien sprake is van een dekkingstekort na afstempeling of gebrek aan financiële middelen om de verschuldigde belasting te voldoen, zal afkoop vaak geen reële optie zijn. De verwachting lijkt dan ook gerechtvaardigd dat in het merendeel van de gevallen waarin sprake is van onderdekking gekozen zal worden voor omvorming in een oudedagsverplichting. Een dergelijke verplichting dient uitgaande van de nu voorliggende ontwerp-Uiting van de RJ gewaardeerd te worden op de fiscale balanswaarde. Dat is uit het oogpunt van administratieve vereenvoudiging een goede keuze. ■

Dr. R.P. van den Dool is belastingadviseur te Rotterdam, tevens verbonden aan het fiscaal economisch instituut van de EUR en bureau vaktechniek van SRA, off counsel Delissen Martens advocaten en belastingadviseurs. Voor vragen of opmerkingen over dit artikel kunt u een e-mail sturen naar [ruud@rpfiscaal.nl](mailto:ruud@rpfiscaal.nl).

## Noten

**1** Zie voor een uitgebreide behandeling van de uitfaseringswet Staats (2017). Hij gaat niet in op de Novelle.

**2** Stb. 2017/117 bevat enkele wijzigingen in uitvoeringsregelingen die samenhangen met de uitfaseringswet.

**3** Indien een verzoek tot overdracht uiterlijk op 30 juni 2017 is ingediend, wordt de desbetreffende aanspraak geacht tijdig te zijn overgedragen aan een eigenbeheerlichaam.

**4** Zie <https://www.verzekeraars.nl/verzekeringsbranche/cijfers/Paginas/AndereStatistieken/Rendementmaatstaven.aspx>. In april 2017 bedraagt dit 0.06%.

**5** Theoretisch zou het wel mogelijk kunnen zijn om de pensioenaanspraken niet op grond van de wet af te stempelen tot de fiscale balanswaarde, maar deze prijs te geven tot de waarde in het economische verkeer. Ingeval sprake is van het prijsgeven van niet voor verwezenlijking vatbare rechten zou dit prijsgeven op grond van art. 19b, lid 1, onderdeel c, Wet LB 1964 niet leiden tot een fictieve afkoop van de pensioenaanspraken. In de praktijk blijkt evenwel dat het prijsgeven van niet voor verwezenlijking vatbare rechten door de belastingdienst alleen aanwezig wordt geacht ingeval van surseance van betaling of faillissement van de pensioenverzekeraar. Soms wordt dit ook aanwezig geacht als de pensioenaanspraken worden overgedragen aan een andere (professionele) verzekeraar en de oorspronkelijke pensioenuitvoerder wordt geliquideerd.

**6** Vraag & Antwoord 2017-001 van het centraal aanspreekpunt pensioenen (CAP). Zie ook V-N 2017/2.23. Het is wel mogelijk om een eventueel dekkingstekort evenredig te verdelen over de pensioenaanspraken en de overige aanspraken.

**7** De belastingdienst hanteert voor de bepaling van de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraken waar het de toepassing van de loonbelasting betreft, de zogenoemde benaderde marktwaarde. De inhoud daarvan is omschreven in Vraag & Antwoord 13-006 d.d. 17 november 2013 van het CAP.

**8** De revisierente bedraagt op grond van art. 30i AWR 20 procent en wordt berekend over de waarde in het economische verkeer van de aanspraak.

**9** Vergelijk RJ-Uiting 2014-4 en De Richtlijnen, alinea 217-318 jo 271-316 voor grote en middelgrote rechtspersonen, alinea 304 van hoofdstuk A1 voor micro en kleine rechtspersonen.

**10** Tenzij gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid de jaarrekening vast te stellen op fiscale waarderingsgrondslagen.

**11** Zie ook Vraag & Antwoord 2017-023 van het CAP.

**12** Indien het eigenbeheerpensioen is verzekerd bij een stichting, zal door toepassing van de uitfaseringsfaciliteiten de vermogenspositie van de stichting ook verbeteren. Ook dan komt de compensatie voor de partner aan de orde. Of alsdan evenwel sprake kan zijn van een bevoordeling van de dga (of anderen) en/of van een schenking is afhankelijk van de statuten van de stichting en de daarin opgenomen begunstingen ten aanzien van het vermogen van de stichting gedurende het bestaan en bij liquidatie.

**13** Overigens zou de waardestijging zich niet per se hoeven voor te doen ten aanzien van de aandelen in de pensioenverzekeraar. Indien tussen de werkgever en die pensioenverzekeraar is overeengekomen dat de pensioenlasten volledig voor rekening en risico van de werkgever komen en de gedeeltelijke prijsgeve van rechten ten

goede komt aan de werkgever, zou beoordeeld moeten worden aan wie de waardestijging van de aandelen in de werkgever ten goede komt.

**14** Een en ander betekent voor de praktijk dat de partner onafhankelijk moet worden geadviseerd.

**15** Men zou overigens op grond van HR 21 januari 1976, nr. 17 722, BNB 1976/64 en de Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Successiewet, aantekening 5.1 bij art. 1 SW 1956 kunnen betogen dat bij toepassing van de uitfaseringsfaciliteiten geen bevoordelingsbedoeling bestond omdat is beoogd een loonbelastingfaciliteit tot uitfasering toe te passen die bovendien leidt tot een verbetering van de vermogenspositie van de pensioenuitvoerder. Er is dan geen sprake van een bevoordelingsbedoeling van een ander. Dat iemand (mogelijk) wordt verrijkt is geen doel, maar een gevolg en dat is geen vrijgevigheid die leidt tot een belaste schenking.

**16** Zie nader Ruesink (2012) alsmede Vraag & Antwoord 2012-008 van het CAP.

**17** Ingeval van een fictieve afkoop van een pensioenaanspraak is de pensioenverzekeraar op grond van art. 23a Wet Vpb 1969 onder voorwaarden een straffeffing verschuldigd. Voor de bestuurders van de pensioenverzekeraar bestaat de mogelijkheid van aansprakelijkheid voor de verschuldigde vennootschapsbelasting.

**18** Ingetrokken met RJ-Uiting 2017-1

**19** Overigens staat in de ontwerp-Uiting ook vermeld dat bij toepassing van de coulanceperiode de nog niet bevroren pensioenaanspraken slechts tot 1 april 2017 kunnen worden opgebouwd. Dat is onjuist, opbouw kan plaatsvinden tot uiterlijk 30 juni 2017 of het eerdere moment waarop de pensioenregeling wordt bevroren.

## Literatuur

---

- Dool, R.P. van den & Weerd-Van Joolingen, H.F. van der (2016), Uittasering pensioen in eigen beheer, schenkings- en internationale aspecten. *Weekblad Fiscaal Recht* 2016/249.
- Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ). *Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen*. Deventer: Wolters-Kluwer.
- Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ). *Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor micro- en kleine rechtspersonen*. Deventer: Wolters-Kluwer.
- Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ) (2017). *RJ-Uiting 2017-1: Intrekking RJ-Uiting 2016-15 'ontwerp-richtlijnen Pensioenvoorziening en oudedagsverplichting directeuren-groootaandeelhouder'*. Geraadpleegd op <http://www.rjnet.nl/Publicaties/Uitingen/2017>.
- Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ) (2017). *RJ-Uiting 2017-3: 'ontwerp-richtlijn Pensioenvoorziening en oudedagsverplichting directeuren-groootaandeelhouder'*. Geraadpleegd op <http://www.rjnet.nl/Publicaties/Uitingen/2017>.
- Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ) (2016). *RJ-Uiting 2016-15: 'ontwerp-richtlijnen Pensioenvoorziening en oudedagsverplichting directeuren-groootaandeelhouder'*. Geraadpleegd op <http://www.rjnet.nl/Databank/RJ-Uitingen/2016/15>.
- Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ) (2014). *RJ-Uiting 2014-4: 'Pensioenvoorziening directeuren-groootaandeelhouder'*. Geraadpleegd op <http://www.rjnet.nl/Databank/RJ-Uitingen/2014/>.
- Ruesink, S.J. (2012). Afkoop van pensioen in eigen beheer. *Weekblad Fiscaal Recht* 2012/1514.
- Staats, G.M.C.M. (2017). Het einde van het dga-pensioen. *Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht* 2017/148.1.