

Extern eigen beheer herleeft

Het toezeggen van een nominaal pensioen ondergebracht bij een pensioen-bv wordt weer aantrekkelijker na een recente uitspraak van het Hof Den Haag.

TEKST: ROBBERT VAN WOERDEN EN COREY DEKKERS* | BEELD: DREAMSTIME



'HET TOEZEGGEN VAN EEN NOMINAAL PENSIOEN ONDERGEBRACHT BIJ EEN PENSIOEN-BV WORDT WEER AANTREKKELIJKER.'

Als een pensioenverplichting wordt overgedragen van de ene bv naar een andere bv kan de overdragende bv worden geconfronteerd met het activeren van de toekomstige indexatielasten. Daarbij werd er tot nu toe van uitgegaan dat behalve de daadwerkelijke koopsom voor de indexatie óók de koopsom behorende bij het verschil tussen een rekenrente van vier procent en de gehanteerde marktrente moest worden geactiveerd.

Hof Den Haag (BK-12/00387 en BK12/00388 d.d. 8 mei 2013) stelt de Belastingdienst in het ongelijk wat betreft het rekenrenteverschil. Het Hof stelt dat dit wel degelijk in mindering is te brengen op het resultaat. Voor de praktijk betekent dit onder andere dat het toezeggen van een nominaal pensioen ondergebracht bij een pensioen-bv weer aantrekkelijker wordt.

CASUS VAN HET HOF DEN HAAG

Het Hof Den Haag heeft op 8 mei 2013 een aantal uitspraken gedaan over de aftrekbeperking van de overdrachtswaarde bij extern eigen beheer (Gerechtshof Den Haag, BK-12/00387, CA1431 en Hof Den Haag, BK-12/00388, CA1432.) Beide zaken gaan over de vraag welke lasten de overdragende bv ten laste van het fiscale resultaat mag brengen. In dit artikel staan we stil bij de zaken CA1431 en CA 1432 die identiek aan elkaar zijn.

In de cases bij Hof Den Haag werd ultimo 2006 de pensioenverplichting aan een pensioenstichting overgedragen. De overdrachtswaarde bedraagt € 746.377 en bestaat uit de netto actuariële koopsom van € 716.644 vermeerderd met een kostenopslag van € 29.733. De netto actuariële koopsom is berekend met toepassing van de volgende grondslagen:

- sterftetabel GBM/GBV 1995-2000 met leeftijdsterugstellingen van vijf jaar voor mannen en van zes jaar voor vrouwen;
- een rekenrente van 3.74 procent; en
- een na-indexatie van 2.11procent.

Het Hof concludeert dat ondanks dat het een stichting is die voldoet aan artikel 10 URIB IB 2001, de inspecteur

HOE ZAT HET OOK ALWEER?

Als de pensioenverplichting van een directeur-grotaandeelhouder is ondergebracht bij een andere bv dan de bv waar hij werkzaam is, wordt gesproken van extern eigen beheer. De koopsommen die de werkgever-bv betaalt aan de pensioen-bv dienen op zakelijke tarieven te zijn gebaseerd. Dat wil zeggen dat de koopsommen moeten zijn gebaseerd op de tarieven die levensverzekeringsmaatschappijen voor dergelijke pensioenverzekeringen hanteren (zie Hoge Raad 14 april 2006 (LJN: AW1747, 41569)).

De lastneming

De overdrachtswaarde dan wel pensioenpremies moeten zijn gebaseerd op een zakelijk tarief. Bij voorkeur zal het overdragende directiepensioenlichaam de volledige pensioenpremies als last willen nemen. Op basis van artikel 3.26 tot en met 3.28 Wet IB 2001 kan de toekomstige indexatie niet als last worden genomen in het jaar van betalen, maar pas als de indexatie zich daadwerkelijk voordoet.

Artikel 3.27 Wet IB 2001 nuanceert dit door te stellen dat premies betaald aan een erkende levensverzekeraar of een artikel 10 URIB-lichaam wel in het jaar van betalen aftrekbaar zijn. Daarbij geldt dat de premies of koopsommen onherroepelijk de onderneming moeten hebben verlaten.

Wanneer een pensioenaanspraak niet volledig is gefinancierd, is artikel 3.27 wet IB 2001 niet van toepassing. Artikel 3.28 Wet IB 2001 bepaalt dat er geen indexatielast wordt verondersteld als de rekenrente vier procent of hoger is.

terecht een correctie ten bedrage van € 288.029 voor de gehanteerde na-indexatie van 2,11 percent heeft aangebracht. De uitzondering van artikel 3.27 Wet IB 2001 is niet van toepassing omdat de overdrachtswaarde schuldig is gebleven aan de stichting. De aanspraken zijn niet afgefinancierd.

Over het verschil in rekenrente van 3,74 procent en vier procent oordeelt het Hof dat de rechtbank is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het verschil in rente valt onder de aftrekbeperking. Op grond hiervan komt het Hof Den Haag tot de conclusie dat voor de overdragende bv het rekenrenteverschil van € 24.916 aftrekbaar is en niet als indexatielast hoeft te worden geactiveerd. De Belastingdienst wordt op dit punt dus in het ongelijk gesteld.

Overigens valt op dat het Hof, in tegenstelling tot Rechtbank Breda, nauwelijks uitwerkt waarom sprake is van een onjuiste rechtsopvatting.

AANDACHTSPUNTEN VOOR DE PRAKTIJK

Duidelijk is dat de door de overdragende bv daadwerkelijke vooruitbetaalde indexatielasten niet aftrekbaar



Zie ook
**Accountant.nl/
Vaktechniek**

'BIJ AFSTORTEN VAN EEN NOMINAAL PENSIOEN MET EEN REKENRENTE LAGER DAN VIER PROCENT IS NIET LANGER DE VRAAG OF DE OVERDRAGENDE BV DE OVERDRACHTSWAARDE DEELS MOET ACTIVEREN.'

REKENRENTE VAN VIER PROCENT

De rekenrente van vier procent vermeld in artikel 3.29 Wet IB 2001 gaat over het waarden van de pensioenverplichting. Dat artikel is dus relevant bij het bepalen van de pensioenverplichting in de pensioen-bv en niet relevant voor de vraag of de pensioenpremies aftrekbaar zijn.

De rekenrente (marktrente) is al lange tijd lager dan vier procent. De Belastingdienst stelt zich op het standpunt dat bij een rekenrente lager dan vier procent premies en koopsommen niet aftrekbaar zijn en geactiveerd moeten worden als toekomstig te betalen indexatielasten. Hierdoor ontstaat het rare fenomeen dat bij de overdracht van een nominaal pensioen met een rekenrente van 2,5 procent er een activapost voor indexaties ontstaat van 1,5 procent terwijl er geen indexaties zijn toegezegd.

EERDERE RELEVANTE JURISPRUDENTIE

Rechtbank Leeuwarden stelt in de uitspraak van 1 maart 2012 in r.o. 3.3 (LJN: BW0258, Rechtbank Leeuwarden, AWB 10/1184) dat het deel van de overdrachtswaarde dat ziet op het rekenrenteverschil onder de in deze artikelen opgenomen aftrekbeperking valt. Belangrijk is dat partijen niet betwisten dat de artikelen 3.26 tot en met 3.28 Wet IB 2001 van toepassing zijn zodat de rechtbank geen aanleiding ziet om van dit standpunt van partijen af te wijken.

Inmiddels hebben rechtbank Breda en het Hof Den Haag zich uitgelaten over het rekenrenteverschil. Beide komen tot de conclusie dat het verschil tussen de rekenrente van vier procent en de lagere marktrente niet valt onder de aftrekbeperking van de artikelen 3.26 tot en met 3.28 Wet IB 2001.

De zaak bij de Rechtbank Breda (LJN BW9364, 11/1245, 11 mei 2012) ging over de vraag of een pensioenstichting die een contraverezen verzekering sluit met de kinderen van de dga een artikel 10 URIB-lichaam is. Dat was uiteraard niet het geval. Echter, in de zaak wordt ook het rekenrenteverschil behandeld. De rechtbank oordeelt dat het bestanddeel in de overnamevergoeding dat verband houdt met het verschil in rekenrente tussen 3,74 procent en vier procent niet valt onder de aftrekbeperking van artikel 3.28 Wet IB 2001. Rechtbank Breda beargumenteert dit als volgt. De rechtbank gebruikt meer passages uit de parlementaire geschiedenis van artikel 3.28 Wet IB 2001 (en zijn voorganger artikel 9a Wet IB 1964) waaruit blijkt dat het percentage van vier procent dat gehanteerd wordt in artikel 3.28 Wet IB 2001 voortkomt uit het door de Pensioen- en Verzekeringskamer (nu De Nederlandsche Bank) aanvaarde rekenrentepercentage van vier procent.

De wetgever ging er tevens van uit dat dit percentage door de Pensioen- en Verzekeringskamer niet zou worden aangepast. De Nederlandsche Bank hanteert voor 2006 echter een rekenrente van (maximaal) drie procent voor salarisdiensttijdregelingen bij verzekeraars. De Rechtbank stelt dat als vastgehouden wordt aan een te hanteren rekenrente van vier procent dit er toe zou leiden dat een niet bestaand indexatie-element geactiveerd moet worden. Dat is naar het oordeel van de Rechtbank niet in overeenstemming met het doel en de strekking van het betreffende wetsartikel. Het rekenrenteverschil tussen 3,74 procent en vier procent is daarmee aftrekbaar.

Feitelijk stelt de Rechtbank dat de wetsgeschiedenis en de bedoeling van de wet voorrang krijgt boven de werkelijke wettekst. Het in artikel 3.28 Wet Inkomstenbelasting 2001 gehanteerde percentage van (minimaal) vier procent zou niet van toepassing zijn.

'DEZE UITSPRAAK MAAKT HET UITRUILEN VAN DE INDEXATIE-VERPLICHTING IN EEN HOGER OUDERDOMSPENSIEN VÓÓR DE OVERDRACHT ZEER AANTREKKELIJK.'

zijn en dus geactiveerd moeten worden op de activa-zijde van de balans, tenzij er sprake is van de uitzondering van artikel 3.27 wet IB 2001. Uiteraard geldt dit alleen voor zover de rekenrente na het rekening te houden met de indexatielast lager is dan vier procent. Het rekenrenteverschil is wel aftrekbaar.

Hoewel de bedragen aan de lage kant lijken, heeft deze uitspraak de nodige consequenties. Zo zal bij het afstorten van een nominaal pensioen met een rekenrente lager dan vier procent niet langer het vraagstuk beantwoord hoeven te worden of de overdragende bv een deel van de overdrachtswaarde moet activeren. Op grond van deze uitspraak kan het verschil tussen de balansverplichting van de overdragende bv en de overdrachtswaarde volledig ten laste van het resultaat worden gebracht.

Deze wetenschap maakt het uitruilen van de indexatieverplichting in een hoger ouderdomspensioen vóór de overdracht zeer aantrekkelijk. Uiteraard moet de fiscale ruimte er wel zijn. De pensioenaanspraak mag na uitruil niet meer bedragen dan honderd procent van het pensioengevend loon. De meeste pensioenregelingen in eigen beheer zijn eindloonregelingen of middelloonregelingen. Door deze uitspraken wordt bij extern eigen beheer de beschikbare premieregeling interessant. Als een niet geïndexeerde eindloonregeling (of een eindloonregeling waar de indexatie is omgezet in een hoger nominaal pensioen) wordt omgezet in een beschikbare premieregeling zal bij overdracht naar een pensioen-bv de overdragende bv de gehele last mogen nemen, terwijl bij de ontvangende bv geen vrijval is. Er worden immers geen aanspraken gewaardeerd. Artikel 3.29 Wet IB 2001 en artikel 8 lid 6 Vpb is bij een beschikbare premieregeling niet aan de orde. Dit speelt pas als voor de waarde een pensioen wordt aangekocht.

Extern eigen beheer wordt aantrekkelijk als de uitspraken van Hof Den Haag en Rechtbank Breda in cassatie of hoger beroep standhouden en het geïndexeerde pensioen kan worden omgezet in een nominaal pensioen. Om vrijval van de pensioenverplichting te voorkomen is het omzetten van nominaal pensioen in een beschikbare premieregeling gewenst. □

Noot

* Robbert van Woerden is werkzaam als senior pensioenconsultant bij KWPS en Corey Dekkers is als senior pensioenspecialist werkzaam bij Pensioennavigat of BV op de afdeling Fiscale en Juridische zaken.