

# Jaarwinstregels bepalend bij pensioenoverdracht

Op 7 juni 2010 heeft de procureur-generaal bij de Hoge Raad een interessante conclusie geschreven over de fiscale werking van pensioenoverdrachten tussen BV's. Een gevolg van de in de vakliteratuur uitgebreid besproken uitspraak van Rechtbank Den Haag (Rechtbank 's Gravenhage 21 juli 2009, nr AWB 08/709 VPB). In geding was of bij een overdracht van pensioen van een BV naar een andere BV de regels van art. 3.26 Wet IB 2001 e.v. van toepassing zijn.

DOOR ROBBERT VAN WOERDEN

Wanneer de jaarwinstregels van toepassing zijn dan zal de overdragende BV een belangrijk gedeelte van de overdrachtswaarde niet direct in mindering kunnen brengen op het resultaat. De betaalde indexatielast (die prijswijzingen na afloop van het kalenderjaar betreft) kan pas ten laste van het resultaat gebracht worden op het moment dat de indexatie zich voordoet. De procureur-generaal adviseert het beroep in cassatie ongegrond te verklaren. Ik ga ervan uit dat deze conclusie standhoudt. Dan is het definitief duidelijk dat een overdracht van pensioenaanspraken tussen BV's (van intern naar extern eigen beheer) fiscaal ongunstig uitpakt.

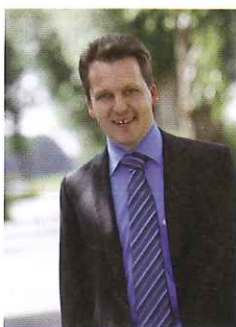
## Situatieschets

Pensioenaanspraken opgebouwd in X. BV. (hierna genoemd de overdragende BV) werden in 2004 overgedragen naar de personal holdings van twee directeur-grotaandeelhouders. De overdrachtswaarde werd bepaald op basis van commerciële grondslagen. Daarbij werd ook rekening gehouden met de toegezegde open indexatie door deze te herrekenen naar een vaste indexatie van 2%. De overdrachtswaarden bedragen voor dga A € 521.841 en voor dga B € 641.208. Hierbij is rekening gehouden met een na-indexatie van 2%, een rekenrente van 4% en een kostenopslag per pensioenregeling van € 20.000. De totale indexatielast is € 250.477. De overdragende BV brengt het verschil tussen de boekwaarde van de pensioenverplichting en de overdrachtswaarde, met inbegrip van de indexatielast, ten laste van het resultaat. Na aftrek van de pensioenlast behaalt de overdragende BV een winst van € 563.002. De inspecteur van de Belastingdienst corrigeert de aangifte Vennootschapsbelasting. De belaste winst wordt op grond van art. 3.26 en 3.27 Wet IB 2001 verhoogd naar € 813.479. Volgens de inspecteur moet

de overdragende BV het vooruitbetaalde indexatiebedrag activeren op de balans. Pas wanneer de indexaties daadwerkelijk ingaan mag deze activapost afnemen. De overdragende BV tekent hiertegen bezwaar aan. De inspecteur geeft op 20 december 2007 aan de aanslag te handhaven. De overdragende BV stelt vervolgens beroep in bij Rechtbank Den Haag. De rechtbank verwerpt het beroep. Vervolgens wordt sprongcassatie ingesteld bij de Hoge Raad. Sprongcassatie betekent dat niet in hoger beroep wordt gegaan bij een gerechtshof maar dat direct de Hoge Raad om een oordeel wordt gevraagd.

## Totaalwinst of jaarwinst

De hoogte van de overdrachtswaarde was niet in het geding. Deze was correct op basis van commerciële grondslagen bepaald. Echter, de dga's zijn van mening dat zij de totale overdrachtswaarde in mindering kunnen brengen op het resultaat. In dat geval zal de aanslag vennootschapsbelasting verlaagd moeten worden. Zij baseren zich daarbij op art. 3.8 Wet IB 2001. Daarin wordt gesteld dat winst het bedrag betreft van de gezamenlijke voordelen die worden verkregen uit een onderneming. Deze winst wordt vaak 'totaalwinst' genoemd. Het artikel bepaalt dat winsten ooit gedurende het totale bestaan van de onderneming belast moeten worden. Om die winst per jaar te kunnen belasten zonder het einde van de onderneming af te wachten is art. 3.25 wet IB 2001 opgenomen in de wet. Dit artikel stelt dat de jaarwinst wordt bepaald op basis van goed koopmansgebruik. In beginsel is de totaalwinst gelijk aan de som van alle jaarwinsten. Artikel 3.26 Wet IB 2001 maakt een uitzondering op de jaarwinstbepaling uit art. 3.25 Wet IB 2001. Kosten en lasten die verband houden met wijzigingen van lonen of prijzen blijven buiten



**Dr. Robbert van Woerden**  
senior pensioenspecialist en  
freelance auteur

beschouwing. Artikel 3.27 Wet IB 2001 geeft onder meer aan dat als indexatielasten worden betaald aan een erkende professionele verzekeraar deze indexatielasten in mindering kunnen worden gebracht op het resultaat.

Het geschil gaat over de aftrekbaarheid van de indexatielast betaald aan de personal holdings. De overdragende BV is van mening dat er sprake is van totaalwinst. Zij stelt dat door de overdracht van de gehele pensioenverplichting niet de regels van de jaarwinst van toepassing zijn maar slechts die voor de bepaling van de totaalwinst. Immers, alle activa en passiva ten aanzien van het pensioen hebben de onderneming verlaten. Daarnaast geeft de overdragende BV aan dat op basis van goed koopmansgebruik, waarbij het matchingbeginsel, het veroorzakingsbeginsel en het voorzichtigheidsbeginsel de basis vormen, de indexatielast geheel ten laste van de winst kan komen. Volgens de overdragende BV zijn art. 3.26 en 3.27 Wet IB 2001 alleen van toepassing als de pensioenverplichting nog voor rekening en risico komt van de belastingplichtige. Doordat er volledig is betaald, is er geen sprake meer van 'voor rekening en risico van de onderneming'. Het activeren van de indexatielast is volgens de overdragende BV onjuist omdat de geactiveerde last geen vermogensbestanddeel of vermogensrecht is. Daarom moet de geactiveerde last direct worden afgewaardeerd naar nihil, zodat hij ten laste van de winst kan komen. Volgens de inspecteur der Belastingen kan er echter geen sprake zijn van een totaalwinst zonder dat ooit de regels van de jaarwinst zijn toegepast. De transactie vindt plaats in 2004, waardoor de jaarwinstbepalingen van toepassing zijn in 2004. Artikel 3.26 wet IB bepaalt dat de indexatielasten in deze situatie niet in mindering zijn te brengen op het resultaat, maar dat deze pas in aftrek kunnen worden genomen wanneer deze (indexaties) zich daadwerkelijk voordoen. Rechtbank Den Haag gaf de inspecteur daarin gelijk.

### Conclusie P-G

De cassatiemiddelen van de overdragende BV zijn de volgende:

1. Een eerdere uitspraak van de Hoge Raad gaf wel aan dat in sommige situaties van jaarwinst sprake kan zijn en niet van totaalwinst.
2. De indexatielast maakt deel uit van de totale overdrachtsprijs en is daarmee in het handelsverkeer opgegaan. Fiscaal kan dat niet anders zijn.
3. De holdings kunnen niet extra lasten vragen voor de indexaties omdat deze reeds betaald zijn. De indexatielast heeft het vermogen wel degelijk verlaten en moet hierom direct ten laste van het resultaat worden gebracht.

Het eerste cassatiemiddel strandt omdat het in betreffende uitspraak ging over hoe een overdrachtswaarde moet worden vastgesteld en niet over in hoeverre deze aftrekbaar was. De procureur-generaal van de Hoge Raad stelt verder vast ten aanzien van het eerste en tweede cassatiemiddel dat niet in geschil is dat de na-indexaties de totaalwinst verlagen. De vraag is alleen in welk jaar dat gebeurt. Volgens goed koopmansgebruik moet het resultaat van een vermogensbestanddeel uiterlijk worden genomen in het jaar waarin het vermogensbestanddeel het ondernemingsvermogen definitief verlaat. Artikel 3.26 wet IB breekt echter in op die hoofdregel. Dit wetsartikel bepaalt immers dat deze lasten in mindering zijn te brengen op het resultaat wanneer de indexaties zich voordoen. De stelling dat de jaarwinstbepalingen niet van toepassing zouden zijn is volgens de procureur-generaal in strijd

met het systeem en de wettekst. Ook het derde middel faalt. Het is niet relevant of de na-indexatielast het vermogen van de overdragende bv, civiel- of fiscaalrechtelijk, heeft verlaten. De last is op basis van duidelijke wettelijke bepalingen (met name art. 3.26 wet IB 2001) niet aftrekbaar in 2004.

### Gevolgen voor de overdragende BV en de holdings

De overdragende BV heeft een koopsom ad € 1.163.049 betaald voor het overdragen van de pensioenverplichting aan de personal holdings van de dga's. De kostenopslag bedraagt in totaal € 40.000. Leefijdterugstelling bedraagt (fictief) € 108.000. De toekomstige indexatielast bedraagt € 250.477. De (fiscale) pensioenverplichting op het moment van overdracht is € 872.572. De journaalposten betekenen dus dat een belangrijk deel van de koopsom bij de overdragende BV niet in mindering kan worden gebracht op het resultaat. Dan moet er vennootschapsbelasting worden betaald over de vooruitbetaalde indexatielast. Daarnaast maken de personal holdings winst, doordat zij conform art. 8 lid 6 Wet op de vennootschapsbelasting de leeftijdsrustellingen niet mogen waarderen, maar dit wel een onderdeel uitmaakt van de overdrachtswaarde. Over € 108.000 moet dus nog vennootschapsbelasting betaald worden. Omdat hier de bij de overdracht gehanteerde rekenrente 4% is, volgt er geen resultaat uit art. 3.29 wet IB 2001. Dat artikel bepaalt dat de waardering van de pensioenverplichting moet plaatsvinden met een rekenrente van minimaal 4%. De huidige rekenrente is aanzienlijk lager dan 4% en de overdrachtswaarde zal ook bepaald worden met een lagere rekenrente. De koopsom wordt dan hoger terwijl de pensioenverplichting gelijk blijft. Het belaste resultaat wordt diensgevolge nog hoger. De overdracht pakt fiscaal dus zeer nadelig uit.

### Dit leidt tot de volgende journaalposten

Overdragende BV			
4000	pensioenlasten	40.000	
0200	pensioenverplichting	872.572	
0201	vooruitbetaalde indexatielast	250.477	
a/1000	bank (rekening-courant)		1.163.049

(pensioen)holdings (bij elkaar opgeteld)			
1000	bank		1.163.049
a/0200	pensioenverplichting	1.0550.049	
a/8000	resultaat	108.000	

### Conclusie

De berekening van de overdrachtswaarde moet op commerciële grondslagen plaatsvinden, net als reguliere premieberekeningen bij extern eigen beheer. Er moet dus rekening gehouden worden met alle aanspraken (ook partnerpensioenen), kosten, leeftijdsrustellingen, reële rekenrente en indexaties. Nu in 2010 de rekenrente ver onder 4% ligt zal de activapost aanzienlijk zijn omdat ook de gevolgen hiervan worden geactiveerd als vooruitbetaalde indexatie. Bovendien wordt de belaste winst in de Pensioen bv bij extern eigen beheer ook hoger. Hadden de betreffende BV's de pensioenaanspraken overgedragen naar een professionele verzekeraar dan was de totale overdrachtswaarde direct in mindering te brengen op het resultaat. ■