

Indexatie van het dga-pensioen: lust of last?

In het januarinummer 2009 van dit blad bespraken we de impact van de kredietcrisis op de dekkingsgraad van het dga-pensioen en de fiscale (on)mogelijkheden van het gedeeltelijk prijsgeven van aanspraken op pensioen.¹ Daarbij pleitten we voor een reële en redelijke wetstoepassing door de fiscus in situaties waarin de fiscale dekkingsgraad ontoereikend is om het levenslange karakter van het pensioen in alle redelijkheid te realiseren. Kort daarna publiceerde Financiën evenwel een vraag-en-antwoordbesluit waarin de teugels, naar onze mening ten onrechte, nog verder werden aangetrokken.² In dit artikel komen we nog even terug op dit standpunt van de fiscus en besteden we vervolgens uitgebreid aandacht aan de indexatiebepaling in een dga-pensioenregeling.



Jack Borremans (links) en Kees Beishuizen

Drs. J.A.L. Borremans en drs. C. Beishuizen zijn partner van LNBB actuarissen + pensioenconsultants te Soest en Dordrecht

■ GEDEELTELIJK AFZIE VAN PENSIOEN, EEN UPDATE

De publicatie van genoemd vraag-en-antwoordbesluit getuigt van een rigide houding van de fiscus tegenover de pensioenproblematiek van veel oudere dga's die hard zijn getroffen in hun fiscale dekkingsgraad.³ Het lijkt erop dat de fiscus voorbijgaat aan het feit dat veel dga's die hun pensioen om hun moverende redenen niet wensen te verzekeren, maar in eigen beheer willen opbouwen, wel degelijk behoefte hebben aan een adequate oudedagsvoorziening, daarvoor ook middelen creëren en niet zuiver fiscale motieven hebben. De uitzondering wordt ook in dit geval door de fiscus tot norm verheven. Het gangbaarheids criterium dat met de 'Witteveen-wetgeving' is geïntroduceerd in de Wet LB, geeft voldoende aanleiding om de houdbaarheid van het standpunt van de fiscus te betwijfelen. Gekelderde dekkingsgraden hebben veel bedrijfstak- en ondernemingspensioenfondsbesturen gedwongen tot het opstellen van herstelplannen waarbij impopulaire maatregelen, zoals het afzien van het indexeren van ingegane en nog niet ingegane pensioenaanspraken in de komende jaren, zijn aangekondigd en waarbij zelfs tot het gedeeltelijk prijsgeven van pensioenaanspraken wordt overgegaan. Potverteren totdat de pot leeg is, is blijkbaar in dit verband geen optie, maar wel de enige optie die de dga door de fiscus wordt geboden.

■ DE INDEXATIEBEPALING IN DE PENSIOEN-OVEREENKOMST VAN DE DGA

Het automatisme waarbij de dga een geïndexeerd pensioen krijgt toegezegd, is niet langer vanzelfsprekend, net zomin als het beschikbaar zijn van een buffer bovenop de fiscale pensioenverplichting om het pensioen na ingang ook daadwerkelijk te kunnen indexeren. Bovendien is het toezeggen van een geïndexeerd pensioen niet langer vrijblijvend. Dat begon met een arrest uit 2006.⁴ Daarin oordeelde de Hoge Raad dat de waarde van een open geïndexeerd pensioenrecht *kan* worden bepaald door uit te gaan van de waarde van een pensioen met vaste indexatie dat tussen partijen (op zakelijke wijze) ten tijde van de overdracht ter vervanging van de toegezegde open indexatie zou zijn overeengekomen. Op dit arrest volgde in 2008 een besluit van Financiën waarin de staatssecretaris goedkeurt dat, zonder nader onderzoek, de waarde van een open geïndexeerd pensioenrecht bij overdracht wordt bepaald door uit te

De term ‘zo veel mogelijk’ geeft ons inziens de flexibiliteit om uiterlijk op de pensioendatum te beslissen of het pensioen wel of niet wordt geïndexeerd

gaan van een pensioen met een vaste indexatie van 2% per jaar.⁵

■ VOORDELEN INDEXATIE

Aan het invoeren van een indexatiebepaling kleven voor- en nadelen. Die zijn zowel bedrijfseconomisch als fiscaal van aard. Allereerst de voordelen. Dat zijn:

- een hogere pensioenuitkering;
- een hogere pensioenverplichting in de uitkeringsfase;
- meer flexibiliteit;
- een hogere waardering voor het successierecht; en
- bij extern eigen beheer een hogere overdrachtswaarde.

Een hogere pensioenuitkering

Een geïndexeerd pensioen geeft een hogere pensioenuitkering. Uitgaande van een jaarlijkse stijging van 2% bedraagt de geïndexeerde uitkering na 5 jaar 10,4% meer dan een gelijkblijvende uitkering. Na 10 jaar is dit verschil 21,9% en na 15 jaar ruim 34%. In grafiek 1 staat het uitkeringschema voor een 65-jarige man met een 3 jaar jongere partner met een pensioen van € 50.000 met 70% overgang. De man overlijdt op zijn statistische leeftijd van 81 jaar (2027) en de vrouw op haar statistische leeftijd van 88 jaar (2037).

Figuur 1. Voorbeeld uitkeringschema

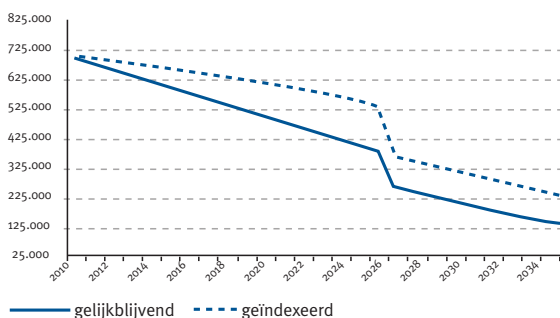


Een hogere fiscale pensioenverplichting

De hogere pensioenuitkering zorgt na ingang van het pensioen tevens voor een hogere pensioenverplichting. Tot aan de pensioendatum is de fiscale pensioenverplichting gelijk aan die voor een nominale uitkering. Op grond van art. 3.28 Wet IB 2001 mag in de waardering van het pensioen namelijk geen

rekening worden gehouden met toekomstige indexaties. In grafiek 2 wordt het verloop van de pensioenverplichting met en zonder indexatie zichtbaar gemaakt.

Grafiek 2. Voorbeeld verloop pensioenverplichting



Meer flexibiliteit

De term ‘zo veel mogelijk’ in veel indexatiebepalingen – we komen daar verderop nog uitgebreid op terug – geeft ons inziens de flexibiliteit om uiterlijk op de pensioendatum te beslissen of het pensioen wel of niet wordt geïndexeerd. In de praktijk wordt het pensioen na ingang echter veelal niet geïndexeerd, ook niet als daarvoor ruim voldoende dekking aanwezig is. Niet indexeren bij voldoende dekking brengt ons inziens twee fiscale risico’s met zich mee. Ten eerste kan de fiscus dan het standpunt innemen dat er sprake is van een gelijkblijvende uitkering. In dat geval dient het pensioen te worden gewaardeerd tegen de fiscale marktrente. Als die hoger is dan 4%, betekent dit een stukje vrijval van de fiscale pensioenverplichting.

Een fiscaal risico met veel grotere gevolgen is de mogelijkheid dat de fiscus het standpunt inneemt dat sprake is van afzien van indexatie. In dat geval is de gehele aanspraak belast; inclusief revisierente kan de aanslag dan oplopen tot 72% van de waarde in het economisch verkeer van het fictief geïndexeerde pensioen.

Een hogere waarde voor het successierecht

Bij het overlijden van de dga krijgt de partner een nabestaandenpensioen. Dit pensioen is van invloed op de waardering van de aandelen van de BV en leidt voorts tot een inkorting op de partnervrijstelling.

Voorbeeld

Als de dga uit ons voorbeeld al op 68-jarige leeftijd overlijdt, bedraagt het niet-geïndexeerde partnerpensioen € 35.000. Dit partnerpensioenrecht

- 1 J.A.L. Borremans en C. Beishuizen, Hoe om te gaan met uitholling dekkingsvermogen dga-pensioen?, Pensioen Magazine nr. 1, 2009.
- 2 Vraag & Antwoord 08-078 d.d. 11 februari 2009.
- 3 Zie onder meer mr. M.E. Kastelein, Prijsgeven van pensioen door de dga, Pensioen Actief 2009, nr. 4.
- 4 Hoge Raad, 14 april 2006, nr. 41.569.
- 5 Besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, Stcrt. nr. 133.

dient voor de waardebeoordeling van de aandelen te worden gewaardeerd tegen de waarde in het economisch verkeer. Het gelijkblijvende pensioen heeft een waarde van € 523.000. Dit bedrag is een schuld voor de BV en vermindert daarmee de waarde van de aandelen. Zou het pensioen zijn geïndexeerd, dan was het partnerpensioen evenwel € 37.142 geweest en had het een waarde vertegenwoordigd van € 701.000. Een verschil van 34%.

Voor de inkorting op de partnervrijstelling kan het uitkeringsbedrag, gegeven de leeftijd van de partner, worden vermenigvuldigd met factor 8, ongeacht de toekomstige indexatie. De inkorting bij een gelijkblijvend pensioen bedraagt dan € 280.000 en bij een stijgend pensioen € 297.136. Een verschil van 6%.

Een hogere waarde bij overdracht pensioenkapitaal

Bij overdracht van het pensioenkapitaal tussen vennootschappen is de overdrachtswaarde van een geïndexeerd pensioen volgens de fiscus aanzienlijk hoger. Volgens de richtlijnen van het besluit van 3 juli 2008 bedraagt de overdrachtswaarde van een tijdsevenredig pensioen van € 40.000 voor een 55-jarige dga met een drie jaar jongere partner € 406.000 in geval van een nominaal pensioen en € 516.000 in geval van een geïndexeerd pensioen. In beide gevallen bedraagt de fiscale pensioenverplichting € 340.000.

■ NADELEN INDEXATIE

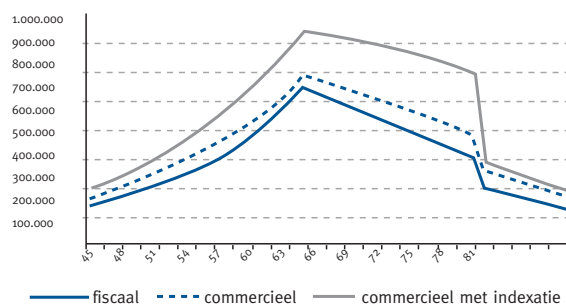
Tegenover de voordelen van indexatie staan ook nadelen. Dat zijn onder meer:

- een hogere commerciële verplichting en minder ruimte voor dividend;
- overdracht van pensioen leidt tot een 'indexatieboekhouding';
- te hoge fiscale lasten in de uitkeringsfase;
- een hoger af te storten bedrag bij echtscheiding.

Een hogere commerciële verplichting en minder ruimte voor dividend

Dat indexatie tot een hogere commerciële verplichting leidt, spreekt voor zich. Grafiek 3 toont een voorbeeld van het verloop van de commerciële verplichting, met en zonder indexatie, afgezet tegen de fiscale verplichting. In dat voorbeeld bedraagt de fiscale pensioenverplichting op 55-jarige leeftijd € 340.000. De commerciële pensioenverplichting bedraagt op dat moment evenwel € 383.000 zonder indexatie en € 485.000 met indexatie, waarbij wederom een vaste indexatie van 2% is verondersteld.

Grafiek 3. Voorbeeld commerciële versus fiscale verplichting



Stel nu, dat de reserves op de fiscale balans € 100.000 bedragen. Op basis van art. 2:216 BW kan worden geconcludeerd dat in dit geval dividend uitkeren niet mogelijk is. Genoemd artikel luidt immers: 'Winstuitkeringen (dividenden) en uitkeringen ten laste van de reserves zijn slechts mogelijk tot het bedrag waarmee het eigen vermogen het gestorte en opgevraagde kapitaal van het geplaatste kapitaal, verhoogd met wettelijke en statutaire reserves, overschrijdt.' In ons voorbeeld worden bij opname van de commerciële verplichting met indexatie in de jaarrekening de reserves verminderd met € 145.000. Terzijde merken we nog op dat het kleine rechtspersoon is toegestaan om de fiscale pensioenverplichting in de jaarrekening op te nemen, daar waar naar ons oordeel de commerciële pensioenverplichting voor de dga beter inzicht geeft in de waarde in het economisch verkeer van het pensioen. Het lijkt ons dan ook logisch om zich bij de beoordeling van de dividendruimte te laten leiden door de commerciële pensioenverplichting. Bovendien is de stelling dat het pensioen niet is geïndexeerd vanwege onvoldoende dekking, fiscaal gezien moeilijk houdbaar bij een recent dividendverleden van de vennootschap.

Overdracht van pensioenkapitaal leidt tot een 'indexatieboekhouding'

Bij de overdracht van een pensioenkapitaal dient de waarde van een open geïndexeerd pensioen volgens de richtlijnen van het besluit van 3 juli 2008 te worden berekend als ware er sprake van een met 2% vast stijgend pensioen. De aan een andere BV betaalde koopsom voor het indexatiedeel is echter niet aftrekbaar voor de werkgever-BV.⁶ Pas op het moment waarop de indexatie zich daadwerkelijk voordoet, kan de indexatie ten laste van het fiscale resultaat worden gebracht. De werkgever-BV dient de vooruitbetaalde indexatie te activeren op de balans. Het verschil tussen de overdrachtswaarde en de fiscale pensioenverplichting kan dus niet in zijn geheel ten laste van het fiscale resultaat worden gebracht. Ook de actuariële oprenting van deze vooruitbetaalde indexatie is een actiefpost en kan niet ten laste van het resultaat worden gebracht. In onderstaand voorbeeld wordt dit door middel van journaalposten uitgewerkt bij een overdracht op 55-jarige leeftijd van een pensioen van € 40.000.

6 Dit is onlangs nog eens bevestigd door Rechtbank Den Haag, 21 juli 2009, nr. AWB 08/709. De indexatielast kan bij overdracht niet in één keer volledig ten laste van de winst van de werk-BV worden gebracht. Volgens de rechtbank is dit in praktische zin onevenwichtig, maar gaat het aandragen van een oplossing de rechtsvormende taak van de rechter te buiten.

Allereerst de werkgever-BV:

vooruitbetaalde indexatie	€ 110.000
pensioenverplichting	€ 340.000
pensioenknp i.v.m. overdracht ⁷	€ 66.000
aan kas	€ 516.000

Ook de pensioen-BV moet een indexatieboekhouding bijhouden; deze BV dient de balanspost 'vooruitontvangen indexatie' op te nemen. Onderstaand een voorbeeld van de journaalpost:

kas	€ 516.000
aan pensioenverplichting ⁸	€ 370.000
aan vooruitontvangen indexatie	€ 110.000
aan te passiveren kostenopslag	€ 15.000
aan pensioenwinst i.v.m. overdracht	€ 21.000

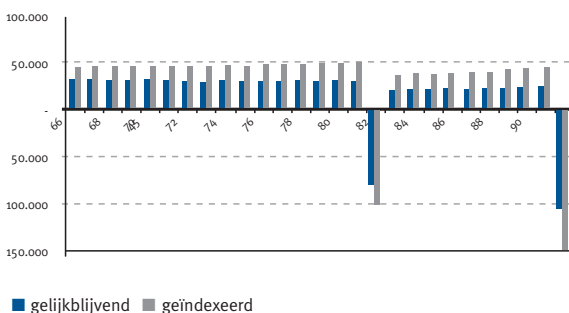
Bij overdracht van een geïndexeerd pensioen blijven de werkgever-BV en pensioen-BV met elkaar verbonden als gevolg van de indexatieboekhouding.

Te hoge fiscale lasten in de uitkeringsfase

Pas in de uitkeringsfase kunnen de lasten van indexatie van het pensioen worden genomen. Hierdoor daalt de pensioenverplichting voor een geïndexeerd pensioen minder snel en komt zeker in de beginfase de pensioenuitkering volledig ten laste van het fiscale resultaat. Tegenover deze fiscale verliespost dient er dan ook binnen afzienbare termijn een fiscale winst te zijn, anders is er sprake van verdampende verliezen. In grafiek 4 wordt het verloop van de fiscale lasten in de uitkeringsfase weergegeven.

In de uitkeringsfase wordt het fiscale resultaat op de pensioenverplichting pas gemaakt bij het overlijden. Gelet op de termijnen van verliesverrekening zijn verliezen van 9 jaar of ouder op dat moment al verdampt.

Grafiek 4. Verloop fiscale lasten in uitkeringsfase



Een hoger af te storten bedrag bij echtscheiding

Sinds het arrest van de Hoge Raad van 9 februari 2007 kan de ex-partner afstorting van de verevende pensioenrechten vorderen. Ook hier is duidelijk dat het af te storten bedrag voor een geïndexeerd pensioen aanzienlijk hoger is dan dat voor een gelijkblijvend pensioen.

Voorbeeld

De 55-jarige dga met het pensioen van € 40.000 in ons voorbeeld gaat scheiden. De fiscale verplichting bedraagt € 340.000. Aan de ex-partner komt toe een voorwaardelijk ouderdomspensioen van € 20.000 en een bijzonder partnerpensioen van € 28.000. De af te storten koopsom bij een willekeurige verzekeraar bedraagt € 240.000 voor een nominaal pensioen en € 313.000 voor een geïndexeerd pensioen.

Schrale troost hierbij is dat de koopsom voor het af te storten geïndexeerd pensioen, aangezien betaling plaatsvindt aan een verzekeraar, wel volledig ten laste van het fiscale resultaat kan worden gebracht.

OVERWEGINGEN TEN AANZIEN VAN DE INDEXATIEBEPALING

In de meeste pensioenovereenkomsten, waaronder de modellen die zijn ontwikkeld door de Belastingdienst, is de volgende indexatiebepaling opgenomen: 'De pensioenen zullen na ingang *zo veel mogelijk* waarde- of welvaartsvast worden gehouden. Voor het indexeren van de pensioenen zal worden uitgegaan van een door het Centraal Bureau voor de Statistiek periodiek gepubliceerd indexcijfer. Uiterlijk op de ingangsdatum van het pensioen zal door werkgever worden beslist welk indexcijfer voor de uitkeringsperiode bepalend zal zijn voor het indexeren van de pensioenen.'

Een dergelijk bepaling is een zogenoemd *open-index pensioen*. De hoogte van de indexatie staat nog open; deze is afhankelijk van de ontwikkeling van indexcijfers. Bovendien is de indexatie voorwaardelijk; de pensioenen zullen na ingang namelijk zo veel mogelijk worden geïndexeerd. Hierbij wordt jaarlijks gekeken in hoeverre er sprake is van loon- of prijsinflatie en of er redelijkerwijs genoeg vermogen aanwezig is om ook concreet invulling te geven aan het indexatiestreven in dat jaar en eventueel in volgende jaren. De indexatieclausule komt van oudsher overeen met de wijze waarop bedrijfstak- en ondernemingspensioenfondsen hun indexeringsbeleid invullen.

Wat is 'zo veel mogelijk'?

In de praktijk vinden partijen het lastig om invulling te geven aan het begrip 'zo veel mogelijk'. Levensverzekeraars bijvoorbeeld kennen in hun tarieven slechts vaste indexaties, dus een vooraf afgesproken, onvoorwaardelijk toe te kennen indexatiepercen-

7 Dit bedrag is opgebouwd uit het effect van de toepassing van de leeftijdsterugstelling, het vooroverlijdensrisico en een kostenopslag.

8 De pensioen-BV mag een pensioenverplichting opnemen van € 370.000 i.p.v. de pensioenverplichting van € 340.000 zoals opgenomen op de balans van de werk-BV. Het verschil wordt veroorzaakt door het vooroverlijdensrisico dat bij de pensioen-BV wel mag worden gereserveerd en vervolgens tot aan de pensioendatum geleidelijk vrijvalt.

9 Hof Den Bosch, 19 juli 2004 (publicatiedatum 9 maart 2009).

tage. En in de rechtspraak ligt er de uitspraak van Hof Den Bosch.⁹ Dat oordeelde in 2004 in de situatie waarin sprake was van een open-index toezegging en waarbij partijen voornemens waren om bij de overdracht van de aanspraken de indexatiecomponent te vertalen in een vaste index van 2,11%, dat er geen afdwingbaar recht op na-indexatie was en dat de overdrachtswaarde diende te worden berekend op basis van een rekenrente van 4%. In cassatie bepaalde de Hoge Raad dat partijen de open-index konden vertalen in een vaste indexatie van 2,11%.

Ten slotte Financiën. Ook die worstelde met dit begrip en heeft in het besluit van 3 juli 2008, voor de situatie waarin sprake is van overdracht van pensioenaanspraken tussen vennootschappen, het open-index karakter vertaald in een vaste, onvoorwaardelijke indexatie van 2%.

Naar onze mening zou het begrip 'zo veel mogelijk' kunnen worden ingevuld door te kijken naar de wijze waarop pensioenfondsen hun indexatiebeleid vormgeven. Een centrale rol hierbij speelt de dekkingsgraad. Kortweg is dit de verhouding tussen de waarde van de activa (lees: beleggingen) en de pensioenverplichting. In de eigenbeheersituatie hebben wij de fiscale dekkingsgraad geïntroduceerd, zijnde de verhouding tussen het voor pensioen geoormerkte vermogen en de fiscale pensioenverplichting.

Bij een dekkingsgraad lager dan 105% is er sprake van een dekkingstekort en ziet een pensioenfonds af van indexatie. Sterker nog, wettelijk gezien moet een pensioenfonds op dat moment een kortetermijnherstelplan opstellen waarin het dekkingstekort aantoonbaar binnen drie jaar wordt opgelost, een termijn die onlangs is opgerekt naar vijf jaar. Op de lange termijn moeten pensioenfondsen streven naar een dekkingsgraad boven de 130%.

Het wezenlijke verschil tussen een pensioenfonds en de eigenbeheersituatie is het in de laatste situatie ontbreken van de 'wet van de grote getallen', het solidariteitsprincipe. Dit pleit ervoor om, vanuit het voorzichtigheidsbeginsel, een forse buffer aan te houden om daarmee het niet te poolen langlevensrisico af te dekken. Vanuit deze optiek is het pas bedrijfseconomisch verantwoord om bij een nog hogere fiscale dekkingsgraad over te gaan tot een volledige indexatie van het dga-pensioen.

Voorbeeld

Een dga met een drie jaar jongere partner heeft een aanspraak op een levenslang ouderdomspensioen van € 50.000, met daarvan afgeleid een weduwenpensioen van € 35.000. Het fiscale doelvermogen op 65-jarige leeftijd bedraagt € 700.000. In dit doelvermogen wordt in algemene zin waarde toegekend aan de indexatiebepaling, en wel door rekening te houden met een rekenrente van 4%. Bij een verondersteld constant rendement van 4% op het geoormerkte pensioenvermogen en een fiscale dekkingsgraad van 100% is dan de kans dat de pensioenen levenslang kunnen worden uitgekeerd, 44,3% bij een nominaal pensioen en slechts 18,4% bij een met 2% geïndexeerd pensioen. Andersom: als wordt

gestreefd naar een kans van 90%, zou de fiscale dekkingsgraad ten minste 121% moeten bedragen bij het nominale pensioen en 158% bij het geïndexeerde pensioen.

Het begrip 'zo veel mogelijk' wordt hiermee bedrijfseconomisch ingevuld door uit te gaan van de fiscale dekkingsgraad. Fluctuaties in de fiscale dekkingsgraad kunnen leiden tot aanpassing van het indexatiebeleid van de vennootschap. De dga kan dan in overleg met zijn bankier of vermogensbeheerder het beleggingsbeleid afstemmen op het gewenste en/of mogelijke indexatiebeleid. Daarbij spelen de tijdshorizon en de financiële ruimte om vermogen te oormerken natuurlijk een belangrijke rol.

Een parallel die ook te trekken is met collectieve pensioenregelingen, is de uitvoering van het wettelijk recht op waardeoverdracht en de positie van de indexatiebepaling. Onder voorwaarden zijn werknemers gerechtigd tot het overdragen van opgebouwde pensioenaanspraken van hun oude pensioenuitvoerder naar de nieuwe. Daarbij worden aanspraken op indexaties niet overgedragen, tenzij deze aanspraken onvoorwaardelijk zijn overeengekomen. Een veelvoorkomende toeslagenregeling is die waarbij de hoogte van de jaarlijkse indexatie weliswaar wordt gekoppeld aan een indexcijfer, maar waarbij de daadwerkelijke verhoging wordt beperkt tot de omvang van de daarvoor gevormde bestemmingsreserve. Een pensioenfonds of verzekeraar zal bij waardeoverdracht zijn voor indexaties gevormde buffers niet overdragen. En als de indexatie wel onvoorwaardelijk is toegezegd, wordt de overdrachtswaarde wel gecorrigeerd door het integraal verdisconteren van het indexatiepercentage in de rekenrente.

CONCLUSIE

De keuze voor een indexatiebepaling in de pensioenovereenkomst is sterk afhankelijk van de wens van de dga. Als hij daar na afweging van de voor- en nadelen toe overgaat, is het zinnig om hiervoor ook een voldoende buffer bovenop de fiscale pensioenverplichting te vormen. Een alternatief kan zijn om een gelijkblijvend pensioen toe te zeggen, maar dat kan alleen voor de toekomstige opbouw. Het schrappen van de indexatie van een reeds opgebouwd pensioen, ook bij onvoldoende dekking, wordt door de fiscus beschouwd als afzien van pensioen; een open-index pensioen heeft in diens ogen altijd meer waarde dan een nominaal pensioen.

Een ander alternatief kan zijn om uiterlijk op de pensioendatum de mate van indexatie overeen te komen. In de opbouwfase is er dan altijd sprake van een nominale toezegging, die tegen de marktrente moet worden gewaardeerd. Ook kan in de pensioenovereenkomst meer invulling worden gegeven aan het begrip 'zo veel mogelijk'. De indexatie wordt nadrukkelijk gekoppeld aan de fiscale dekkingsgraad. Op deze wijze is er alleen sprake van een daadwerkelijke indexatie nadat het pensioen is ingegaan en als daar bovendien voldoende dekking voor is.