

# Fiscale aspecten van herstelplannen

37

## 1 Inleiding

De wereldwijde financiële crisis is ook aan de Nederlandse pensioenfondsen niet ongemerkt voorbij gegaan. Integendeel, het lijkt er op dat de Nederlandse pensioenfondsen harder getroffen zijn dan de fondsen in andere landen. Nederland heeft gekozen voor een rigide invoering van de Europese Pensioenfondsenrichtlijn<sup>2</sup>. Als onderdeel hiervan is dwingend voorgeschreven dat de pensioenfondsen met ingang van 1 januari 2007 hun verplichtingen moeten waarderen op basis van een rentetermijnstructuur die gebaseerd is op de swaprente. Het hanteren van bijvoorbeeld het fondsrendement als alternatieve rekenmaatstaf is derhalve niet toegestaan aan Nederlandse pensioenfondsen.

De 'unieke' combinatie van een dramatische verlaging van de swaprente en de enorme koersval op de wereldwijde aandelenbeurzen vormden voor de meeste fondsen een dubbele catastrofe, resulterend in een daling van de dekkinggraden die zijn weerga niet kent.

Pensioenfondsen die een reserve- en/of dekkingstekort hebben, moesten onverwijld een lange- en eventueel ook een kortetermijnherstelplan indienen bij De Nederlandsche Bank, waarin het fonds herstelmaatregelen beschrijft die op basis van deels wettelijk voorgeschreven prudente grondslagen en veronderstellingen moeten leiden tot een herstel van het minimaal vereist eigen vermogen en het vereist eigen vermogen binnen de wettelijk voorgeschreven hersteltermijnen<sup>3</sup>.

Aangezien de pensioenovereenkomsten in Nederland fiscaal gefacilieerd zijn, is het voor de herstelmaatregelen van belang om na te gaan wat de fiscale gevolgen van de voorgenomen en reeds uitgevoerde herstelmaatregelen zijn.

Hierna zal voor de belangrijkste herstelmaatregelen nagegaan worden wat hiervan de fiscale gevolgen zijn. Het belangrijkste aandachtspunt betreft de herstelbetalingen door de werkgever (paragraaf 2).

Op 26 oktober 2009 heeft de staatssecretaris van Financiën een beleidsregel gepubliceerd<sup>4</sup> waarin goedkeuringen en beleidsstandpunten zijn opgenomen met betrekking tot de aftrekbaarheid van herstelbetalingen die door werkgevers zijn of worden verricht in het kader van korte- en langetermijnherstelplannen. In deze bijdrage zal ook aandacht worden besteed aan de inhoud van dit Besluit.

In paragraaf 3 wordt daarna bezien welke fiscale aspecten er nog verbonden zijn aan de overige herstelmaatregelen, te weten:

- verminderen van de toeslagverlening;
- korten van nominale pensioenaanspraken;
- verhogen werknemersbijdragen;
- versoberen pensioenovereenkomst.

In deze bijdrage wordt alleen ingegaan op de situatie die zich voordoet bij ondernemingspensioenfondsen. Bedrijfstakpensioenfondsen zullen als herstelmaatregel een hogere doorsneepremie in rekening kunnen brengen. De aangesloten werkgevers kunnen hiervoor geen fiscale voorziening vormen. Verdere behandeling van de problematiek van de bedrijfstakfondsen blijft hierna achterwege.<sup>5</sup>

## 2 Herstelbetalingen door de werkgever

### 2.1 Algemeen

Als gevolg van de financiële crisis zijn circa 340 herstelplannen ter instemming ingediend bij De Nederlandsche Bank. In een beperkt aantal hiervan is een herstelbetaling door de werkgever als herstelmaatregel genoemd<sup>6</sup>.

In de meeste gevallen zal de herstelbetaling verplicht zijn op grond van de uitvoeringsovereenkomst (paragraaf 2.2). In andere situaties zal de werkgever vrijwillig zijn overgegaan tot herstelbetalingen, bijvoorbeeld omdat de werkgever dit wenselijk achtte in verband met de goede verhoudingen met vakbonden en werknemers in Nederland of omdat er regelingen zijn getroffen in afwijking van de uitvoeringsovereenkomst (paragraaf 2.3).

### 2.2 Herstelbetalingen door de werkgever op grond van de uitvoeringsovereenkomst

#### 2.2.1 Contractuele bijstortingsverplichting en de toezichtswetgeving

De Pensioen- en spaarfondsenwet bevatte geen wettelijke verplichting voor de werkgever om dekkingstekorten van een ondernemingspensioenfonds aan te vullen. Het stond de werkgever en het ondernemingspensioenfonds uiteraard wel vrij om in de financieringsovereenkomst een bijstortingsverplichting te contracteren.

Dit principe is onder de werking van de Pensioenwet ongewijzigd gebleven; herstelbetalingen zijn nog steeds een facultatief onderdeel van de uitvoeringsovereenkomst. Voor zover overeengekomen, moet in geval van een bijstortingsverplichting van de werkgever in de uitvoeringsovereenkomst worden bepaald onder welke

1. Mr. J.A. Gielink CPL is werkzaam bij Bergamin & Gielink pensioenrecht-advies BV te Rotterdam.

2. Vgl. Richtlijn 2003/41/EG.

3. Vgl. art. 138 PW jo. art. 16 Besluit FTK (langetermijnherstelplan).

4. Besluit Aftrek extra dotaties bij kortetermijnherstelplannen van 26 oktober 2009, nr. CPPP2009/1227M, *Stcrt.* 2009, nr. 16538, 4 november 2009.

5. Vgl. par. 3 van het Besluit van 26 oktober 2009.

6. Vgl. Nieuwsbericht DNB 'Stand van zaken herstelplannen pensioenfondsen 14 juli 2009'.

voorwaarden sprake is van een bijstortingsverplichting en hoe de hoogte ervan wordt bepaald<sup>7</sup>.

De omvang van de bijstortingsverplichting is mogelijk wél gewijzigd. Het weerstandsvermogen dat op grond van de Pensioen- en spaarfondsenwet werd aangehouden zal normaliter afwijken van het minimaal vereist eigen vermogen en het vereist eigen vermogen, die op grond van de Pensioenwet worden voorgeschreven in het kader van de solvabiliteitsvereisten.

De Pensioenwet heeft wél inhoudelijke wijzigingen met zich meegebracht voor premiekorting of terugstorting. Er worden aanvullende eisen gesteld aan premiekorting, resp. terugstorting<sup>8</sup>.

Bij de overgang naar de Pensioenwet hebben werkgever en pensioenfonds zich er derhalve van moeten vergewissen welke gevolgen de invoering van de Pensioenwet had voor de bijstortingsbepalingen.

### 2.2.2 Contractuele bijstortingsverplichting en de fiscale winstbepaling

Indien we ons beperken tot de collectieve pensioenregelingen, zal de zakelijkheid van de herstelbetalingen vaststaan. Dat wil zeggen dat de betalingen pensioenlasten zijn die een beloning vormen voor de door de werknemers verrichte arbeid.

Een contractuele bijstortingsverplichting van de werkgever die voldoet aan de vereisten van de Pensioenwet zal als een zakelijke last worden aanvaard.

De hiervoor behandelde vraag betrof de zogenaamde totaalwinstproblematiek. De vraag die zich vervolgens voordoet is in welk jaar de bijstortingsverplichting voor de werkgever aftrekbaar is van de winst.

De fiscale jaarwinst wordt bepaald volgens goed koopmansgebruik (art. 3.25 Wet IB 2001). Dit is een open norm, waarvan de inhoud wordt bepaald door de jurisprudentie. De fiscale jaarwinst wordt autonoom bepaald. Deze kan afwijken van de commerciële jaarwinst die in de jaarrekening wordt verantwoord.

De uitwerking van goed koopmansgebruik wordt vervolgens in de rechtspraak ontleed in de volgende hoofdbeginselen:

- het realiteitsbeginsel;
- voorzichtigheidsbeginsel;
- eenvoud en hanteerbaarheid.

Volgens het realiteitsbeginsel dienen lasten te worden toegerekend aan de jaren waarop deze betrekking hebben. Voor pensioenlasten en andere loonkosten zijn dit de jaren waarin de betreffende arbeid is verricht.

Volgens het voorzichtigheidsbeginsel worden baten in tegenstelling tot verliezen pas verantwoord als ze gerealiseerd zijn. Verliezen die nog niet daadwerkelijk zijn opgetreden, maar zich al wel hebben aangediend, worden verantwoord in het jaar van aandiening.

Volgens de Hoge Raad mag bij de bepaling van de omvang van de jaarwinst rekening worden gehouden met toekomstige uitgaven die betrekking hebben op de bedrijfsvoering voorafgaande aan de balansdatum en als er een voldoende mate van zekerheid is dat deze zich zullen voordoen<sup>9</sup>.

Voor werkgeverslasten uit hoofde van pensioenovereenkomsten betekent het bovenstaande dat de werkgeverspremies aftrekbaar zijn in het jaar van betaling, voor zover deze premies betrekking hebben op aanspraken die in de jaren voorafgaande aan de balansdatum zijn opgebouwd en die betrekking hebben op de in de jaren voorafgaande aan de balansdatum verrichte arbeid. In het hiervoor bedoelde arrest achtte de Hoge Raad zelfs een voorziening voor de zogenaamde coming-backservice aftrekbaar, ook al was er sprake van een toekomstige uitgave. De Hoge Raad achtte een voorziening voor toekomstige pensioenuitgaven die voortvloeien uit toekomstige loon- en prijsstijgingen aanvaardbaar. Volgens de Hoge Raad was de zogenaamde coming-backservice aftrekbaar, omdat de lasten in verband met de toekomstige indexering van de op de balansdatum opgebouwde pensioenaanspraken een (onderdeel van de) beloning vormden voor de op de balansdatum reeds verrichte arbeidsprestaties. Hieraan deed volgens Hof en Hoge Raad<sup>10</sup> niet af dat de zogenaamde coming-backservice verband houdt met de omstandigheden die zich voordoen na het jaar waarin deze voorziening wordt gevormd c.q. hieraan wordt gedoteerd ten laste van de fiscale winst. Beducht op de budgettaire consequenties van het arrest inzake de coming-backservice heeft de wetgever de aftrek hiervan aan banden gelegd. In art. 9a van de Wet op de inkomstenbelasting 1964, de huidige art. 3.26 tot en met 3.28 van de Wet IB 2001, werd een wettelijke inbreuk op het goed koopmansgebruik vastgelegd.

Als hoofdregel werd vastgelegd in art. 3.26 Wet IB 2001: kosten en lasten in verband met toekomstige indexatielasten, dat wil zeggen stijgingen van lonen of prijzen na afloop van het boekjaar, zijn pas aftrekbaar in het jaar waarin deze stijgingen van lonen of prijzen zich voordoen. Op grond van deze hoofdregel is een last die verband houdt met de indexatie die zich voordoet na balansdatum (bijvoorbeeld een indexatie in 2010), pas aftrekbaar in het jaar waarin deze indexatie zich voordoet.

In art. 3.27 Wet IB 2001 is een uitzondering voor pensioenregelingen opgenomen. Bij wijze van uitzondering zijn de lasten die betrekking hebben op toekomstige loon- en prijsstijging met betrekking tot pensioenvoorzieningen reeds aftrekbaar in het jaar van betaling. Er gelden nu wel vijf cumulatieve voorwaarden voor de aftrekbaarheid van indexatie-elementen in betalingen van pensioenpremies en koopsommen voor toekomstige indexatie:

- de betaling vindt plaats krachtens een pensioenregeling; en

7. Vgl. art. 25, tweede lid, onderdeel c, PW. Deze bepaling is voor pensioenfondsen van kracht geworden met ingang van 1 januari 2008.

8. Vgl. art. 129 PW.

9. Hoge Raad 8 december 1971, nr. 16610, *BNB1972/26*.

10. Hoge Raad 8 december 1971, nr. 16610, *BNB1972/26*.

- het betreft verschuldigde premies of koopsommen; en
- de indexatie bedraagt maximaal 4%; en
- ter zake van opgebouwde pensioenrechten zijn geen premies of koopsommen meer verschuldigd; en
- de premies of koopsommen worden betaald aan een toegelaten uitvoerder.

In art. 3.28 Wet IB 2001 is ten slotte nog bepaald dat van coming-backservicelasten geen sprake is als de pensioenvoorziening is gebaseerd op een pensioengrondslag die niet hoger is dan het loon op het waarderingstijdstip en de salderingsrente<sup>11</sup> bij de berekening van de voorziening ten minste 4% bedraagt.

Het gevolg van de bovenstaande systematiek is dat alleen in het jaar van betaling een aftrek van pensioenlasten tegen een salderingsrente lager dan 4% toegestaan is, mits aan de vijf genoemde cumulatieve voorwaarden wordt voldaan. In alle andere gevallen, waaronder het treffen van voorzieningen voor toekomstige pensioenlasten zal een salderingsrente van ten minste 4% moeten worden gehanteerd.

#### *Herstelbetaling ineens*

Indien de werkgever herstelbetalingen in de uitvoeringsovereenkomst is overeengekomen met het pensioenfonds voor het geval zich een dekkingstekort voordoet met betrekking tot reeds opgebouwde en afgefinancierde pensioenaanspraken, hebben deze herstelbetalingen betrekking op tekorten met betrekking tot pensioenaanspraken over op de balansdatum reeds verstreken dienstjaren. Aan het vereiste van oorzakelijke toerekening is voldaan. De herstelbetalingen zijn aftrekbaar in het jaar van betaling indien ook aan de andere twee hiervóór behandelde voorwaarden wordt voldaan:

- er is een voldoende mate van zekerheid dat de toekomstige uitgaven zich zullen voordoen; en
- de voorwaarden ten aanzien van de aftrekbaarheid van coming-backservice worden in acht genomen.

Indien de werkgever uit hoofde van de uitvoeringsovereenkomst verplicht is om over te gaan tot een herstelbetaling 2009 en de werkgever ertoe overgaat om in 2009 het tekort door middel van een eenmalige betaling direct aan te vullen, zal deze betaling voldoen aan de voorwaarde met betrekking tot de oorzakelijke toerekening en is eveneens sprake van een voldoende mate van zekerheid dat de toekomstige uitgaven zich zullen voldoen.

De derde voorwaarde betreft de eisen in verband met de aftrek van coming-backservice. Ervan uitgaande dat de indexatielast die begrepen is in de herstelkoopsom niet meer dan 4% bedraagt, is aan de vijf cumulatieve voorwaarden voldaan en is de koopsom aftrekbaar in het jaar

van betaling, ook indien de salderingsrente lager dan 4% zou zijn.

Dit geldt naar mijn mening ook voor zover het een aanvulling van het zogenaamde reservetekort betreft. Dat wil zeggen een aanvulling van het vereist eigen vermogen in het kader van het langetermijnherstelplan. Indien het dekkingstekort ultimo 2008 was opgetreden en op balansdatum aannemelijk was dat er een eenmalige betaling zou plaatsvinden in 2009, is het in 2008 al mogelijk om een voorziening op te nemen voor de herstelbetaling met inachtneming van de rekenrente van 4%<sup>12</sup>

#### *Gespreide herstelbetaling*

Indien de uitvoeringsovereenkomst voorziet in een aanvulling van het dekking- en/of reservetekort door middel van een gespreide betaling, zullen de betreffende herstelbetalingen aftrekbaar zijn in het jaar van betaling, indien aan de drie hiervoor genoemde voorwaarden wordt voldaan. Zowel betalingen tot herstel van het dekkingstekort als van het reservetekort, dat wil zeggen de aanvulling van het minimaal vereist eigen vermogen respectievelijk het vereist eigen vermogen hebben betrekking op de op balansdatum verrichte arbeidsprestaties, en is derhalve aan het vereiste van de oorzakelijke toerekening.

Omdat de betreffende aanspraken op het moment van betaling nog niet volledig zijn afgefinancierd is in beginsel niet voldaan aan alle voorwaarden die worden gesteld in verband met de aftrek van coming-backservice. Het betreft met name de voorwaarde dat ter zake van de opgebouwde pensioenrechten nog premies of koopsommen aan pensioenfonds verschuldigd zijn. Het gevolg zou zijn dat in het jaar van betaling de betreffende premie alleen aftrekbaar is voor zover uitgegaan wordt van een salderingsrente van ten minste 4%.

In een recent verschenen besluit heeft de staatssecretaris van Financiën echter goedgekeurd dat voor extra betalingen aan het ondernemingspensioenfonds op de voet van een kortetermijnherstelplan binnen het financieel toetsingskader niet getoetst hoeft te worden of ter zake van de opgebouwde pensioenrechten nog premies of koopsommen aan het fonds zijn verschuldigd. Het gevolg is dat de betreffende betaling voor de aanvulling van het dekkingstekort ook volledig aftrekbaar is in het jaar van betaling, voor zover de omvang van de bijstortingsver-

11. De salderingsrente betreft de feitelijke rentevoet, d.i. het saldo van de rentevoet die gehanteerd wordt voor de berekening van de koopsom voor de nominale pensioenaanspraak en het percentage van de indexatie dat verdisconteerd is in de betreffende koopsom. Bijvoorbeeld: rekenrente 4% - indexatie 2% = salderingsrente 2%.

12. In paragraaf 3 van het Besluit Aftrek extra dotaties bij kortetermijnherstelplannen van 26 oktober 2009, merkt de staatssecretaris van Financiën op dat voor extra dotaties bij langetermijnherstelplannen het opnemen van een voorziening fiscaal niet toegestaan is, omdat er geen redelijke mate van zekerheid aanwezig dat deze dotaties daadwerkelijk zullen moeten worden betaald. Naar mijn mening doet deze situatie zich niet voor in het onderhavige geval, nu vrijwel vaststaat dat in 2009 een volledige herstelbetaling zal plaatsvinden.

plichting is gebaseerd op een salderingsrente die lager dan 4% is<sup>13</sup>.

In het Besluit van 26 oktober 2009 geeft de staatssecretaris het volgende voorbeeld van de werking van de goedkeuringen.

#### *Voorbeeld*

In het kader van een kortetermijnherstelplan zal een werkgever € 50 miljoen extra storten in het ondernemingspensioenfonds. Dit plan is eind 2008 goedgekeurd door De Nederlandsche Bank. Het bedrag is berekend tegen een rente van 2,5%. De werkgever zal vijf jaarlijkse termijnen van € 10 miljoen storten. Hij betaalt vóór 1 juli 2009 € 10 miljoen en vormt voor het overige een voorziening. De contante waarde van de nog te betalen bedragen is € 36 miljoen.

#### *Uitwerking*

Nu er niet volledig wordt betaald, wordt de direct fiscaal aftrekbare betaling berekend tegen een rekenrente van 4% (art. 3.27, tweede lid, jo. art. 3.28 Wet IB 2001). Doordat de pensioenlast is berekend tegen een rente lager dan 4% wordt verondersteld dat hierin lasten voor indexatie zijn opgenomen die niet direct in aftrek mogen komen. De gevolgen zijn:

- Van de betaalde 10 mln. euro is na herrekening tegen 4% slechts 6,5 mln. euro direct aftrekbaar. De resterende 3,5 mln. euro wordt geactiveerd en vormt pas in de toekomst een fiscale last;
- De voorziening voor de toekomstige betalingen wordt eveneens herrekend tegen 4%; als fiscale last blijft over 50% van 24 mln. euro (= 12 mln. euro).

Zonder de goedkeuring in dit besluit bedraagt de fiscale aftrekpost in 2008 per saldo €7vw;18,5 miljoen (€ 6,5 miljoen voor de betaling plus € 12 miljoen voor de voorziening).

De goedkeuring voorkomt dat de betaling en de voorziening voor een deel worden aangemerkt als een niet-aftrekbare indexatielast. De aftrekpost in 2008 beloopt in dat geval € 28 miljoen (betaling € 10 miljoen plus voorziening 50% van € 36 miljoen).

Tot zover het voorbeeld van de staatssecretaris van Financiën.

Indien het tekort in 2008 is ontstaan en het duidelijk is dat de werkgever in bijvoorbeeld drie of vijf jaarlijkse termijnen het dekkingstekort en het reservetekort herstelt, is het de vraag of hiervoor in 2008 een voorziening ten laste van de fiscale winst kan worden getroffen. Er dient hierbij een onderscheid te worden gemaakt tussen

*voorwaardelijke* en *onvoorwaardelijke* bijstortingsverplichtingen.

Indien de werkgever een bijstortingsverplichting heeft, die onafhankelijk is van de mate van herstel in latere jaren, is deze bijstortingsverplichting *onvoorwaardelijk*. In dat geval is er zowel voor de bijstortingsverplichting tot het niveau van het minimaal vereist vermogen als voor de bijstortingsverplichting tot het vereist eigen vermogen naar mijn mening een fiscale voorziening te vormen voor de contante waarde van de hersteltermijnen, waarbij een minimale rekenrente van 4% moet worden gehanteerd.

In het hiervoor genoemde Besluit van 26 oktober 2009 is goedgekeurd dat met betrekking tot het vormen van een voorziening voor nog te verrichten betalingen, ter voorkoming van discussie over de hoogte van de waardering van de voorziening, deze wordt gesteld op 50% van de contante waarde van de toekomstige betalingen. Nader onderzoek naar de kans dat de betalingen daadwerkelijk moeten worden gedaan kan dan achterwege blijven. Deze goedkeuring geldt uitsluitend in die gevallen, waarin uit de uitvoeringsovereenkomst blijkt hoe en in welke mate de werkgever kan worden verplicht tot het doen van extra dotaties in verband met onderdekking. Uit het in het Besluit gegeven voorbeeld blijkt dat er een rekenrente van 4% moet worden gehanteerd bij het vormen van deze voorziening. Voor extra dotaties bij langetermijnherstelplannen is het opnemen van de voorziening fiscaal niet toegestaan, omdat er geen redelijke mate van zekerheid aanwezig is dat deze dotaties daadwerkelijk zullen moeten worden betaald, aldus de staatssecretaris in het voornoemde Besluit. De goedkeuring voor de aanvulling onder het kortetermijnherstelplan respectievelijk het beleidsstandpunt met betrekking tot het langetermijnherstelplan zal in het hier behandelde geval tot een aanmerkelijk lagere voorziening leiden dan naar mijn mening mogelijk is. Ervan uitgaande dat er een duidelijke en onvoorwaardelijke betalingsverplichting is, is het voornog niet duidelijk waarom de werkgever een voorziening ter grootte van slechts 50% zou willen accepteren. Het loont de moeite, gezien de bedragen die in het geding zijn, om de benodigde berekeningen te maken en indien nodig de inspecteur ervan te overtuigen dat de betreffende betalingen zullen worden verricht. Er is dan ook geen reden om bij voorbaat akkoord te gaan met het standpunt van de Belastingdienst dat in dit geval geen voorziening voor de herstelbetaling voor het voor het langetermijnherstelplan kan worden opgenomen.

Indien de verplichting van de werkgever *voorwaardelijk* is, is er bij een voorspoedig herstel een gereede kans dat de werkgever niet alle termijnen van de herstelbetaling hoeft te betalen.

Voor *voorwaardelijke* betalingsverplichtingen is er inderdaad aanleiding om te bezien of er voldaan wordt aan het vereiste dat er een redelijke mate van zekerheid is dat de werkgever deze toekomstige herstelverplichtingen zal gaan verrichten. Op basis van de herstelscenario's

13. Vergelijk het Besluit genoemd in noot 8 paragraaf 2. Het hier bedoelde Besluit betreft alleen goedkeuringen met betrekking tot extra dotaties bij kortetermijnherstelplannen. Voor herstelbetalingen die betrekking hebben op de aanvulling van het reservetekort zou in het jaar van betaling derhalve geen lagere rekenrente van 4% in aanmerking mogen worden genomen voor de berekening van de aftrek van de betreffende inhaalpremie, voor zover het een herstelbetaling voor het reservetekort betreft. Het is de vraag of dit de bedoeling is geweest van het ministerie.

die in het kader van het langetermijnherstelplan zijn doorgerekend zal hierover door de fiscaal-juristen van de onderneming en de inspecteur een oordeel kunnen worden gevormd.

Indien de werkgever voornemens en in staat is om aan deze contractuele betalingsverplichting uit hoofde van de uitvoeringsovereenkomst te voldoen, ligt de conclusie dat de toekomstige betaling (te) onzeker is niet erg voor de hand. De oorzaak van de betalingsverplichting is immers het volstrekt onvoorspelde en onvoorspelbare financiële horrorscenario dat zich inmiddels voltrokken heeft in nagenoeg de hele wereld. Om dan vervolgens op basis van theoretische scenario's waarvan niemand de voorspellende waarde weet geen fiscale voorziening voor de betalingsverplichting op te nemen, lijkt moeilijk te rijmen met het voorzichtigheidsbeginsel.

Beleidshalve is er mijns inziens in deze situatie ook niet snel aanleiding om een fiscale voorziening te weigeren. Het is hierbij wél evident dat de impact van deze voorzieningen op de begroting van het ministerie van Financiën niet te verwaarlozen is.

### 2.3 *Herstelbetalingen door de werkgever in afwijking van de uitvoeringsovereenkomst*

In het Besluit van 26 oktober 2009 is aangegeven door het ministerie van Financiën dat de in het Besluit opgenomen goedkeuringen alleen van toepassing zijn, indien uit de financieringsovereenkomst (inmiddels is dit de uitvoeringsovereenkomst) blijkt hoe en in welke mate de werkgever kan worden verplicht tot het doen van extra dotaties in verband met onderdekking.

Het gevolg van dit standpunt is dat werkgevers, die geen contractuele bijstortingsverplichting hadden uit hoofde van de uitvoeringsovereenkomst, maar alsnog overgaan tot bijstorting of zich nu bijvoorbeeld alsnog verplichten om in jaarlijkse termijnen bij te storten, niet in aanmerking komen voor de goedkeuringen in het Besluit. Er lijkt vanuit wetgevingsperspectief ook niet direct aanleiding om deze eis onverkort te stellen en toe te passen.

Indien een werkgever in 2009 besluit om zich tegenover het pensioenfonds te verplichten tot herstelbetalingen tot het niveau van het minimaal vereist eigen vermogen en/of het vereist eigen vermogen kunnen deze verplichtingen net zo goed voldoen aan de hiervoor behandelde drie voorwaarden (oorzakelijke toerekening, redelijke mate van zekerheid en de vereisten inzake coming-backservice) als betalingsverplichtingen die al eerder waren opgenomen in een bestaande uitvoeringsovereenkomst. In ieder geval zou de goedkeuring omtrent de versoepeling van het coming-backservice-regime ook voor deze gevallen van toepassing dienen te zijn. Het betreft een normale zakelijke ondernemersbeslissing, die weliswaar kritisch beoordeeld mag worden door de Belastingdienst, maar die na een toetsing op zakelijkheid in aanmerking dient te komen voor het zelfde fiscale regime als ondernemers die reeds eerder een dergelijke verplichting waren aangegaan. De laatste groep was zich

vaak niet eens bewust van de potentiële impact van de bijstortingsverplichtingen, terwijl de ondernemingen die het hier betreft in financieel moeilijke tijden welbewust een keuze hebben gemaakt om de pensioenvoorziening voor het personeel in stand te houden. Ik denk hierbij bijvoorbeeld aan een collectief DC regeling waarin een werkgever alsnog besluit tot bijstorting, niettegenstaande de mogelijke gevolgen die een dergelijke handeling heeft voor de classificatie van de regeling voor jaarrekening doeleinden.

Er zijn ook gevallen waarin ondernemingen en pensioenfondsen in de uitvoeringsovereenkomst een bijstortingsverplichting ineens hadden opgenomen, maar waar vanwege bijvoorbeeld de financiële omstandigheden van de onderneming een nadere overeenkomst is gesloten omtrent de bijstorting, in afwijking van de uitvoeringsovereenkomst. In de nadere afspraak wordt bijvoorbeeld een gespreide betaling overeengekomen, waar de uitvoeringsovereenkomst voorzag in een betaling ineens. De status van dergelijke regelingen is, afgaande op de formulering van het Besluit, onduidelijk.

Hopelijk komt er op korte termijn meer duidelijkheid over de betekenis van dit vereiste. Ik zou er voor willen pleiten dat in alle gevallen waarin uit de uitvoeringsovereenkomst blijkt hoe en in welke mate de werkgever kan worden verplicht tot het doen van extra dotaties, het Besluit van toepassing is, ook in gevallen waarin de financieringsovereenkomst c.q. uitvoeringsovereenkomst naar aanleiding van het herstelplan is aangevuld of gewijzigd. Een voorwaarde hierbij is wel dat De Nederlandsche Bank instemming heeft verleend voor het herstelplan op basis van de nadere overeenkomst. Ook indien de herstelbetaling door de werkgever betwist wordt en hierover een procedure loopt, zou dit aan de toepassing van het Besluit niet in de weg hoeven te staan.

Indien de werkgever méér zou betalen dan het bedrag dat nodig is om het herstel van het vereist eigen vermogen te herstellen, zal dit meerdere naar mijn mening niet aftrekbaar zijn. Er is dan sprake van een vooruitbetaling van pensioenpremie, die geen betrekking heeft op reeds opgebouwde pensioenaanspraken. Ter toelichting wordt het volgende opgemerkt. In 'arms' length'- verhoudingen, zoals die bijvoorbeeld tussen werkgever en verzekeringsmaatschappijen gelden, zal er geen aanleiding zijn om de hoogte van de totale pensioenlast ter discussie te stellen. Indien werkgever en pensioenfonds zich voldoende onafhankelijk opstellen tegenover elkaar, zal hetzelfde gelden voor de dotaties aan een ondernemingspensioenfonds. Onder de governanceverhoudingen volgens de Pensioenwet is de zakelijkheid van de verhouding tussen onderneming en pensioenfonds voldoende gewaarborgd. Met name indien een werkgever contractueel ook volledig recht op premiekorting en terugstorting heeft, zou zich de situatie kunnen voordoen dat een werkgever extra dotaties verricht om haar fiscale winst te verlagen, in de gedachte dat deze extra betaling later weer terugvloeit in de vorm van premiekortingen en/of

terugstorting. Door de stringente wettelijke beperkingen, die onder de Pensioenwet worden gesteld aan dergelijke restituties, lijkt een dergelijke gang van zaken (nog) minder aannemelijk dan voorheen. Situaties waarbij werkgevers onverplichte vooruitbetalingen doen op toekomstige premies zijn moeilijk voorstelbaar. Voor het geval zich dit voordoet, zal de inspecteur het vooruitbetaalde gedeelte, dit wil zeggen het deel dat betrekking heeft op toekomstige opbouw, niet aftrekbaar achten. Deze lasten worden pas in aftrek aanvaard in het jaar waarop het betreffende deel van de premie betrekking heeft.

### 3 Overige maatregelen

De overige herstelmaatregelen geven aanzienlijk minder aanleiding tot fiscale bespiegelingen. De voornaamste vraag die hierbij speelt is of de toegepaste herstelmaatregelen in een latere fase, als het herstel van het pensioenfonds dit toelaat, weer kunnen worden gecompenseerd, binnen de fiscale ruimte van de Wet op de loonbelasting. Indien het pensioenfonds bijvoorbeeld de komende jaren niet indexeert, is het de vraag of een latere inhaal van de in eerdere jaren niet toegepaste indexatie fiscaal is toegestaan.

Voor de toeslagverlening is dit inderdaad mogelijk, de Belastingdienst staat een dergelijke inhaalindexatie toe<sup>14</sup>. Een vergelijkbare kwestie doet zich voor bij een korting van nominale pensioenaanspraken. Indien het pensioenfonds bij wijze van herstelmaatregel en met inachtneming van de wettelijke vereisten<sup>15</sup> overgaat tot een korting van de nominale aanspraak, kan de werkgever in een latere fase overgaan tot compensatie van de korting en de nominale aanspraken verhogen. De korting zelf is een beschikkingshandeling die fiscaal geruisloos verloopt, indien de PW-voorwaarden in acht worden genomen<sup>16</sup>. Het belangrijkste fiscale risico is dat de fiscale ruimte in de komende jaren versoberd wordt. In hoeverre een compensatie van de korting van nominale aanspraken c.q. een inhaal van niet toegepaste indexatie mogelijk is, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de fiscale begrenzingsen die in het jaar van compensatie bestaan.

14. Handreiking indexatie van pensioenen 18 april 2007.

15. Vgl. art. 134 PW.

16. Vgl. art. 18, eerste lid, onderdeel b Wet LB 1964.

Indien de fiscale spijleeftijd in de toekomst verhoogd wordt naar 67 jaar, is het zeer wel denkbaar dat werknemers niet meer volledig gecompenseerd kunnen worden voor de 'verloren' aanspraken binnen de alsdan bestaande fiscale kaders.

### 4 Conclusie

De financiële crisis heeft een enorme impact gehad op de financiële huishouding van de pensioenfonds. De herstelplannen die de pensioenfonds in 2009 hebben ingediend bij De Nederlandsche Bank geven ook aanleiding tot fiscale vragen en discussies, met name ten aanzien van de bijstortingen die door de werkgevers zijn verricht en worden verricht om de dekkingsgraad van het ondernemingspensioenfonds weer op peil te brengen. Indien in de financieringsovereenkomst of uitvoeringsovereenkomst concrete afspraken zijn gemaakt tussen pensioenfonds en werkgever omtrent de wijze en de omvang van de bijstortingsverplichting zijn de herstelbetalingen tot het niveau van het minimaal vereist eigen vermogen en het vereist eigen vermogen aftrekbaar. Er doet zich hierbij nog wel de vraag voor in hoeverre betalingen voor coming-backservice aftrekbaar zijn.

Op 26 oktober 2009 heeft de Belastingdienst hierover goedkeurend beleid gepubliceerd. Indien de werkgever gespreide herstelbetalingen verricht kan hiervoor een fiscale voorziening worden gevormd, indien de betalingen in redelijke mate zeker zijn. In het Besluit van 26 oktober 2009 heeft het ministerie van Financiën het standpunt ingenomen dat geen fiscale voorziening kan worden gevormd voor herstelbetalingen in het kader van een langetermijnherstelplan. Dit standpunt lijkt mij in de meeste situaties niet juist en zal aanleiding geven tot discussies tussen ondernemingen en de Belastingdienst. Een ruimhartig beleid lijkt mij wenselijk, het gaat om ondernemingen die hun uiterste best doen om de pensioenvoorzieningen van hun werknemers in stand te houden, een fiscaal motief lijkt hierbij in de meeste situaties niet aan de orde.

Compensatie van niet toegekende indexatie of van gekorte nominale pensioenaanspraken is naar de huidige stand van de fiscale wetgeving toegestaan. Werkgevers en werknemers lopen wel het risico dat door de versobering van de fiscale kaders in de toekomst de mogelijkheden tot compensatie beperkter zullen zijn dan op dit moment.