

Forse stijging van de pensioengrondslag in zicht van pensioeningangsdatum maakt pensioenregeling niet onzuiver!
Pensioenpremie niet ingehouden op het loon toch aftrekbaar!

Het Gerechtshof te Amsterdam heeft op 9 juni 2004, kenmerk P02/04840 een voor de praktijk verrassende uitspraak gedaan.
Deze uitspraak is o.a. gepubliceerd in Fiscale Up to Date van 3 augustus 2004, nr.2004-1421.

In deze publicatie is echter de casus en de uitspraak beknopt weergegeven en daardoor is niet alles wat in geding was en de gronden die de beslissing van het Hof dragen naar voren gekomen.

Het verrassende element lag in de motiveringen van het Hof in de afwijzing van het standpunt van de inspecteur.

Feiten

Een vennootschap had in 1992 aan haar directeur aandeelhouder geboren op 18 oktober 1935 een pensioenregeling toegekend volgens de richtlijnen van de pensioenregeling voor directeur/aandeelhouders, die gepubliceerd zijn in de Resolutie van 6 april 1993, nr. DB. 1993/177.

De pensioendatum was 60 jaar, derhalve 01-10-1995. Het salaris t/m 1993 bedroeg f 100.000 en de eigen bijdrage in de pensioenregeling f 10.000 per jaar. Op 2 augustus 1995 heeft de accountant namens de vennootschap de directeur/aandeelhouder medegedeeld dat zijn salaris over 1994 en 1995 is verhoogd tot 188.000 maar dat van deze verhoging f 68.000 niet zou worden uitgekeerd vanwege een eigen bijdrage aan de pensioenregeling. Deze f 68.000 werd niet ingehouden bij de loonbetaling, maar in de rekeningcourant van de directeur/aandeelhouder verwerkt (rekeningcourant werd gedebiteerd). De loonbelasting werd afgedragen over een loon van f 120.000. Hetzelfde geschiedde voor de jaren 1996 en 1997. Het pensioen werd tot augustus 1995 volledig in eigen beheer gehouden en daarna inclusief de achterliggende jaren ondergebracht in een pensioen BV. De pensioenverplichting werd berekend uitgaande van een salaris van f 188.000 en leidde in 1994 tot een backservice van f 196.000 met daarnaast een jaardotatie aan de pensioenverplichting in eigen beheer van f 70.900, terwijl de jaardotatie in 1995 (afgerond) f 53.000 bedroeg. Bij een eigen bijdrage van f 68.000 leverde de regeling zoals de inspecteur stelde de werkgever in 1995 per saldo een voordeel op van f 15.000. De inspecteur achtte de eigen bijdrage niet aftrekbaar van het loon en legde een naheffingaanslag loonbelasting op over het tijdvak 1994 t/m 1997.

Standpunt inspecteur

Wil de eigen bijdrage aftrekbaar zijn dan dient te worden voldaan aan de drie eisen die artikel 11, eerste lid, letter i Wet LB 1994 stelt:

1. er moet sprake zijn van een bijdrage ingevolge een pensioenregeling,
2. het bedrag moet worden ingehouden op het loon,
3. het bedrag moet een verplicht karakter hebben.

De inspecteur is van mening dat aan geen van deze drie eisen is voldaan. De inspecteur motiveert zijn standpunt als volgt.

1. Bijdrage ingevolge een pensioenregeling

De pensioeningangsdatum van werknemer was 1 oktober 1995 en is uitgesteld tot 1 oktober 1996. De salarisverhoging van f 100.000 naar f188.000 en de daarmee samenhangende verhoging van de pensioengrondslag vindt dus plaats in het zicht van pensionering.

In zakelijke verhoudingen is het gebruikelijk dergelijke salarisstijgingen niet meer mee te nemen in de pensioengrondslag. Dit is ook de mening van de staatssecretaris vastgelegd in punt 3 van de Resolutie van 6 april 1993, nr. DB93/469, BNB 1993/177. In de vanaf 1 juni 1999 geldende (Witteveenwetgeving) artikel 18g, tweede lid, onderdeel a Wet LB 1964, juncto artikel 10b, eerste lid Uitvoeringsbesluit loonbelasting is dit zelfs in de Wet vastgelegd.

Als de verhoging van het salaris niet in de pensioengrondslag kan worden meegenomen is de toezegging die gebaseerd is op een salaris van f 188.000 bovenmatig en derhalve geen pensioenregeling is in de zin van de Wet LB en is de eigen bijdrage daarom ook niet aftrekbaar van het loon. Een eigen bijdrage van meer dan 50% in de pensioenlasten is hoogst ongebruikelijk. De werknemer handelt volgens de inspecteur onzakelijk door in te stemmen met een eigen bijdrage van die omvang en een redelijk denkend werknemer zou deze verplichting niet hebben aanvaard, zeker niet voor een pensioen dat in eigen beheer wordt gehouden en daardoor de werknemer ondernemersrisico loopt. Ook stelt de inspecteur vast dat de constructie iedere reële betekenis mist en louter is ingegeven door fiscale motieven

2. Inhouden op het loon

Inhouden wil volgens de inspecteur zeggen dat de werkgever een bedrag van het brutoloon afzonderd. Dit afzonderen bestaat uit het berekenen van het bruto-nettotraject en het maken van boekhoudkundige aantekeningen in de loonadministratie van de werkgever. Dit brengt met zich mee dat de inhouding via de loonadministratie moet lopen. De inhouding moet kenbaar gemaakt worden aan de werknemer in de loonstrookjes en de jaaropgaaf. Uit kolom 14 van de loonstaat moet blijken of de eigen bijdrage daadwerkelijk is ingehouden op het loon. Nu is gebleken dat de pensioenpremie in rekeningcourant met de directeur/aandeelhouder is verwerkt is er geen sprake van inhouden op het loon. De bedragen aan eigen bijdrage pensioenpremie zijn dus niet aftrekbaar van het loon.

3. Verplichte bijdrage

In de eerste plaats blijkt uit de mededeling aan de directeur/aandeelhouder met betrekking tot de salarisstijging en de hoge bijdrage in de pensioenpremie dat het gaat om een gekunstelde constructie.

Niemand kan worden verplicht aan een dergelijke constructie mee te werken. De deelname aan de constructie geschiedt derhalve op vrijwillige basis uitsluitend uit fiscale motieven.

In de tweede plaats staat vast dat nergens is vastgelegd dat de werknemer een verplichting heeft die hoge premie van f 68.000 bij te dragen. Volgens de pensioenbrief komen de kosten van de pensioenregeling voor rekening van de

werkgever, met dien verstande dat in overleg jaarlijks een bijdrage kan worden ingehouden, zulks in nader overeen te komen bedragen. Er is ten aanzien van een nadere vastlegging niet gebleken. Het ligt voor de hand dat een verplichting tot een nadere bijdrage schriftelijk is vastgelegd. Te meer daar artikel 2:246 BW dit voorschrijft.

Ten derde, de premie die de werknemer bijdraagt is zo hoog dat de eigen bijdrage hoger is dan de kosten van de pensioenregeling in dat jaar.. Geen redelijk denkend werknemer zou bereid zijn een eigen bijdrage te betalen die hoger is dan de kosten van de pensioenregeling van dat jaar. Nu van een verplichte bijdrage (als werknemer) geen sprake is, is de eigen bijdrage in de pensioenpremie van de werknemer niet aftrekbaar van het loon.

Standpunt belanghebbende

Het standpunt van belanghebbende is kortweg gezegd het tegengestelde van wat de inspecteur beweert. Het standpunt van belanghebbende is echter niet zo belangrijk.

In het standpunt van de inspecteur is voor de (fiscale) pensioenadviseur de dagelijkse praktijk in het pensioengebeuren te herkennen. Van belang is daarom te weten hoe het Hof over het standpunt van de inspecteur heeft beslist.

Beslissing Hof

1. Bijdrage ingevolge een pensioenregeling.

Het Hof is van oordeel dat hantering van een pensioengrondslag afgeleid van een salaris van f 188.000 niet leidt tot een pensioen dat uitgaat boven hetgeen naar maatschappelijke opvattingen redelijk is. De inspecteur heeft erkend dat een dergelijke salaris voor de directeur/aandeelhouder redelijk is en dat zulks ook in de jaren vóór 1994 al was, hoewel zijn salaris toen op een lager bedrag was vastgesteld. Een pensioen gebaseerd op die grondslag was ook in die jaren niet bovenmatig. Een verhoging van het salaris naar een niveau dat ook in voorgaande jaren al redelijk was, kan naar 's hof oordeel niet worden aangemerkt als een salarisstijging van bijzondere omvang die niet tot de pensioengrondslag mag worden gerekend, ook niet als deze stijging plaatsvindt kort voor de (beoogde) ingangsdatum voor het pensioen. Belanghebbende handelt niet onzakelijk door het salaris van de directeur/aandeelhouder te verhogen naar een niveau dat zakelijk is. De daaraan verbonden consequenties, zoals verhoging van de pensioenverplichting zijn daaraan onverbreekelijk verbonden, maar dat maakt een dergelijke verhoging niet onzakelijk.

Dat een eigen bijdrage van meer dan 50% in de pensioenlasten ongebruikelijk is staat niet eraan in de weg de regeling als een pensioenregeling aan te merken, In HR 29 maart 1967, BNB 1967/122 maakte een 100% eigen bijdrage de pensioenregeling niet onzuiver.

Het Hof acht het voorts niet aannemelijk dat geen redelijk denkend werknemer deze verplichting op zich zou nemen. De directeur/aandeelhouder heeft de verplichting tot betalen van de hogere eigen bijdrage van f 58.000 aanvaard als onderdeel van een overeenkomst waarbij zijn loon werd verhoogd met f 68.000 en waarbij ook zijn pensioenrechten werden verhoogd. Het Hof ziet niet in

waarom die overeenkomst nadelig zou zijn voor de directeur/aandeelhouder, laat staan dat zij zo onvoordelig zou zijn dat geen redelijk denkend werknemer daarmee zou instemmen, zoals de inspecteur stelt. Daaraan doet niet af dat de pensioenrechten door belanghebbende in eigen beheer worden gehouden en daarom onderhevig zijn aan het ondernemersrisico van belanghebbende.

Voor zover de inspecteur stelt dat de overeenkomst waarbij de verhogingen van de eigen bijdrage en het salaris moet worden genegeerd, omdat zij reële betekenis mist, merkt het Hof op dat ook in dat geval de naheffingsaanslag ten onrechte is vastgesteld. In de naheffingsaanslag is de inspecteur er immers van uitgegaan dat het salaris van de directeur/aandeelhouder is verhoogd, terwijl daarop niet in mindering komt de eigen bijdrage voor het pensioen voor zover deze aan de hiervoor bedoelde verhoging is toe te rekenen. Indien de gehele overeenkomst zou worden genegeerd, moet ook de verhoging van het salaris buiten beschouwing worden gelaten.

2. Inhouden op het loon.

Naar het oordeel van het Hof is van inhouden van bedragen, als bedoeld in artikel 11, eerste lid, onderdeel i van de Wet LB 1964, sprake als het te betalen loon met deze bedragen wordt verminderd. Nu het brutoloon van de directeur/aandeelhouder is gesteld op de in de jaarrekeningen vermelde bedragen verminderd met de onderhavige eigen bijdragen, zijn deze bijdragen naar 's Hof oordeel ingehouden op het loon. Naar het oordeel van het Hof is voor inhouding niet noodzakelijk dat de desbetreffende bedragen als zodanig voorkomen in de salarisadministratie van de inhoudingsplichtige of op de aan de werknemer verstrekte salarisspecificatie. Des te minder nu het niet gaat om bedragen waarvoor belanghebbende verplicht was deze direct af te dragen aan een derde.

3. Verplichte bijdrage

In de jaarstukken en rekeningcourant tussen belanghebbende en haar directeur/aandeelhouder is f 68.000 verwerkt als eigen bijdrage in de pensioenregeling. Noch belanghebbende, noch de directeur/aandeelhouder heeft zich daartegen verzet. Op grond daarvan acht het Hof aannemelijk dat partijen deze eigen bijdrage zijn overeengekomen.. Daarmee heft de directeur/aandeelhouder zich jegens belanghebbende verbonden tot betaling van de eigen bijdrage en zal hij zich daaraan niet eenzijdig kunnen onttrekken. Ook een latere verlaging van het salaris brengt niet noodzakelijkerwijs mee dat tevens de eigen bijdrage voor de pensioenregeling moet worden verlaagd. Dat de verplichting in strijd met artikel 247 van Boek 2 BW niet schriftelijk is vastgelegd, brengt niet mee dat de directeur/aandeelhouder niet tot betaling verplicht zou zijn of zich eenzijdig aan die verplichting zou kunnen onttrekken. Dat het bedoelde vormvoorschrift niet in acht is genomen, brengt immers slechts mee dat de rechtshandeling uitsluitend ten behoeve van de vennootschap kan worden vernietigd en niet ten behoeve van de werknemer (artikel 247, eerste lid, tweede volzin, van Boek 2 BW).

Voor de beoordeling of een bijdrage een bijdrage is voor een pensioenregeling, moet niet gekeken worden of de bijdrage de pensioenlast voor belanghebbende van het desbetreffende jaar niet overtreft. Het ligt voor de hand bij een langlopende regeling als een pensioenregeling veeleer voor de hand ten tijde van

de vaststelling van de eigen bijdrage uit te gaan van een zo nauwkeurige mogelijke raming van de totale te verwachten pensioenlasten. Slechts als er redelijkerwijs van kan worden uitgegaan dat de eigen bijdrage de totale pensioenlasten zal overtreffen, kan naar 's Hofs oordeel niet meer gesproken worden van een eigen bijdrage voor een pensioenregeling. Niet gesteld of gebleken is dat daarvan in casu sprake is.

Uit het vorenoverwogene volgt dat de naheffingsaanslag loonbelasting over het tijdvak 1994 tot en met 1997 ten onrechte is opgelegd. Er is door de staatssecretaris geen cassatie ingediend tegen de uitspraak

Conclusie.

Indien de Witteveenwetgeving op pensioengebied niet van toepassing is vloeit uit bovenstaande uitspraak voort dat:

- salarisstijgingen ook in het zicht van de pensioeningangsdatum voorzover het salaris na de verhoging niet bovenmatig wordt, geheel tot de pensioengrondslag mogen worden gerekend;
- eigen bijdrage in pensioenregelingen, zeker bij eigen beheer, die worden ingehouden aftrekbaar zijn van het loon ook al zijn die bijdragen niet in de loonadministratie verwerkt;
- de eigen bijdrage toch aftrekbaar is ook al overtreft die bijdrage de pensioenlast van het jaar.