

# **De kostenegalisereserve voor pensioen (pensioen-KER) geaccepteerd en de dotaties daaraan mogen lineair worden berekend .**

## **1. Inleiding**

Wie in de fiscale pensioenpraktijk te maken heeft gehad met een pensioen-KER weet dat de fiscus zo'n reserve ongewenst acht en alle middelen aanwendt om de vorming van een pensioen-KER te bemoeilijken of door zulke stringente voorwaarden te stellen zelfs onmogelijk te maken.

Tot aan oktober 2006 was de jurisprudentie van de laatste jaren aan de kant van de fiscus. In de meeste procedures waar het ging om het vormen van een pensioen-KER werd een pensioen-KER afgewezen omdat niet aan de voorwaarden van het bestaan van een stellig voornemen kon worden voldaan.

Op 5 oktober 2006 oordeelde de Rechtbank Haarlem <sup>(1)</sup> echter anders. Hierover meer in punt 4 hierna.

## **2. Geschiedenis pensioen-KER**

Een kostenegalisereserve dient om toekomstige kosten en lasten die door de bedrijfskosten over enig jaar noodzakelijk zijn geworden, ten laste van dat jaar te brengen, ook al hebben die kosten niet tot een uitgaaf geleid <sup>(2)</sup> .

De Hoge Raad heeft de volgende voorwaarden gesteld:

1. de kosten moeten ongelijk verdeeld worden uitgegeven;
2. er moet een oorzakelijke verband bestaan tussen kosten en boekjaar.  
De kosten moeten noodzakelijk zijn geworden door de ondernemingsuitoefening in het jaar van toevoegen aan de kostenegalisereserve;
3. de kosten leiden in een later jaar tot een piek in de uitgaven

Als een werkgever een pensioentoezegging doet moet hij het pensioen ingevolge artikel 2 lid 1 PSW extern onderbrengen. Alleen in de gevallen genoemd in artikel 2 lid 4 van de PSW mag het pensioen in eigen beheer worden gehouden.

Als er nog geen pensioentoezegging is gedaan kan onder voorwaarden een pensioen-KER worden gevormd. Dit behoeft niet alleen een pensioen-KER voor een DGA te betreffen. Ook voor werknemers geen DGA kan een pensioen-KER worden gevormd <sup>(3)</sup>

Voor de vorming van de pensioen-KER is wel vereist dat er een redelijke mate van zekerheid moet bestaan dat de uitgaven zich zullen voordoen. Er moet sprake zijn van een "stellig voornemen" om een pensioenregeling te treffen.

## **3. Wanneer is een stellig voornemen aanwezig?**

Door het Hof 's-Gravenhage<sup>(3)</sup> werd geoordeeld dat voor de aanwezigheid van een stellig voornemen niet voldoende is dat een dergelijke voornemen in de algemene vergadering van aandeelhouders een geldige genomen besluit is uitgesproken. Er is tevens vereist de aanwezigheid van feitelijke gedragingen van de belastingplichtige welke tot staving van het aangevoerde voornemen kunnen dienen.

Verder is vereist dat het wilsbesluit en de bedoelde gedragingen een passende omlijsting moeten vinden in het geheel van de verhoudingen en omstandigheden betrekking hebbende op de belastingplichtige in verband met zijn relatie tot de eventuele pensioengerechtigde werknemers. In de hiervoor genoemde uitspraak BNB 1961/113 kwam het hof tot de conclusie dat er wel sprake was van een stellig voornemen.

Dit was anders in de volgende gevallen.

Belanghebbende wilde een pensioen-KER vormen voor goed presterende werknemers. Voor de andere werknemers werd niet gereserveerd. Het Hof 's-Gravenhage<sup>(4)</sup> oordeelde dat door de wisselde lijst van werknemers het stellig voornemen te vaag was.

Ook daarna oordeelde het Hof 's-Gravenhage<sup>(5)</sup> dat er geen stellig voornemen aanwezig was in een geval dat er van het toekennen van pensioenrechten kon worden afgezien als dit voordeliger zou zijn voor de gerechtigde in spé.

In de praktijk blijkt dat de inspecteur verder gaande eisen stelt aan het bestaan van een stellig voornemen. Een stellig voornemen moet volgens de inspecteur schriftelijk worden vastgelegd. Vastleggen van het stellig voornemen betekent dat de inspecteur kan stellen dat er meer dan een stellig voornemen aanwezig is. Er ontstaat dan een belaste aanspraak met alle gevolgen van dien. Sommige inspecteurs gaan nog verder. Zij stellen dat bij aanwezigheid van een stellig voornemen, in welk vorm dan ook, er sprake is van een (mondelijke) pensioentoezegging. Volgens deze inspecteurs vormt een pensioenaanspraak in deze tijd een wezenlijk onderdeel van een arbeidsovereenkomst. In normale verhoudingen wordt indien een werkgever pensioenrechten toekent dit vastgelegd in een (aanvullend) arbeidsovereenkomst waarvan omvang, rechten en plichten zijn opgenomen. De werknemer (lees DGA) is alleen akkoord gegaan met een arbeidsovereenkomst zonder pensioentoezegging indien hij en de vennootschap er beiden van overtuigd zijn dat er te zijner tijd toch een pensioen zal worden uitgekeerd. De inspecteur concludeert na dit alles vervolgens dat bij aanwezigheid van een stellig voornemen er in wezen een (mondelijke) pensioentoezegging is gedaan en omdat het pensioen niet extern is ondergebracht dus sprake is van een belaste aanspraak. Deze conclusie is naar mijn mening te kort door de bocht. In de hieronder te behandelen Uitspraak van de Rechbank te Haarlem is het standpunt van de inspecteur onderuit gehaald.

#### **4. Uitspraak Rechbank Haarlem 5 oktober 2006, procedure nr. 05/5800 VPB ROS1**

In deze procedure ging het om een pensioen-KER over het jaar 2002. Vanaf 1998 is een pensioen-KER gevormd voor het stellig voornemen pensioen toe te kennen aan de echtgenoot van de DGA. De inspecteur vond primair, gelet op de feiten, geen stellig voornemen aanwezig en subsidiair dat als er een stellig voornemen aanwezig was er dan sprake is van een (mondelijke) pensioentoezegging en dus een belaste aanspraak bestaat. Tevens was er een geschil over de waardering van de pensioen-KER. Volgens de inspecteur moest de Pensioen-KER actuariael worden gewaardeerd, terwijl belanghebbende de reserve op de lineaire methode heeft berekend.

Belanghebbende baseert het bestaan van een stellig voornemen op de volgende feiten:

- vanaf 1998 hebben jaarlijks dotaties plaatsgevonden aan een pensioen-KER;
- de pensioen-KER zal worden omgezet in een pensioenverplichting zodra de aandelen van de DGA door de werknemer zijn overgenomen;
- jaarlijks bij de bespreking van de jaarstukken wordt door de belastingadviseur aan de bestuurder van de BV de vraag gesteld of het stellig voornemen niet geconcretiseerd moet worden in een pensioentoezegging. In verband met de nog niet gerealiseerde aandelenoverdracht door de werknemer heeft de BV in 2002 het voornemen nog niet kunnen concretiseren.

De rechtbank ziet geen aanleiding te twijfelen aan de aangevoerde feiten. Dat brengt de rechtbank tot de vaststelling dat daadwerkelijk sprake is geweest van een stellig voornemen dat zijn weerslag heeft gevonden in de jaarlijkse dotaties aan de pensioen-KER. Daaraan doet niet af dat een bindende overeenkomst eerst zal worden gedaan op het moment dat de aandelen van de DGA zijn overgedragen aan de werknemer. Er is weliswaar een onzekerheid, maar die onzekerheid betreft uitsluitend het tijdstip waarop het stellig voornemen zal worden omgezet in een bindende pensioentoezegging en tast het karakter van het stellig voornemen als zodanig niet aan.

**Hiermede is de vorming van pensioen-KER gegrond verklaart.** De rechtbank overwoog tevens “ dat er in 2002 sprake zou zijn van meer dan een stellig voornemen in die zin dat er in wezen door de vennootschap een pensioentoezegging is gedaan zoals de inspecteur in zijn subsidiaire stelling naar voren heeft gebracht, kan de rechtbank niet volgen”. **Dus ook geen belaste aanspraak.**

Moet de pensioen-KER actuariael gewaardeerd worden? Zie punt 5 hierna

## 5. Pensioen-KER, actuariael of lineair?

Volgens de jurisprudentie tot aan 5 oktober 2006 <sup>(6)</sup> moest een pensioen-KER actuariael worden gewaardeerd. De inspecteur verwijst in de procedure genoemd in punt 4 hiervoor naar die jurisprudentie met name naar Hof Arnhem 9 mei 2006, nr.03/0105 en HR 11 juli 1984, BNB 1985/1. Voor het Hof Arnhem was de vorming van de pensioen-KER niet in discussie, de procedure ging alleen over de waarderingsmethodiek. Het Hof Arnhem oordeelde dat de dotaties aan de pensioen-KER aan de hand van actuariële grondslagen moet worden berekend. Belanghebbende is niet in cassatie gegaan. In het arrest BNB 1985/1 ging het over de vorming van een Vut-reserve waarbij de Hoge Raad oordeelde dat bij de waardering rekening moest worden gehouden met een rentefactor, sterftekansen en blijfkansen.

Belanghebbende was in de procedure voor de rechtbank Haarlem van oordeel dat de dotaties lineair mocht worden berekend omdat voor de vorming van de KER in het algemeen goed koopmansgebruik de doorslaggevende factor is en de Hoge Raad <sup>(7)</sup> de lineaire methode niet in strijd is met goed koopmansgebruik heeft bevonden. Bovendien wordt in artikel 3.53 Wet IB 2001 waarin de KER is omschreven niet expliciet verwezen naar artikel 3.29 wet IB 2001, in welk artikel een actuariële berekening van pensioenverplichtingen en andere soortgelijke verplichtingen is voorgeschreven. Wel is in artikel 3.53 Wet IB 2001 opgenomen dat artikel 3.26 eerste en tweede lid Wet Ib 2001 (verbod tot nemen van last als gevolg van indexatie) van overeenkomstige toepassing is.

De rechtbank Haarlem oordeelde dat in aanmerking nemende dat sedert de inwerkingtreding per 1 januari 1995 van artikel 9b van de Wet op de inkomstenbelasting 1964-welke artikel gelijklopend is aan artikel 3.29 Wet IB 2001-in de literatuur veelvuldig discussie is gevoerd over de betekenis van dat artikel voor de berekeningswijze van een pensioenreserve, had het voor de hand gelegen, indien de wetgever de bedoeling had gehad om een actuariële berekeningswijze voor de pensioen-KER verplicht te stellen, een duidelijke verwijzing in de Wet Ib 2001 op te nemen. Nu de wetgever dat heeft nagelaten ziet de rechtbank geen aanleiding om een plicht tot actuariële berekeningswijze voor de pensioen-KER aanwezig te achten.

De verwijzing door de inspecteur naar BNB 1985/1 ter staving van de actuariële methode werd door rechtbank afgewezen omdat in het voorliggende geval de feiten voorshands niet op lijn kunnen worden gesteld met de feiten genoemd in het desbetreffende arrest. In het bijzonder het feit dat het hier gaat om een stellig voornemen met betrekking tot één persoon.

**De pensioen-KER mag hier dus op de lineaire methode worden berekend.**

## **6. Conclusie**

Een pensioen-KER kan blijkens het voorgaande worden gevormd als aan de volgende voorwaarden worden voldaan:

- aanwezigheid van een stellig voornemen tot pensioentoekenning
- een stellig voornemen is aanwezig als aan de in punt 4 genoemde feiten wordt voldaan.
- een stellig voornemen behoeft niet schriftelijk te worden vastgesteld
- een stellig voornemen leidt niet tot een belaste aanspraak
- de pensioen-KER mag worden berekend volgens de lineaire methode.

Met name voor de situaties van een echtgenoot van een DGA die nog geen 10% van de aandelen van de BV bezit en die loon ontvangt uit de BV kan de uitspraak van de rechtbank Haarlem uitnodigen tot het vormen van een pensioen-KER.

Volgens de rechtbank Haarlem

### **Noten**

- 1). Rechtbank Haarlem, uitspraak 5 oktober 2006, nr. 05/5800 (nog niet gepubliceerd)
- 2). HR 5 oktober 1955, BNB 1955/346 voor voorwaarde 1 en 2 sn  
HR 20 augustus 1980, BNB 1981/1 voor voorwaarde 3
- 3). Hof 's-Gravenhage, 21 mei 1960, BNB 1961/113
- 4). Hof 's-Gravenhage, 24 mei 1965, BNB 1965/58
- 5). Hof 's-Gravenhage, 30 juni 2001, BNB 2002/58
- 6). Hof Arnhem, 9 mei 2006, nr 03/0105, VN 2006/45.5  
en HR 11 juli 1984, BNB 1985/1
- 7). HR 7 mei 1980, BNB 1980/274 en HR 1 juli 1981, BNB 1981/247