

Civiele en fiscale aspecten van overschotten en tekorten bij collectieve waardeoverdracht in het licht van liquidatie

Mw. P. van Straten LL.M. MSc. en dr. B. Dieleman, datum 08-06-2018

Datum

08-06-2018

Auteur

Mw. P. van Straten LL.M. MSc. en dr. B. Dieleman^[1]

Vakgebied(en)

Pensioenen (V)

1. Inleiding

Jaren geleden sprak toenmalig DNB-directeur Kellerman de 'wens' uit dat het aantal pensioenfondsen, op dat moment nog rond de 700, zou moeten afnemen tot omstreeks 100. Deze wens lijkt waarheid te worden omdat het aantal pensioenfondsen drastisch is afgenomen tot 268 per eind 2016.^[2] De verwachting is dat deze ontwikkeling zich zal doorzetten en een aantal pensioenfondsen nog in liquidatie gaat. Bij een liquidatie is de pensioenuitvoerder verplicht om de waarde over te dragen aan een andere pensioenuitvoerder waarbij alle pensioenaanspraken en -rechten moeten worden overgedragen.

Als de beleidsdekkingsgraad van het overdragende pensioenfonds gelijk is aan de beleidsdekkingsgraad van het overnemende pensioenfonds, heeft de liquidatie geen gevolgen voor de pensioenaanspraken en -rechten. In praktijk zijn de dekkingsgraden echter niet gelijk en komt de vraag op wat de bevoegdheden van het pensioenfondsbestuur zijn om besluiten te nemen over het bedrag waarmee het vermogen van het fonds de verplichtingen overstijgt of vice versa.

In deze bijdrage staan wij stil bij de situatie dat een pensioenfonds in liquidatie een overschot ten opzichte van het overnemende fonds (hierna: overschotsituatie) heeft en de situatie dat een pensioenfonds in liquidatie een tekort ten opzichte van het overnemende fonds (hierna: tekortsituatie) heeft. Wij analyseren daarbij wat juridisch en fiscaal mogelijk is om de dekkingsgraden meer met elkaar in lijn te brengen waardoor de beoogde liquidatie en waardeoverdracht eenvoudiger doorgang kan vinden. De opbouw van dit artikel is als volgt. Allereerst bespreken we de overschotsituatie en de mogelijkheden ten aanzien van het overschot, bezien vanuit het civiele pensioenrecht (§2) en vanuit het fiscale pensioenrecht (§3). Vervolgens gaan we in op de tekortsituatie en de mogelijkheden vanuit het civiele pensioenrecht (§4) en vanuit het fiscale pensioenrecht (§5). We sluiten af met een conclusie (§6). We gaan in dit artikel uit van een ondernemingspensioenfonds waarvan het bestuur besloten heeft in liquidatie te gaan. De collectieve waardeoverdracht vindt plaats aan een in Nederland gevestigd pensioenfonds. We gaan ervan uit dat de aangesloten werkgever geen bijstortingsverplichting heeft en fiscale gevolgen voor werkgevers laten we buiten beschouwing.

2. Civiele aspecten overschotten

2.1. Algemeen

Een pensioenfonds dat wil liquideren dient volgens art. 84 PW de pensioenaanspraken en -rechten over te dragen aan een andere pensioenuitvoerder. Door de collectieve waardeoverdracht naar een andere pensioenuitvoerder mogen de opgebouwde aanspraken en rechten niet wijzigen. Indien vanwege het dekkingsgraadverschil een wijziging in opgebouwde aanspraken en rechten nodig is, kan dit uitsluitend via de in art. 20 PW toegestane situaties. Hoewel de Pensioenwet hier alleen pensioenaanspraken noemt, wordt aangenomen dat art. 20 PW ook betrekking heeft op pensioenrechten.^[3] Art. 84 PW wordt overigens niet genoemd in art. 20 PW. De wens zal bestaan om het eventuele overschot toe te laten komen aan de deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden (hierna de begunstigden) van het liquiderende pensioenfonds. Het wijzigen van de pensioenaanspraken en -rechten kan echter uitsluitend voorafgaand aan de liquidatie plaatsvinden.^[4] Dit betekent dat het bestuur, voordat de liquidatie en collectieve waardeoverdracht plaats hebben, moet besluiten wat met een eventueel positief saldo moet worden gedaan. In dat geval is de Pensioenwet van toepassing. Een batig saldo dat overblijft nadat alle verplichtingen zijn overgedragen aan een nieuwe pensioenuitvoerder dient vereffend te worden. De bestuurders worden de vereffenaars van de stichting.^[5] Het batig saldo zal dan moeten worden aangewend in overeenstemming met de statuten van het pensioenfonds. De Pensioenwet eist dat de statuten een bepaling bevatten over

de liquidatie van het pensioenfonds.^[6] Pas als er geen batig saldo meer is kan het pensioenfonds daadwerkelijk worden opgeheven.^[7]

De vraag wanneer sprake is van een overschot voorafgaand aan liquidatie is niet overduidelijk uit de Pensioenwet af te leiden. Desondanks kan uit art. 126 PW worden afgeleid dat als het vermogen de voorziening pensioenverplichtingen overtreft, er in zoverre sprake is van een overschot. Er zijn op het eerste zicht vijf voor de hand liggende methoden om een overschot te gebruiken. Deze betreffen:

1. extra pensioenaanspraken en -rechten toekennen;
2. een in het verleden doorgevoerde korting ongedaan maken;
3. gemiste indexatie inhalen;
4. toekomstige indexatie inkopen; en
5. terugstorten naar de aangesloten werkgever(s).

Het overschot staat het pensioenfonds echter niet zonder meer ter vrije beschikking om de aanspraken en rechten te verbeteren. Hieronder bespreken we het wettelijk kader voor de vijf mogelijkheden ter aanwending van het overschot. De Pensioenwet verplicht het pensioenfondsbestuur niet om alle begunstigden gelijk te behandelen, hetzij dat art. 58 PW voorschrijft dat bij toeslagverlening de verplichting geldt om slapers hetzelfde te behandelen als gepensioneerden. Tenzij hierover nadere afspraken zijn gemaakt met de werkgever, komt het bestuur hier beleidsvrijheid toe bij het maken van haar keuze. Bij elke mogelijkheid dient het pensioenfonds wel de open norm van art. 105 lid 2 PW in haar afwegingen te betrekken. Het pensioenfondsbestuur dient zich te richten tot de belangen van de begunstigden en de werkgever. De begunstigden en de werkgever moeten zich door het besluit van het pensioenfonds evenwichtig vertegenwoordigd kunnen voelen.^[8] De keuze om het overschot bijvoorbeeld alleen aan te wenden ter verbetering van uitsluitend de pensioenaanspraken is toegestaan, als het bestuur van oordeel is dat deze keuze evenwichtig is.

2.2. Toekennen extra pensioen

Een overschot kan worden gebruikt om de begunstigden extra pensioen toe te kennen. Toekenning van extra pensioen verhoogt de voorziening pensioenverplichtingen waardoor het overschot daalt. De Pensioenwet stelt geen grenzen aan de hoogte van het pensioen. Het toekennen van extra pensioen hoeft dus niet in lijn te zijn met de kaders zoals uiteengezet in hoofdstuk IIB Wet op de loonbelasting 1964. De regels omtrent taakafbakening voor pensioenfondsen^[9] en de fiscale consequenties bij het vervallen van de omkeerregel (zie par. 3) maken echter dat pensioenfondsen de fiscale begrenzing volgen.

Extra pensioenaanspraken en -rechten kunnen worden toegekend door het verhogen van deze aanspraken en rechten met een toeslag.^[10] De regels omtrent toeslagverlening bespreken we in par. 2.3. Een andere mogelijkheid is dat de pensioenovereenkomst voorziet in de toekenning van extra pensioenaanspraken en -rechten door het pensioenfondsbestuur. Als de pensioenovereenkomst de mogelijkheid tot toekenning van extra pensioenaanspraken en -rechten door het bestuur niet bevat, zou de toekenning van extra aanspraken en rechten een wijziging van de pensioenovereenkomst vereisen. Dat betekent dat daarvoor de medewerking van werkgever en werknemer vereist is. De pensioenovereenkomst is immers de basis voor de uitvoering door het pensioenfonds. Op het wijzigen van de pensioenovereenkomst gaan we hier niet verder in.

2.3. Ongedaan maken doorgevoerde korting en inhaalindexatie

Een overschot kan worden benut om een in het verleden doorgevoerde korting ongedaan te maken of door het toekennen van inhaalindexatie. Beide varianten zijn aan te merken als incidentele toeslagverlening.^[11] Dat betekent dat indien voor een van beide varianten wordt gekozen, de regels omtrent toekomstbestendig indexeren gelden en er op grond van art. 137 lid 1 PW sprake moet zijn van een dekkingsgraad van minimaal 110%. Voor de inhaalindexatie of het herstel van de korting gelden volgens art. 137 lid 2 onderdeel c PW in beginsel aanvullende vereisten. Volgens deze bepaling moet de beleidsdekkingsgraad (blijven) voldoen aan het niveau van het vereiste eigen vermogen (VEV) en mag ten hoogste een vijfde van het beschikbare vermogen boven het VEV hiervoor worden aangewend. De beleidsdekkingsgraad moet dus zodanig zijn dat volledige indexatie mogelijk is en pas dan kan sprake zijn van ongedaan maken van doorgevoerde kortingen of inhaalindexatie.^[12]

In het geval een pensioenfonds direct voorafgaand aan de liquidatie haar overschot aanwendt voor inhaalindexatie of het ongedaan maken van een doorgevoerde korting, lijken de regels omtrent toekomstbestendig indexeren niet passend. Immers, het ontvangende pensioenfonds zal de toekomstbestendige indexatie gaan waarborgen. Het toekennen van de inhaalindexatie of het terugdraaien van de doorgevoerde korting, zorgt ervoor dat het overschot alleen ten goede komt aan de begunstigden van het liquiderende pensioenfonds. Als het overdragende pensioenfonds zou moeten blijven voldoen aan de vereisten van art. 137 lid 2 onderdeel c PW kan het overschot niet eenvoudig worden gebruikt om herstel van kortingen of inhaalindexatie door te voeren. Terwijl hetzelfde overschot na de waardeoverdracht als batig saldo kwalificeert en dan overeenkomstig de statuten kan worden aangewend.

Nu in de wetsgeschiedenis is aangegeven dat het ongedaan maken van kortingen en het verlenen van inhaalindexatie zijn

aan te merken als incidentele toeslagverlening, komt de vraag op of de in art. 58 PW opgenomen regels omtrent gelijke behandeling bij toeslagverlening eveneens van toepassing zijn. Voor wat betreft inhaalindexatie menen we dat de regels omtrent gelijke behandeling van slapers en gepensioneerden van toepassing blijven. Er is immers nog steeds sprake van toeslagverlening. Voor wat betreft de compensatie van eerder doorgevoerde kortingen kunnen we de redenering niet volhouden. Onderscheid bij korten is toegestaan.^[13] Als bij herstel van kortingen de verplichting bestaat tot gelijke behandeling en de korting van gepensioneerden wordt ongedaan gemaakt, zou dit tot gevolg hebben dat de niet gekorte aanspraken van de slapers ook moeten worden geïndexeerd. Dat lijkt ons niet juist, omdat dit verdergaat dan het doel van art. 58 PW.

2.4. Indexatiedepot en toekomstige indexatie

Een eventueel overschot zou in een afzonderlijk depot bij het ontvangende pensioenfonds kunnen worden gestort. Bij een ondernemingspensioenfonds geldt conform art. 123 PW het verbod op ringfencing. Een indexatiedepot kan dan uitsluitend administratief worden gescheiden van het vermogen dat nodig is om de pensioenverplichtingen na te komen. Indien het ontvangende pensioenfonds later een korting moet doorvoeren, kan het indexatiedepot niet buiten beschouwing worden gelaten. Het vormen van een indexatiedepot is toegestaan mits de beheerste en integere bedrijfsvoering van art. 143 PW gewaarborgd blijft. Op uitkeringen uit het depot ter zake van toeslagverlening blijft art. 137 PW van toepassing. Gevolg is tevens dat het depot in beginsel de indexatieregels van het nFTK dient te volgen. Een te verlenen indexatie moet dan toekomstbestendig zijn en de beleidsdekkingsgraad van het pensioenfonds moet conform artikel 137 lid 2 PW minimaal 110% bedragen. Dat zou kunnen betekenen dat een indexatiedepot niet zonder meer gebruikt kan worden voor het verhogen van de pensioenaanspraken en -rechten. Als voldaan wordt aan de vereisten van artikel 15a en 15b van het Besluit Financieel toetsingskader pensioenfondsen geldt artikel 137 lid 2 PW niet. Voor toeslagendepots ontstaan voor 1 januari 2015 geldt het vereiste van toekomstbestendig indexeren niet tot 1 januari 2025. Voor toeslagendepots die ontstaan na 1 januari 2015 als gevolg van een hogere dekkingsgraad bij het overdragende pensioenfonds geldt voor een periode van tien jaar eveneens de uitzondering op toekomstbestendig indexeren. Er gelden nadere voorwaarden waaronder het uitgebreid vastleggen van de redenen van het instellen, de financiering van het depot, een omschrijving van de deelnemersgroep en de voorwaarden waaronder toeslagen worden verleend uit het depot.^[14]

2.5. Terugstorten overschot naar werkgever

Terugstorten van het overschot kan volgens art. 129 PW alleen als het pensioenfonds beschikt over een toereikend vereist eigen vermogen. Ook in de situatie van een liquidatie geldt art. 129 PW.^[15] Uit het systeem van de Pensioenwet volgt dat terugstorten van een overschot aan de werkgever aan strenge voorwaarden is verbonden. De voorwaarden kunnen in twee categorieën worden ingedeeld, namelijk voorwaarden jegens de begunstigten en voorwaarden jegens de werkgever. Wat betreft de voorwaarden jegens begunstigten is van belang dat voordat een bedrag teruggestort kan worden naar de werkgever, allereerst alle verplichtingen jegens de begunstigten zijn nagekomen. Dat houdt in dat alle over de afgelopen tien jaar doorgevoerde kortingen ongedaan worden gemaakt en alle voorwaardelijke toeslagen over de afgelopen tien jaar zijn verleend.

Ten aanzien van de voorwaarden jegens de werkgever geldt dat nadat de verplichtingen jegens de begunstigten zijn nagekomen, een eventueel overschot terug naar de werkgever mag, indien de uitvoeringsovereenkomst conform art. 25 lid 2 PW afspraken bevat over de terugstorting zoals de voorwaarden, de wijze van vaststelling van de hoogte en de bestemming ervan. Mocht de uitvoeringsovereenkomst hierop dat moment niet in voorzien dan is het ons inziens mogelijk dat partijen een aanvulling op de bestaande uitvoeringsovereenkomst sluiten om alsnog de terugstorting mogelijk te maken. Er geldt immers contractsvrijheid zodat partijen dit op een later moment overeen kunnen komen. Bedacht moet echter worden dat het besluit tot liquidatie een bevoegdheid van het pensioenfondsbestuur is. De werkgever kan in dat licht niet afdwingen dat overschotten worden teruggestort indien dit niet op voorhand in de uitvoeringsovereenkomst is vastgelegd.

3. Fiscale aspecten overschotten

3.1. Algemeen

Indien een pensioenregeling, de in de fiscaliteit gebruikte terminologie voor de pensioenovereenkomst,^[16] aan alle voorwaarden van hoofdstuk IIB Wet op de loonbelasting 1964 (hierna Wet LB 1964) voldoet, valt zij onder de omkeerregel. Op grond van deze omkeerregel, opgenomen in art. 11 Wet LB 1964, behoort de werkgeversbijdrage van pensioenpremie niet tot het belastbaar loon, is de werknemersbijdrage van de pensioenpremie aftrekbaar van het belastbaar loon, zijn opgebouwde pensioenen vrijgesteld van box 3 van de inkomstenbelasting en worden pensioenuitkeringen belast in box 1 van de inkomstenbelasting. Indien een pensioenovereenkomst niet langer aan de voorwaarden van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 voldoet, komt de omkeerregel te vervallen. Dit heeft als fiscale consequentie dat alle opgebouwde pensioenen op dat moment tot het belastbare loon worden gerekend en hierover in principe het toptarief uit de inkomsten- en de loonbelasting

plus een revisierente van 20% wordt geheven.

Een van de voorwaarden van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 is dat een pensioenovereenkomst moet zijn ondergebracht bij een uitvoerder van pensioen zoals bedoeld in art. 19a Wet LB 1964. In dit artikel zijn onder andere de pensioenuitvoerders zoals bedoeld in de Pensioenwet opgenomen. Aan ondernemings- en bedrijfstakpensioenfondsen verbindt art. 19a Wet LB 1964, via art. 5 Wet VPB 1969 en art. 3 Uitvoeringsbesluit vennootschapsbelasting 1971, echter een aanvullende voorwaarde. Deze voorwaarde komt erop neer dat een (liquidatie)overschot enkel mag worden aangewend ten behoeve van de begunstigden, een andere uitvoerder van pensioen, een algemeen maatschappelijk belang, of een beperkte terugstorting naar de werkgever.

3.2. Toekennen extra pensioen

Hoofdstuk IIB Wet LB 1964 bevat veel en gedetailleerde regels ten aanzien van de maximale pensioenopbouw per jaar. Denk daarbij aan het opbouwpercentage van 1,875 voor middelloonregelingen, het maximaal pensioengevend loon van € 105.075 (2018) en de AOW-franchise van ten minste € 13.344 (2018). De in hoofdstuk IIB Wet LB 1964 genoemde bepalingen voor middelloonregelingen gelden ook voor CDC-regelingen. Indien en voor zover er minder pensioen is opgebouwd dan op basis van deze regels mogelijk is, is er 'fiscale ruimte' om een overschot aan te wenden voor het toekennen van extra pensioen.

De meeste pensioenfondsen voeren een pensioenovereenkomst uit waarbij een groot deel van de in hoofdstuk IIB Wet LB 1964 opgenomen maximale pensioenopbouw per jaar wordt benut. Dit betekent dat er weinig fiscale ruimte is om extra pensioen toe te kennen, indien enkel mag worden gekeken naar de ruimte in het jaar van de collectieve waardeoverdracht. Dit laatste is echter niet het geval. De fiscale ruimte mag namelijk worden bepaald op basis van hetgeen een deelnemer uit hoofde van zijn huidige dienstverband aan pensioen had kunnen opbouwen minus hetgeen daadwerkelijk is opgebouwd in deze pensioenovereenkomst. Dat de fiscale ruimte op een dergelijke wijze mag worden vastgesteld, valt niet direct uit hoofdstuk IIB Wet LB 1984 af te leiden, maar is bevestigd door de Belastingdienst.^[17] Overigens geldt dat als een deelnemer diverse werkgevers heeft gehad maar gedurende deze dienstverbanden pensioen heeft opgebouwd bij hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds, de fiscale ruimte mag worden bepaald op basis van al deze dienstverbanden.^[18]

De fiscale facilitering van pensioen is de afgelopen jaren diverse malen versoberd. Dit doet de vraag opkomen of bij het vaststellen van de fiscale ruimte gedurende het dienstverband, rekening moet worden gehouden met de in het betreffende jaar geldende wetgeving, of de wetgeving zoals die geldt in het jaar dat men extra pensioen wil toekennen. Volgens de Belastingdienst is dit laatste het geval.^[19] Gevolg hiervan is dat het toekennen van extra pensioen over verstreken dienstjaren wordt beperkt doordat het opbouwpercentage in een pensioenovereenkomst nu lager is dan in het verleden. Bij het vaststellen van de fiscale ruimte die aanwezig is om extra pensioen toe te kennen over verstreken dienstjaren, ligt het voor de hand om te kijken hoe het gehanteerde opbouwpercentage zich verhoudt tot het maximale opbouwpercentage van art. 18a Wet LB 1964. Dat neemt niet weg dat er ook naar andere elementen van de pensioenovereenkomst mag worden gekeken. Denk daarbij aan een relatief laag maximaal pensioengevend loon, een partnerpensioen op risicobasis, een relatief hoge AOW-franchise, of het niet in aanmerking zijn genomen van bepaalde (variabele) beloningsbestanddelen. Bij de keuze voor het aanwenden van een overschot via het toekennen van extra pensioen over verstreken dienstjaren, zijn er diverse aandachtspunten. Een daarvan is dat aan het vaststellen van de fiscale ruimte op basis van het huidige dienstverband, de consequentie moet worden verbonden dat toekennen van extra pensioen over verstreken dienstjaren niet mogelijk is voor gewezen deelnemers en gepensioneerden. Een ander aandachtspunt is dat het toekennen van extra pensioen over verstreken dienstjaren nadelige gevolgen kan hebben voor deelnemers met derde pijler producten zoals lijfrenten. Premies voor dergelijke producten zijn immers enkel fiscaal aftrekbaar indien en voor zover men deelneemt in een pensioenovereenkomst die in minder opbouw voorziet dan de wettelijke maxima.

3.3. Ongedaan maken doorgevoerde korting

Art. 19b lid 1 Wet LB 1964 bepaalt dat bepaalde handelingen, zoals (partiële) afkoop of het prijsgeven van pensioen, in beginsel tot gevolg hebben dat de omkeerregel komt te vervallen, met de in par. 3.1 besproken consequenties tot gevolg. Hierop zijn voor collectieve pensioenovereenkomsten enkele uitzonderingen getroffen. Een van deze uitzonderingen is opgenomen in art. 19b lid 5 Wet LB 1964 en deze schrijft mede voor dat de omkeerregel niet komt te vervallen in het geval dat een pensioenfonds op grond van een herstelplan genoodzaakt is om te korten.

Zoals in par. 2 is aangegeven, staat de Pensioenwet er niet aan in de weg dat een uit hoofde van een herstelplan doorgevoerde korting kan worden teruggedraaid, mits de dekkingsgraad van een pensioenfonds ten minste gelijk is (en blijft) aan het vereist eigen vermogen. Het teruggedraaien van een korting is in de fiscale wetgeving niet expliciet geregeld. Dit betekent in beginsel dat bij het ongedaan maken van een doorgevoerde korting, de in hoofdstuk IIB Wet LB 1964 opgenomen maximale pensioenopbouw per jaar relatief snel wordt overschreden. Dit is ook in de literatuur geconstateerd.^[20] Echter, de Belastingdienst heeft aangegeven dat bij herstel van gekorte pensioenen geen sprake is van hernieuwde pensioenopbouw in fiscale zin en de begrenzingen voor de maximale pensioenopbouw per jaar buiten beschouwing mag worden gelaten.^[21] Dit lijkt ons een juiste interpretatie van de wet en sluit aan bij de in par. 3.2 genoemde fiscale ruimte die gedurende het gehele dienstverband aanwezig is.

3.4. Inhaalindexatie

Hoofdstuk IIB Wet LB 1964 kent zoals in par. 3.2 is aangegeven, uitgebreide en gedetailleerde bepalingen omtrent de maximale pensioenopbouw per jaar. Gezien het belang van indexatie voor de waardevastheid van het pensioen, is het dan ook enigszins verrassend dat ten aanzien van indexatie nauwelijks iets is geregeld in hoofdstuk IIB Wet LB 1964. De enige bepaling is art. 18d Wet LB 1964. Deze bepaling schrijft voor dat indexatie vanuit fiscale optiek is toegestaan indien en voor zover sprake is van stijging van lonen of prijzen. Vanuit fiscale optiek is dus irrelevant of de indexatie voorwaardelijk of onvoorwaardelijk is en hoe hoog de indexatie is, mits niet meer wordt geïndexeerd dan stijging van de lonen of prijzen. In het geval een pensioen zou voorzien in een onvoorwaardelijke indexatie die niet is gekoppeld aan de stijging van de lonen of prijzen, is de Belastingdienst van mening dat deze onvoorwaardelijke indexatie niet meer dan 3% mag bedragen.^[22] Overigens is er strikt genomen geen fiscale regelgeving die stelt dat een onvoorwaardelijke indexatie van 3% plus een voorwaardelijke indexatie, of een andere combinatie die per saldo tot een hogere indexatie dan 3% per jaar leidt, niet is toegestaan.

Zoals in par. 2 is aangegeven is inhaalindexatie vanuit civielrechtelijke optiek mogelijk indien en voor zover er door het overdragende pensioenfonds minder is geïndexeerd dan het ambitieniveau en de financiële situatie van het pensioenfonds dit toelaat. Vanuit fiscale optiek geldt eveneens dat inhaalindexatie mogelijk is indien en voor zover minder is geïndexeerd dan het ambitieniveau.^[23] Vanuit fiscale optiek geldt geen beperking in de tijd voor het toepassen van inhaalindexatie. Hetzelfde geldt voor de volgorde van de jaren dat niet is geïndexeerd. Dit past wederom bij de gedachte dat de fiscale ruimte voor pensioenopbouw wordt bepaald op basis van het aantal jaren dat een deelnemer in dienst is.

Bij het aanwenden van een overschot door toekenning van inhaalindexatie dient men er zich van bewust te zijn dat degenen die sinds kort begunstigen van het overdragende pensioenfonds zijn, wellicht te weinig indexatie hebben misgelopen om de beoogde verhoging van de opgebouwde pensioenen via een voor elke begunstigde gelijk percentage aan inhaalindexatie, te rechtvaardigen. Als een individu bijvoorbeeld sinds twee jaar deelnemer is en in elk van die jaren 2% indexatie per jaar is misgelopen, kan er namelijk geen inhaalindexatie van 6% worden toegekend. Dit is van belang omdat de Belastingdienst heeft aangegeven^[24] dat op individuele basis moet worden bepaald of er ruimte voor inhaalindexatie is. Het bepalen van de ruimte voor inhaalindexatie op individuele basis oftewel voor elke begunstigde kan hierdoor, zoals ook elders in de literatuur is geconstateerd,^[25] een kostbare en tijdrovende aangelegenheid zijn.

3.5. Indexatiedepot en toekomstige indexatie

Zoals in par. 2.4 is besproken, wordt bij het aanwenden van een overschot ten behoeve van toekomstige indexatie, veelal gekozen voor het vormen van een toeslagdepot (of een hiermee vergelijkbare bestemmingsreserve). Het vormen van een toeslagdepot wordt niet beperkt door hoofdstuk IIB Wet LB 1964. Een indexatiedepot is immers nog geen (indexatie van) pensioen.

Zodra gelden uit het indexatiedepot worden aangewend voor indexatie, dient art. 18d Wet LB 1964 in acht te worden genomen. Zoals in par. 3.4 is besproken, houdt dit in dat er wordt geïndexeerd indien de lonen of prijzen stijgen, of dat een onvoorwaardelijke indexatie wordt toegekend, die ten hoogste 3% per jaar bedraagt.

3.6. Terugstorten naar werkgever

In art. 3 Uitvoeringsbesluit vennootschapsbelasting 1971 is mede opgenomen dat een overschot van een pensioenfonds kort gezegd mag worden aangewend voor een uitkering van ten hoogste 5% per jaar over de gedane stortingen dan wel de betaalde pensioenpremie. Op grond van deze bepaling is het mogelijk dat een pensioenfonds gelden terugstort naar de werkgever, hetzij dat deze mogelijkheden zeer beperkt zijn. Art. 3 Uitvoeringsbesluit vennootschapsbelasting 1971 lijkt geen beperking in de tijd te bevatten, dus men kan bij de vaststelling van het aan de werkgever terug te storten bedrag, rekenen vanaf het jaar dat de eerste storting/pensioenpremie door de werkgever is betaald. Desondanks is de verhouding tussen de gedane stortingen en/of de betaalde pensioenpremie bij de meeste pensioenfonds dusdanig, dat bij een terugstorting ter hoogte van 5% van de per jaar gedane stortingen en/of betaalde pensioenpremie, slechts een klein deel van het overschot voor een terugstorting kan worden aangewend. De Hoge Raad heeft overigens beslist dat art. 3 Uitvoeringsbesluit vennootschapsbelasting 1971 ook van toepassing is in het geval van liquidatie van een pensioenuitvoerder.^[26]

4. Civielrechtelijke aspecten tekorten

4.1. Algemeen

Een pensioenfonds met een beleidsdekkingsgraad van minder dan 100% mag niet meewerken aan individuele waardeoverdrachten op grond van art. 72 PW. Een collectieve waardeoverdracht bij een dekkingsgraad minder dan 100% is niet verboden op grond van de Pensioenwet maar de toezichthouder kan een verbod opleggen op grond van art. 84 lid 2 PW. Een liquidatie van een pensioenfonds met een dekkingsgraad onder de 100% zou eveneens niet mogelijk zijn als dit tot

aanpassing van de opgebouwde aanspraken leidt. Art. 84 PW is immers niet uitgesloten van de werking van art. 20 PW. In het verleden hebben liquidaties plaatsgevonden tussen pensioenfondsen met beide een dekkingsgraad onder de 100%. Wij kunnen dit verklaren doordat het gaat om pensioenfondsen met beide een gelijke, maar lage beleidsdekkingsgraad. Er is dan geen sprake van een aantasting van de opgebouwde aanspraken en er wordt daardoor niet in strijd met art. 20 PW gehandeld. Als beide pensioenfondsen een lage dekkingsgraad hebben is er – op dat moment – geen sprake van verwatering van de aanspraken. Een andere optie voor dit pensioenfonds is een juridische fusie met een ander pensioenfonds. Hier gaan wij in deze bijdrage niet nader op in.

4.2. Extra storting werkgever

Indien de dekkingsgraad van het overdragende pensioenfonds lager is dan de dekkingsgraad van het ontvangende pensioenfonds zou de werkgever een storting kunnen doen in het pensioenfonds om de dekkingsgraad op gelijke hoogte van het ontvangende pensioenfonds te brengen. Het gaat dan om een onverplichte bijstorting aangezien wij, zoals in par. 1 aangegeven, aannemen dat er geen bijstortingsverplichting in de uitvoeringsovereenkomst is opgenomen. De extra storting heeft in dat geval geen direct gevolg voor de pensioenaanspraken en -rechten omdat de verplichtingen van het pensioenfonds niet wijzigen. De extra storting wordt in die optiek niet beperkt door de Pensioenwet.

4.3. Korting voorafgaande aan waardeoverdracht

Indien de dekkingsgraad van het overdragende pensioenfonds lager is dan de dekkingsgraad van het ontvangende pensioenfonds zou de wens kunnen bestaan om de aanspraken en rechten bij het overdragende pensioenfonds te verlagen zodat de beleidsdekkingsgraad weer stijgt.

Zoals uit art. 134 PW blijkt, is korten een ultimum remedium. Kortten is dan alleen toegestaan indien dit uit het herstelplan volgt en als alle overige sturingsmiddelen zijn uitgewerkt. Op basis van art. 134 PW moeten kortingen gespreid worden doorgevoerd. Op basis van de brochure 'Liquidatie Pensioenfondsen' van DNB zou kunnen worden afgeleid dat korten van pensioenaanspraken en -rechten is toegestaan indien en voor zover het overdragende pensioenfonds niet voldoet aan het minimale vereiste vermogen en aan de overige voor korten gestelde eisen wordt voldaan.^[27]

5. Fiscale aspecten tekorten

5.1. Algemeen

Zoals in par. 4 is besproken zijn er twee alternatieven in het geval van een tekort, oftewel de situatie dat het overdragende pensioenfonds een lagere dekkingsgraad heeft dan het overnemende pensioenfonds. Deze alternatieven zijn een extra storting door de werkgever of het korten van opgebouwde pensioenen voorafgaand aan de collectieve waardeoverdracht.

5.2. Extra storting door werkgever

Wat betreft een extra storting door de werkgever geldt dat een dergelijke storting in principe tot doel heeft de dekkingsgraad van het pensioenfonds te verhogen. Anders gezegd, een storting leidt niet tot een verhoging van opgebouwde pensioenen. Er hoeft dus niet te worden getoetst aan de in hoofdstuk IIB Wet LB 1964 opgenomen bepalingen omtrent de maximale pensioenopbouw per jaar.

Ten aanzien van een CDC-regeling kan overigens worden betoogd dat een extra storting tot gevolg heeft dat de kans dat de geambieerde jaarlijkse pensioenopbouw per jaar wordt gehaald, toeneemt. Echter zoals in par. 3.1 is besproken gelden de in hoofdstuk IIB Wet LB 1964 opgenomen bepalingen omtrent de maximale pensioenopbouw per jaar voor middelloonregelingen, ook voor CDC-regelingen. Een toename van de kans dat de CDC-ambitie wordt waargemaakt, wordt dus vanuit fiscale optiek niet gezien als een hogere pensioenopbouw.

5.3. Korting voorafgaand aan collectieve waardeoverdracht

Zoals in par. 3.3. besproken is volgens art. 19b lid 5 Wet LB 1964 de sanctie van het vervallen van de omkeerregel niet van toepassing, in het geval een pensioenfonds op grond van een herstelplan overgaat tot het korten van opgebouwde pensioenen. Art. 19b lid 5 Wet LB 1964 voorziet echter niet in het korten van opgebouwde pensioenen buiten een herstelplan om, bijvoorbeeld om een collectieve waardeoverdracht zoals is bedoeld in art. 84 PW, mogelijk te maken. Ons inziens zijn er valide argumenten om korten in het zicht van een collectieve waardeoverdracht zoals is bedoeld in art. 84 PW, vanuit fiscale optiek toe te staan. Een voorbeeld hiervan is het argument dat op de lange termijn door een collectieve waardeoverdracht met korting hogere pensioenuitkeringen en bijbehorende belastingopbrengsten kunnen worden gerealiseerd dan in het geval een collectieve waardeoverdracht niet mogelijk is. Desondanks zou het gezien het maatschappelijk belang van voorspoedige collectieve overdracht door pensioenfondsen in het geval van onderdekking, ons inziens wenselijk zijn als de wetgever op dit punt duidelijkheid creëert.

6. Samenvatting en conclusies

In deze bijdrage hebben wij vijf voor de hand liggende mogelijkheden ter aanwending van een overschot bij liquidatie van een ondernemingspensioenfonds geanalyseerd. Elk van deze mogelijkheden heeft zijn voor- en nadelen. Het bestuur zal aan de hand van een evenwichtige belangenafweging moeten beoordelen welke mogelijkheid het meest geschikt is. Daarbij geldt dat bij het aanwenden van een overschot voor het toekennen van extra pensioen, met name de fiscale regelgeving een belemmering kan vormen. Voor wat betreft een indexatiedepot bij het ontvangende pensioenfonds geldt het verbod op ringfencing als een belangrijke civiele belemmering.

In deze bijdrage hebben wij tevens twee voor de hand liggende mogelijkheden bij een tekort bij liquidatie van een ondernemingspensioenfonds geanalyseerd. Direct valt op dat er minder mogelijkheden zijn voor een pensioenfonds met een vermogenstekort. Het beperkte aantal mogelijkheden bij een tekort hoeft niet bezwaarlijk te zijn, maar nadere verduidelijking van het beleid waaronder een pensioenfonds in een tekortsituatie toch zou kunnen opteren voor een collectieve waardeoverdracht, zal verhelderend werken. Aangezien een extra storting door de werkgever niet altijd tot de mogelijkheden behoort, bijvoorbeeld omdat er geen aangesloten werkgever meer is, pleiten wij op dit punt voor duidelijkheid.

Voetnoten

[1]

Mw. P. van Straten LL.M. MSc. is als promovenda verbonden aan de Radboud Universiteit. Dr. B. Dieleman is als belasting- en pensioenadviseur verbonden aan Loyens & Loeff N.V.

[2]

DNB, Consolidatie pensioenfondsen zet door, Persbericht van 28 augustus 2017, www.dnb.nl.

[3]

Zie M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 202 en de daar aangehaalde literatuur.

[4]

Asser/Lutjes 7-XI 2016/546.

[5]

Art. 2:23 BW.

[6]

Art. 111 lid 1 onderdeel I PW.

[7]

Art. 2:23b lid 9 BW.

[8]

Zie uitgebreid over deze norm: I. Witte, 'Evenwichtige vertegenwoordiging', *TPV* 2016/5.

[9]

Meer specifiek art. 117 lid 2 PW dat bepaalt dat een fiscaal bovenmatige pensioenovereenkomst alleen in de vorm van een vrijwillige regeling kan worden uitgevoerd.

[10]

Art. 1 PW.

[11]

Kamerstukken II 2013/14, 33972, 3, p. 15, 26 en 27.

[12]

Kamerstukken II 2013/14, 33972, 3, p. 26 en 27.

[13]

Kamerstukken II 2005/06, 30413, 17, p. 85.

[14]

Besluit van 13 oktober 2016 tot wijziging van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen in verband met toeslagendepots.

[15]

Zie www.toezicht.dnb.nl/3/50-203416.jsp.

[16]

Omwille van de uniformiteit spreken wij in het vervolg van deze bijdrage enkel over pensioenovereenkomst.

[17]

Belastingdienst, handreiking inhaal en inkoop van pensioen d.d. 9 juli 2014, par. 3.

[18]

Belastingdienst, Vraag & Antwoord 06-002 d.d. 3 september 2014.

[19]

Belastingdienst, handreiking inhaal en inkoop van pensioen d.d. 9 juli 2014, par. 3.

[20]

C.A.H. Luijken, 'Korting pensioenaanspraken; welke fiscale problemen kan dit opleveren?', *NTFRB* 2010-43.

[21]

Belastingdienst, Vraag & Antwoord 11-025 d.d. 17 december 2015.

[22]

Belastingdienst, Handreikingindexatie van pensioenen d.d. 18 april 2007.

[23]

Belastingdienst, Vraag & Antwoord 16-001 d.d. 24 mei 2016.

[24]

Belastingdienst, Vraag & Antwoord 16-001 d.d. 24 mei 2016.

[25]

H. Beuker, 'Open en/of gesloten systeem van inhaalindexatie en ongedaan maken van kortingen', *PM* 2016/122.

[26]

HR 5 juni 1991, *BNB* 1991/221.

[27]

Brochure DNB, Liquidatie Pensioenfonds, november 2014, gedownload op 30 maart 2018 via www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-230830.pdf.