

HANDREIKING GEDERFD OF TE DERVEN LOON (versie 7 december 2010)

Lijst van gebruikte begrippen en afkortingen:

DGA	directeur-grootaandeelhouder
RVU	regeling voor vervroegde uittreding als bedoeld in artikel 32ba Wet LB
stamrechtartikel	artikel 11, eerste lid, onderdeel g, van de Wet LB
stamrechtruimte	het maximale bedrag dat kan worden gebruikt als storting voor een fiscaal zuivere stamrechaanspraak
UBLB	Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965
URLB	Uitvoeringsregeling loonbelasting 2001
VUT	regeling voor vervroegde uittreding als bedoeld in artikel 18i Wet LB, zoals dit artikel op 31 december 2004 luidde
Wet LB	Wet op de loonbelasting 1964

1. Inleiding

In de praktijk komen stamrechten ter vervanging van gederfd of te derven loon steeds vaker voor, meestal naar aanleiding van een schadevergoeding bij ontslag. Het gaat dan om de aanspraken op periodieke uitkeringen als bedoeld in het stamrechtartikel en de daarmee gelijkgestelde stamrechtspaarrekeningen en stamrechtbeleggingsrechten. De kennisgroep pensioenen (tot wiens werkgebied de stamrechten behoren) meent in verband daarmee dat het nuttig kan zijn een handreiking te bieden bij vragen die in de praktijk ontstaan over de fiscale grenzen en (on)mogelijkheden bij de toekenning van stamrechten in het algemeen en bij ontslaguitkeringen aan oudere werknemers met de pensioendatum in zicht in het bijzonder. De onderwerpen die in deze handreiking aan bod komen zijn de volgende:

Paragraaf Omschrijving

- 2. Het begrip 'te derven loon'
- 2.1. Te derven loon in relatie tot pensioen
- 2.1.1. Objectieve benadering
- 2.1.2. Oudedagsvoorzieningen: een gesloten systeem
- 2.1.3. Hoge Raad 19 oktober 1988, rolno. 24 957 (LJN ZC3923)
- 2.1.4. Pensioenwet
- 2.1.5. Uitstel van de ingangsdatum van een stamrecht

- 2.1.6. De aangewezen weg: inhaal, inkoop, voortzetting of optimalisatie van (pre)pensioen- of VUT-regeling
- 2.2. Het begrip 'loon' in 'te derven loon'
 - 2.2.1. Geen inverdiende looncomponenten
 - 2.2.2. Inkomensschade
 - 2.2.3. Pensioenschade
- 2.3. De stamrechtruimte
 - 2.3.1. Voorbeeld van de berekening van de stamrechtruimte bij een oudere werknemer
- 3. Het begrip 'gederfd' loon

Opmerkingen:

1. Deze handreiking geldt zowel voor stamrechten die werkgever en werknemer overeenkomen in individuele gevallen van ontslag als voor stamrechten die worden toegekend in het kader van een reorganisatie, sociaal plan of collectief ontslag.
2. Waar in deze handreiking wordt gesproken over stamrechten, dienen daaronder mede te worden begrepen: stamrechtspaarrekeningen en stamrechtbeleggingsrechten in de zin van artikel 11a van de Wet LB.

2. Het begrip 'te derven loon'

2.1. Te derven loon in relatie tot pensioen

Een stamrecht dat wegens te derven loon wordt toegekend moet dienen ter compensatie van het te derven loon dat bij een normale voortzetting van de dienstbetrekking zou zijn genoten tot aan het reguliere einde daarvan. In de term 'normaal' zit een objectieve normering besloten. Uit de jurisprudentie (zie Hof Amsterdam, 13 februari 1980, rolno. 2513/78 (LJN AX0051)) valt af te leiden dat een stamrecht in geval van ontslag uit een dienstbetrekking voor onbepaalde tijd kan dienen ter compensatie van het te derven loon bij een normale voortzetting van de dienstbetrekking tot aan de reguliere, overeengekomen pensioendatum. Is sprake van een dienstbetrekking voor een bepaalde tijd dan kan bij voortijdig ontslag een stamrecht worden toegekend voor het te derven loon tot aan de contractuele einddatum. Deze handreiking gaat in het hiernavolgende uit van een dienstbetrekking voor onbepaalde tijd.

Subjectieve factoren aan de zijde van de werknemer dienen buiten beschouwing te blijven. Zo zal de vaststelling van de omvang van een schadevergoeding wegens te derven loon niet worden beïnvloed door de aan- of afwezigheid van een andere inkomensbron zoals een werkloosheidsuitkering, een vervroegde (pre)pensioenuitkering of loon uit een nieuwe dienstbetrekking bij een andere werkgever. Men zegt ook wel dat de omvang van de schadevergoeding beoordeeld dient te worden vanuit de bron, de dienstbetrekking, niet vanuit de (positie van de) werknemer.

In de hierna volgende subparagrafen wordt de specifieke verhouding tussen stamrecht en pensioen toegelicht en uitgewerkt.

2.1.1. Objectieve benadering

De objectieve benadering van het begrip 'te derven loon' betekent ook dat de periode waarover het te derven loon wordt berekend niet onbeperkt is. Die periode hangt niet af van subjectieve factoren aan de kant van de werknemer zoals de wens om na de pensioendatum door te werken. In de in onderdeel 2.1 genoemde uitspraak ging het Hof uit van de diensttijd tot aan de reguliere ingangsdatum van het ouderdomspensioen. Meer in het algemeen dient de objectieve benadering ertoe te leiden dat geen sprake meer is van te derven loon over de periode die is gelegen na de zich het eerst voordoende (of reeds verstreken zijnde), reguliere ingangsdatum (richtdatum) van een ouderdomsvoorziening zoals VUT, prepensioen, vroegpensioen of ouderdomspensioen (hierna te noemen: de reguliere pensioendatum). Die ingangsdatum hebben partijen immers steeds bij het toekennen van de voorziening beschouwd als de normale ingangsdatum waarop de gewenste inkomensvoorziening bij ouderdom bij een normale loopbaan het gewenste niveau heeft bereikt. De werknemer kan daardoor normaliter op dat moment het werkzame leven beëindigen. Vanuit de bron (de dienstbetrekking) bezien eindigt die dienstbetrekking dus op de reguliere pensioendatum. Een werknemer kan daarom geen schadevergoeding onderbrengen in een stamrecht voorzover die vergoeding betrekking heeft op de periode na de reguliere pensioendatum, ook niet met het argument dat hij anders na die datum doorgewerkt zou hebben. Dat is een subjectieve factor die bij de toekenning van het stamrecht geen rol mag spelen.

Het uitgangspunt dat de periode van te derven loon eindigt op de reguliere pensioendatum vloeit ook voort uit de noodzaak om een gelijke behandeling te garanderen bij gelijke oudedagsvoorzieningen die verschillend zijn vormgegeven. Indien men zou uitgaan van een andere datum, bijvoorbeeld de reguliere ingangsdatum van het ouderdomspensioen, zou een niet te rechtvaardigen verschil in behandeling ontstaan tussen de hoogte van het maximaal toe te kennen stamrecht aan iemand van bijvoorbeeld 60 jaar met een prepensioen met een reguliere pensioendatum van 62 jaar, gevolgd door een ouderdomspensioen, ingaand op 65 jaar enerzijds en eenzelfde persoon met een ouderdomspensioen, ingaand op 62 jaar (vroegpensioen), aangevuld met een overbruggingspensioen voor de periode van 62 tot 65 jaar anderzijds. Bij overigens gelijke omstandigheden en gelijke aanspraken en uitkeringen in euro's zou dan een verschil in behandeling ontstaan al naargelang van de gekozen vorm van de oudedagsvoorziening. De reguliere ingangsdatum voor het ouderdomspensioen is in het eerste geval immers 65 jaar en in het tweede geval 62 jaar.

2.1.2. Oudedagsvoorzieningen: een gesloten systeem

Er is nog een andere reden waarom het niet logisch is om het begrip 'te derven loon' uit te breiden over de periode na de reguliere pensioendatum. De oudedagsvoorziening is immers zelf een loon- of inkomensvervangende voorziening, net als het stamrecht. De Wet LB bevat voor alle oudedagsvoorzieningen een meer of minder uitgebreid stelsel van voorwaarden voor de fiscaal gefacilieerde toekenning

en opbouw daarvan (zie de hoofdstukken IIB en VIII van de Wet LB). Het ligt dan niet voor de hand te veronderstellen dat het de bedoeling van diezelfde wetgever is geweest dat die regelingen daarnaast al dan niet onbeperkt zouden kunnen worden aangevuld met of zelfs vervangen door stamrechten. Daarmee zouden de voorwaarden voor de opbouw van inkomensvoorzieningen bij ouderdom immers rechtstreeks worden ondergraven. Het toekennen van een stamrecht voor het te derven loon na de reguliere pensioendatum is dus in strijd met de bedoeling van de wetgever. Dit uitgangspunt is ook in lijn met onderdeel 3^o van het stamrechtartikel: een stamrechtaanspraak kan niet een niet meer vrijgestelde pensioenaanspraak vervangen.

2.1.3. Hoge Raad 19 oktober 1988, rolno. 24 957 (LJN ZC3923)

Ook uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat stamrechten niet kunnen worden toegekend als pensioenvervangende of –aanvullende voorzieningen. Zie het arrest van de Hoge Raad van 19 oktober 1988, rolno. 24 597 (LJN ZC3923). In overweging 6.2 van dit arrest onderzoekt de Hoge Raad uitsluitend of een betaling voor een aanspraak op een periodieke uitkering na de reguliere ingangsdatum van een regeling voor ouderdomspensioen een pensioenaanspraak is of niet. De Hoge Raad onderzoekt niet of de betaling een vrijgestelde betaling kan zijn op grond van het stamrechtartikel. Dit in tegenstelling tot overweging 6.1, waarin de Hoge Raad vaststelt dat de vervanging van wat eerst een pensioenaanspraak was zeer wel een stamrecht kan opleveren in de zin van het stamrechtartikel. Hieruit blijkt dat de Hoge Raad van oordeel is dat het stamrechtartikel niet geldt voor een rechtstreekse vervanging bij voorbaat van het na de reguliere pensioendatum te derven loon. Daarvoor gelden alleen de wettelijke regels voor ouderdomspensioenen. Er is geen reden om te veronderstellen dat de Hoge Raad anders zou oordelen in geval van een anderssoortige ouderdomsvoorziening (VUT, prepensioen e.d.).

2.1.4. Pensioenwet

Nederland kent een hoge mate van bescherming van oudedagsvoorzieningen. Die bescherming is neergelegd in de Pensioenwet. Ook in die wet worden allerlei voorwaarden en regels gesteld voor deze voorzieningen. Ook met het oog op de Pensioenwet is het daarom niet logisch te veronderstellen dat de wetgever de bedoeling zou hebben gehad dat die wet gemakkelijk zou kunnen worden omzeild door middel van toekenning van stamrechten die zich ook uitstrekken over perioden van inkomensderving en vormen van oudedagsvoorziening waarop de Pensioenwet betrekking heeft.

2.1.5. Uitstel van de ingangsdatum van een stamrecht

Het is niet in strijd met het bovenstaande dat het stamrechtartikel de mogelijkheid biedt om de stamrechtuitkeringen pas op 65-jarige leeftijd in te laten gaan. De wetgever heeft ten tijde van de invoering van deze bepaling slechts beoogd te bewilligen dat de ingangsdatum van een stamrecht tot die leeftijd mocht worden uitgesteld. Daardoor kan een stamrecht dat wordt toegekend wegens het loon dat de werknemer in de periode tot de reguliere pensioendatum derft weliswaar *feitelijk* worden *gebruikt* als aanvulling op het pensioen, maar dit betekent niet dat een stamrecht ook mag worden *toegekend* als aanvulling op een (al dan niet te laag geachte) oudedagsvoorziening. De uitstelmogelijkheid wijzigt niet het oorspronkelijke

doel en karakter van het stamrecht (voorziening voor loonderving in de periode tot de reguliere pensioendatum). Het ligt voor de hand dat de wetgever de uitstelmogelijkheid tot 65 jaar heeft opgenomen om ex-werknemers niet te dwingen tot een directe opname van stamrechtuitkeringen, met name in die gevallen waarin de ex-werknemer na het ontslag over (een) andere inkomensbron(nen) beschikt. Die andere bronnen staan immers (zie onderdeel 2.1) in een objectieve benadering niet in de weg aan de toekenning van het stamrecht.

2.1.6. De aangewezen weg: inhaal, inkoop, voortzetting of optimalisatie van (pre)pensioen- of VUT-regeling

De aangewezen weg om in dit soort gevallen bij ontslag nog een inkomensvoorziening te treffen is het prepensioen en/of het ouderdomspensioen aan te vullen door middel van een aanvullende pensioenovereenkomst die valt binnen de grenzen van Hoofdstuk IIB of Hoofdstuk VIII van de Wet LB en die voldoet aan de eisen van de Pensioenwet. Daarmee kan bijvoorbeeld een inhaal tot aan de fiscale grenzen worden gepleegd in geval van een fiscaal niet optimale opbouw in de bestaande pensioenovereenkomst.

Voorts is wellicht een aanvullende inkoop mogelijk over dienstjaren bij een vorige werkgever. Een dergelijke inkoop zal moeten passen binnen de voorwaarden van artikel 10a van het UBLB. Een inkoop van gemiste pensioenopbouw over jaren waarin de werknemer in het geheel niet in dienstbetrekking werkzaam is geweest, is echter niet mogelijk. Voor deze gemiste jaren is de werknemer aangewezen op het lijfrenteregime in de inkomstenbelasting.

Een derde mogelijkheid is voortzetting van de pensioenopbouw na het ontslag. Zie artikel 10a, eerste lid, onderdeel c, van het UBLB.

Ten slotte kunnen werknemers die zijn geboren vóór 1950 en die op 31 december 2004 al een VUT-regeling hadden, die VUT-voorziening (laten) optimaliseren. De VUT-regeling moet dan wel (blijven) voldoen aan de voorwaarden van artikel 38c van de Wet LB.

2.2. Begrip 'loon' in 'te derven loon'

De vergoeding voor het te derven van loon in de zin van het stamrechtartikel bestaat in de praktijk vaak uit twee componenten: een vergoeding voor te derven inkomen of loon in enge zin (hierna: inkomensschade) en pensioenschade.

2.2.1. Geen inverdiende looncomponenten

Looncomponenten die op grond van de arbeidsovereenkomst reeds zijn inverdiend door de verrichte arbeid behoren niet tot het te derven loon. Deze componenten dienen dus uit de ontslagvergoeding te worden geëlimineerd bij de vaststelling van de hoogte van de stamrechtvrijstelling. Ze kunnen ook niet worden omgezet in een aanspraak die deelt in de stamrechtvrijstelling. Zie Hoge Raad 22 juli 1988, rolno. 24 944 (LJN ZC3880). Voorbeelden van dit soort componenten zijn:

- vakantiegeld;
- tantièmes, provisies e.d.;

- niet-opgenomen vakantiedagen;
- (naar evenredigheid bepaalde) diensttijduitkeringen.

2.2.2. Inkomensschade

Wetstechnisch zou het het meest zuiver zijn om onder het begrip te derven loon in het stamrechtartikel te verstaan: het fiscale loon van artikel 10 en 11 van de Wet LB. In de praktijk (die is bevestigd door de jurisprudentie) geldt echter bij inkomensschade het civielrechtelijk overeengekomen bruto-loon als het te derven loon. Ook deze benadering stemt overeen met het objectieve karakter van de begrip 'te derven loon': min of meer toevallige fluctuaties als gevolg van subjectieve beslissingen van de werknemer, bijvoorbeeld omtrent stortingen in een levensloopregeling of deelname aan een spaarloonregeling, beïnvloeden op deze wijze niet de omvang van het stamrecht. Hetzelfde geldt voor de omvang van fiscaal aftrekbare pensioen- en andere premies.

Strikt genomen zouden omzettingen van belast loon in een vrije vergoeding of verstrekking in het kader van een cafetariaregeling niet moeten behoren tot de inkomensschade: het civielrechtelijk loon is immers – net als het fiscale loon - omlaag gegaan door de omzetting. Er is immers loon (inkomen) omgezet in een vergoeding of verstrekking. Daarmee zou het begrip 'te derven loon' toch weer een subjectief element krijgen en zou de hoogte van de stamrechtvrijstelling afhankelijk kunnen worden van de toevallige beslissing van de werknemer in het kader van een cafetariaregeling in het jaar van ontslag. Dat is niet evenwichtig en bovendien strijdig met de objectieve benadering van het begrip 'te derven loon'. Een redelijke wetsuitleg houdt daarom in dat omzettingen als hier bedoeld bij de vaststelling van de hoogte van het te derven loon buiten beschouwing kunnen blijven. Voorwaarde hierbij is wel dat de omzettingen (blijven) voldoen aan onderdeel 4 van het besluit van 9 september 2010, nr. DGB2010/2733M, Stcrt.nr. 14304.

2.2.3. Pensioenschade

De belastingrechter heeft geoordeeld dat de doorbetaling door de ex-werkgever van pensioenpremies na ontslag deelt in de stamrechtvrijstelling. Zie Hof 's-Gravenhage, 19 januari 1972, rolno. 9/1971 M II (LJN AY4370). In de praktijk wordt sindsdien onder de stamrechtvrijstelling begrepen een compensatie voor het wegvallen van de betaling van de werkgeverspremies voor alle vormen van oudedagsvoorziening tot aan de datum waarop deze betaling zou zijn voortgezet bij een normale voortzetting van de dienstbetrekking tot aan de reguliere pensioendatum. Dit spoort met het civiele karakter van het begrip 'loon' in 'te derven loon'. Civielrechtelijk behoort een pensioenaanspraak immers tot het loon, dit in tegenstelling tot een pensioenuitkering. Het gegeven dat te derven pensioenaanspraken wel, maar te derven pensioenuitkeringen niet kunnen worden opgenomen in het in een stamrecht onder te brengen te derven loon, onderstreept andermaal het feit dat de hoofdstukken IIB en VIII van de Wet LB een gesloten systeem vormen voor de inkomensvoorziening na de pensioendatum. Zie onderdeel 2.1.2.

Voor alle duidelijkheid zij vermeld dat de compensatie ook mag omvatten de premies voor een ouderdomspensioen die de werkgever zonder het ontslag *nog na de reguliere VUT- of prepensioeningangsdatum* zou hebben moeten betalen tot aan de

ingangsdatum van het ouderdomspensioen. Het gaat immers om de te derven opbouw van het ouderdomspensioen zoals die in de beëindigde dienstbetrekking zou hebben plaatsgevonden bij een normale voortzetting van die dienstbetrekking tot aan de VUT- of prepensioendatum, inclusief een normale opbouw tijdens die VUT- of prepensioenperiode na die datum.

De maatstaf voor de te derven pensioenaanspraak is de bij de niet-uitgevoerde opbouw behorende werkgeverspremie voor de onderscheiden pensioensoorten. De waarde van de gemiste aanspraken dient immers op grond van artikel 18 van de URLB te worden gesteld op de bedragen die gestort zouden moeten worden om de aanspraken te dekken. In dit geval gaat het dan om de werkgeverspremies die bij de pensioen- of VUT-uitvoerder(s) van de betreffende pensioen- of VUT-regeling gestort zouden worden gestort als de dienstbetrekking tot de reguliere pensioendatum zou worden voortgezet.

Bij het voorgaande kunnen 2 kanttekeningen worden geplaatst.

1. Geen vergoeding voor werknemerspremies voorzover deze vergoeding al in de inkomensschade is opgenomen.
De reden dat in het voorgaande alleen is gesproken over de werkgeverspremies is gelegen in de veronderstelling dat naast de pensioenschade ook de inkomensschade is vergoed. In die inkomensschade is doorgaans ook een vergoeding opgenomen voor de werknemerspremies voor het ouderdomspensioen. Uitgangspunt voor de berekening van de inkomensschade is immers het bruto loon. Het is dan niet juist om deze compensatie bij de berekening van de pensioenschade buiten beschouwing te laten. Als in de berekening van de inkomensschade evenwel geen (volledige) vergoeding is opgenomen voor de werknemerspremies kunnen deze uiteraard in zoverre worden opgenomen in de berekening van de pensioenschade. In dat geval is geen sprake van een dubbeltelling.
2. Maatstaf voor de pensioenschade: de te derven pensioenopbouw bij de pensioenuitvoerder van de pensioenregeling uit de dienstbetrekking.
Het te derven loon wordt afgemeten aan hetgeen zou zijn genoten bij voortzetting van de dienstbetrekking tot aan de reguliere pensioendatum. Daarbij past het om de pensioenschade te baseren op de premies die binnen die dienstbetrekking bij de daarbij horende pensioen- of VUT-uitvoerder(s) zouden moeten worden gestort om de te derven pensioen- of VUT-aanspraken te dekken. Bij een normale voortzetting van de dienstbetrekking tot aan de reguliere pensioendatum zouden immers die premies zijn 'genoten'. Het is dus niet juist om de waarde van de te derven aanspraken te berekenen aan de hand van een offerte van een verzekeringsmaatschappij voor een storting van een (hogere) koopsom voor een stamrecht, berekend aan de hand van het verschil tussen de contante waarde van de pensioenuitkeringen bij voortzetting van het dienstverband en de contante waarde van de pensioenuitkeringen bij ontslag. In dat geval is sprake van het treffen van een oudedagsvoorziening buiten de regels van de hoofdstukken IIB en VIII van de Wet LB om (zie ook de onderdelen [onderdeel 2.1.2](#) en [onderdeel 2.1.3](#) hiervóór). Een stamrecht dient immers (mede) voor het te derven loon (in de vorm van te derven opbouw van pensioenaanspraken) bij een normale voortzetting van de dienstbetrekking tot aan de reguliere pensioendatum, niet voor het te derven loon (in de vorm van te derven pensioenuitkeringen) na die datum. Een extra argument tegen de toepassing van de hiervoor beschreven methode is dat de ontslagen werknemer door de storting van de hogere koopsom meer vergoed zou kunnen krijgen dan de schade van het missen van de gestorte werknemerspremies. Hij krijgt meer dan waar doorwerkende werknemers recht op hebben. Dat is in strijd met het schadeloosstellingskarakter van de stamrechtvrijstelling.

2.3. De stamrechtruimte

Partijen behoeven de ontslagvergoeding niet uitdrukkelijk te baseren op een exacte berekening van de inkomens- en pensioenschade. Een subjectieve, ongespecificeerde of via onderhandelingen vastgestelde invulling van het begrip 'te derven loon' is toegestaan mits de omvang van de schadevergoeding niet uitgaat boven de objectief

vast te stellen stamrechtruimte. Dit is het maximale bedrag dat fiscaal nog kan worden beschouwd als compensatie voor het te derven loon. De stamrechtruimte is de som van de fiscaal maximale bedragen die kunnen dienen voor vergoeding van de inkomens- en de pensioenschade. Partijen kunnen maximaal het bedrag van de stamrechtruimte aanwenden voor de toekenning en aankoop van een aanspraak als bedoeld in het stamrechtartikel.

2.3.1. Voorbeeld van de berekening van de stamrechtruimte bij een oudere werknemer

Een voorbeeld kan het vorenstaande verduidelijken. In het voorbeeld is een splitsing van de ontslagvergoeding verwerkt die verband houdt met het feit dat deze vergoeding kort voor de reguliere pensioendatum wordt toegekend.

Voorbeeld:

Werknemer X wordt ontslagen op de leeftijd van 61 jaar. Hij was werkzaam in loondienst voor onbepaalde tijd. Zijn reguliere prepensioendatum is 62 jaar. Er is een ouderdomspensioenregeling met een reguliere ingangsdatum van 65 jaar. De werkgever betaalt hiervoor normaliter ook premies tijdens de periode van prepensioen. Deze verplichting van de werkgever vervalt echter door het ontslag. X heeft geen fiscale ruimte om de voor hem geldende pensioenvoorzieningen over verstreken diensttijd te verbeteren. Zijn salaris is € 50.000 bruto per jaar. De werkgeverspremies voor de opbouw van al zijn pensioenvoorzieningen zouden van de ontslagdatum tot aan de 65-jarige leeftijd van X € 15.000 hebben bedragen als hij niet was ontslagen maar normaal op 62 jaar met prepensioen zou zijn gegaan. Een stamrechtverzekeraar heeft de pensioenschade berekend op € 40.000, zijnde de koopsom die nodig is om het verschil te overbruggen tussen de contante waarde van de aanspraken op ouderdomspensioen bij doorwerken tot 65 jaar en de contante waarde van die aanspraken bij ontslag. De ontslagvergoeding bedraagt na onderhandelingen € 140.000. Dit bedrag is als volgt opgebouwd:

- inkomensschade € 100.000 (2 jaarsalarissen: in de onderhandelingen heeft de werknemer gesteld dat hij zonder het ontslag gebruik zou hebben gemaakt van de mogelijkheid om tot 65 jaar door te werken met uitstel van het prepensioen en omzetting daarvan in ouderdomspensioen; de werkgever heeft die gestelde 4 jaar doorwerken afgekocht met een afkoopsom van 2 jaarsalarissen).
- pensioenschade over de periode van 61 jaar tot 65 jaar: € 40.000.

X wenst het fiscaal maximale bedrag van zijn ontslagvergoeding aan te wenden voor een stamrecht als bedoeld in het stamrechtartikel.

Uitwerking:

1. Inkomensschade
De inkomensschade die in aanmerking kan worden genomen bedraagt maximaal € 50.000. Dit is het te derven bruto-loon tot aan de reguliere prepensioendatum van 62 jaar.
2. Pensioenschade
De in aanmerking te nemen pensioenschade bedraagt € 15.000. Dit is het bedrag aan werkgeverspremies dat zou zijn betaald als de werknemer zou hebben doorgewerkt tot de reguliere prepensioendatum van 62 jaar en vervolgens met prepensioen zou zijn gegaan. Het door de verzekeraar berekende bedrag van € 40.000 is niet relevant voor de vaststelling van de omvang van het te derven loon.
3. De stamrechtruimte
De stamrechtruimte bedraagt € 50.000 + € 15.000 = € 65.000. Tot dit bedrag kan de

ontslagvergoeding van € 140.000 voor een stamrecht worden aangewend. De resterende € 75.000 dient direct in de heffing te worden betrokken.

NB 1: Zou X in het gegeven voorbeeld - anders dan gegeven is - nog wel fiscale ruimte hebben gehad voor de inkoop van pensioen in de voor hem geldende pensioenvoorzieningen (prepensioen of ouderdomspensioen) dan kan het bedrag van € 75.000 geheel of deels worden gebruikt voor een dergelijke inkoop (zie onderdeel 2.1.6 hiervóór). Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als zijn pensioenopbouwpercentage in het verleden fiscaal niet maximaal is geweest en dit pensioengat niet reeds is gedicht. De werkgever kan dan (een deel van) het bedrag van € 75.000 rechtstreeks storten bij een pensioenuitvoerder.

NB 2: Bij de berekening van de omvang van de stamrechttruimte zijn de volgende eventuele omstandigheden niet van belang:

- (de omvang van) inkomsten van X uit andere of nieuwe bronnen
- vervroeging van het prepensioen of het ouderdomspensioen van X
- de wens van X om door te blijven werken en de lengte van die gewenste doorwerkperiode.

NB 3: Om redenen van eenvoud is afgezien van het contant maken van de toekomstige bedragen uit het voorbeeld.

3. Het begrip 'gederfd' loon

Net als 'te derven loon' heeft ook het begrip 'gederfd loon' in de Wet LB een specifieke betekenis. Wil sprake zijn van vervanging van gederfd loon dan moet de werknemer rechtens aanspraak hebben gehad op het loon dat wordt gemist en dat wordt vervangen door het stamrecht. Voor gederfd loon is het niet voldoende dat de werknemer het loon onder normale omstandigheden zou hebben genoten of dat hij de – al dan niet door de werkgever gewekte – reële verwachting heeft mogen hebben dat het loon zou worden uitgekeerd. Er mag geen sprake zijn van een achteraf vastgestelde extra beloning, hoe redelijk die ook mag zijn. Zie Hoge Raad 4 januari 1989, rolno. 25 310 (LJN ZC3960) en Hoge Raad 17 juni 1992, rolno. 27 048 (LJN ZC5016).

In tegenstelling tot het begrip 'te derven loon' wordt het begrip 'gederfd loon' dus niet geobjectiveerd. Een voordeel uit dienstbetrekking dat onder normale omstandigheden zou zijn genoten, speelt bij gederfd loon geen rol als geen recht heeft bestaan op dat voordeel.

Voorbeeld:

Werknemer X heeft jarenlang in eigen beheer bij zijn BV pensioen opgebouwd als DGA. Na de verkoop van de aandelen van de BV blijft hij bij de BV werken in dienstbetrekking. Hij bouwt geen pensioen meer op. Op de pensioendatum wil de werkgever hem een stamrecht toekennen wegens de na de verkoop gemiste pensioenopbouw, dan wel voor de in de toekomst te missen pensioenuitkeringen.

Uitwerking:

X heeft enige jaren pensioenopbouw gemist. Toch dient het stamrecht dat hem wordt toegekend niet ter vervanging van gederfd loon. Hij heeft namelijk nooit recht gehad op die pensioenopbouw. Integendeel: de werkgever heeft hem juist geen

pensioenrechten toegekend. Zelfs indien de werkgever in het onderhavige geval de verwachting zou hebben gewekt dat hij (werkgever) zou voorzien in het tekort aan pensioenopbouw dan is dat niet voldoende. Ook is niet voldoende de eventuele omstandigheid dat X naar objectieve maatstaven een te geringe arbeidsbeloning heeft gehad in de jaren na de verkoop van de aandelen. Het stamrecht kan ook niet belastingvrij dienen ter vervanging van in de toekomst (na de pensioendatum) te derven loon (te lage pensioenuitkeringen). Voor de manier waarop in inkomen kan worden voorzien na de pensioendatum heeft de wetgever in de hoofdstukken IIB en VIII van de Wet LB een uitgebreid en gesloten systeem ontworpen. Het is niet mogelijk de regels voor dit systeem door middel van een stamrecht te ontgaan. De aangewezen weg om in het bovenstaande geval het pensioen aan te vullen is door middel van een aanvullende pensioenovereenkomst die valt binnen de grenzen van de genoemde hoofdstukken van de Wet LB en die voldoet aan de eisen van de Pensioenwet.

NB Zou X – anders dan gegeven is - na de verkoop van de aandelen wel een pensioen bij de BV hebben opgebouwd en zou hij vervolgens door de BV zijn ontslagen dan zou in beginsel wel een stamrecht mogelijk zijn geweest (mede) voor de vanaf het ontslag tot de reguliere pensioendatum te derven pensioenopbouw. Zie onderdeel 2.2.3.