

Uitkeringen uit kapitaalverzekering met lijfrenteclausule niet gefaciliteerd te gebruiken voor opheffing pensioentekort. Uitkeringen terecht belast

LJN: BZ0362, Gerechtshof 's-Hertogenbosch , 11/00661, 11/00662 en 11/00663

Datum uitspraak:
18-01-2013

Datum publicatie:
01-02-2013

Rechtsgebied:
Belasting

Soort procedure:
Hoger beroep

Inhoudsindicatie:

Belanghebbende is met zijn BV, waarvan hij directeur en enig aandeelhouder is, een pensioenregeling overeengekomen. Belanghebbende heeft zijn arbeidsovereenkomst met de BV aangevuld met drie addenda, gericht op opheffing van het pensioentekort. Volgens de addenda zal belanghebbende daartoe de uitkeringen op drie polissen van levensverzekering (met lijfrenteclausule) gebruiken en extra pensioenpremies op zijn salaris laten inhouden. Niet in geschil is dat ten minste tot het bedrag van de uitkeringen op de polissen sprake is van een pensioentekort. Belanghebbende ontvangt in 2006 en 2007 de uitkeringen op de polissen in privé en stort deze uiteindelijk niet door naar zijn BV. Het Hof beslist dat de uitkeringen op de polissen terecht tot het inkomen uit werk en woning zijn gerekend en dat geen sprake is van C-polissen. Wel staat het Hof toe dat voor het jaar 2006 rekening wordt gehouden met inhouding van een extra premie. Het beroep van belanghebbende op het vertrouwensbeginsel verwerpt het Hof omdat niet aannemelijk is gemaakt dat de Inspecteur heeft toegezegd dat belanghebbende hoe dan ook tot het bedrag van het pensioentekort een fiscale faciliteit krijgt.

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH
Sector belastingrecht
Vierde meervoudige Belastingkamer

Kenmerk: 11/00661, 11/00662 en 11/00663

Uitspraak op de hoger beroepen van

de heer X, wonende te Y,
hierna: belanghebbende,

tegen de uitspraken van de Rechtbank Breda (hierna: de Rechtbank) van 5 september 2011, nummers AWB 10/542, 10/543 en 10/544, in het geding tussen

belanghebbende,

en

de inspecteur van de Belastingdienst Oost Brabant,
hierna: de Inspecteur,

betreffende na te noemen aanslagen.

1. Ontstaan en loop van het geding

1.1. Aan belanghebbende zijn aanslagen inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen opgelegd naar belastbare inkomens van:

- € 167.187 (belastbaar inkomen uit werk en woning; hierna: Box I), respectievelijk € 19.006 (belastbaar inkomen uit sparen en beleggen; hierna: Box III), over het jaar 2005, aanslagnummer 0000.00.000.H.56;

- € 680.163 (Box I), respectievelijk € 31.680 (Box III), over het jaar 2006, aanslagnummer 0000.00.000.H.66);

- € 466.896 (Box I), respectievelijk € 48.106 (Box III), over het jaar 2007, aanslagnummer 0000.00.000.H.76.

Na daartegen gemaakt bezwaar heeft de Inspecteur bij uitspraken van 11 januari 2010 de aanslag over het jaar 2006 verminderd tot een berekend naar een belastbaar inkomen van € 246.277 (Box I), respectievelijk € 31.680 (Box III) en de aanslagen over de jaren 2005 en 2007 gehandhaafd.

1.2. Belanghebbende is van deze uitspraken in beroep gekomen bij de Rechtbank. Ter zake van deze beroepen heeft de griffier van de Rechtbank in elk van voornoemde zaken van belanghebbende een griffierecht geheven van € 41.

De Rechtbank heeft het beroep betreffende de aanslag over het jaar 2005 gegrond verklaard, de uitspraak op bezwaar vernietigd, de aanslag verminderd tot een berekend naar een belastbaar inkomen van € 117.687 (Box I), respectievelijk van € 19.006 (Box III), en gelast dat de Inspecteur het door belanghebbende betaalde griffierecht van € 41 aan deze vergoedt.

De beroepen betreffende de aanslagen over de jaren 2006 en 2007 zijn door de Rechtbank ongegrond verklaard.

1.3. Tegen deze drie uitspraken heeft belanghebbende hoger beroep ingesteld bij het Hof. Ter zake van deze beroepen heeft de griffier van belanghebbende - in de procedure met nummer 11/00661 - een griffierecht geheven van € 112.

De Inspecteur heeft verweerschriften ingediend.

1.4. Belanghebbende heeft, naar het Hof begrijpt, uitsluitend in de procedure met nummer 11/00661 schriftelijk gerepliceerd. De Inspecteur heeft daarop schriftelijk gedupliceerd.

1.5. Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgehad op 11 april 2012 te 's-Hertogenbosch. Aldaar zijn toen verschenen en gehoord belanghebbende, alsmede de Inspecteur. De procedures met nummers 11/00661, 11/00662 en 11/00663 zijn toen gelijktijdig behandeld.

1.6. Belanghebbende heeft te dezer zitting een pleitnota voorgedragen en exemplaren daarvan overgelegd aan het Hof en aan de wederpartij. Belanghebbende heeft verklaard dat de bij de pleitnota gevoegde kredietovereenkomst, arbeidsovereenkomst (inclusief addenda) en de pensioenbrieven als niet overgelegd moeten worden beschouwd. De Inspecteur heeft verklaard geen bezwaar te hebben tegen overlegging van de overige vijf bij deze pleitnota behorende bijlagen.

1.7. Het Hof heeft het onderzoek ter zitting geschorst, en daarbij bepaald dat het vooronderzoek wordt hervat. Vervolgens heeft het Hof partijen verzocht schriftelijk inlichtingen te geven en/of onder hen berustende stukken in te zenden, aan welk verzoek zij hebben voldaan.

Van deze zitting is een proces-verbaal opgemaakt, dat in afschrift aan partijen is verzonden.

1.8. Met toestemming van partijen heeft het Hof bepaald dat de nadere zitting achterwege blijft. Het Hof heeft vervolgens het onderzoek gesloten.

2. Feiten

Op grond van de stukken van het geding en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het Hof komen vast te staan:

2.1. Belanghebbende, geboren op 4 april 1941, is directeur en enig aandeelhouder van A B.V. te Y (hierna: de BV). De activiteiten van de BV bestaan uit advisering en financiële en economische dienstverlening.

2.2. Belanghebbende heeft met de BV op 1 mei 1992 een arbeidsovereenkomst gesloten. Deze overeenkomst is aangevuld met drie addenda: van 1 december 2003, van 1 oktober 2006 en van 1 december 2007. Van deze addenda bevinden zich afschriften bij de stukken van het geding.

2.3. Tot de passiva van de BV behoort een pensioenvoorziening. De stand van deze pensioenvoorziening werd in de onderhavige jaren jaarlijks verhoogd met het bedrag van de pensioendotatie en rente. Per 31 december 2004 bedroeg de stand van de pensioenvoorziening € 476.801.

2.4. Belanghebbende was tevens verzekeringnemer van een drietal verzekeringen bij B N.V. te C (hierna: B), te weten:

- een kapitaalverzekering met lijfrenteclausule met polisnummer 0000000-000-014, afgesloten per 31 december 1981, met een verzekerd bedrag van f 803.907,72. Blijkens het polisblad vormt deze verzekering de voortzetting van de eerder gesloten verzekering onder nummer 0000000-000-006. Deze polis heeft uiteindelijk geleid tot een uitbetaling in 2007 van € 397.522;

- een kapitaalverzekering met lijfrenteclausule met polisnummer 0000000-000-015, afgesloten per 31 december 1981, met een verzekerd bedrag van f 79.578,65. Blijkens het polisblad vormt deze verzekering de voortzetting van de eerder gesloten verzekeringen onder de nummers 0000000-000-002, 003, 004, 007, 008, 010, 011 en 013. Deze polis heeft uiteindelijk geleid tot een uitbetaling in 2007 van € 36.364; en

- een levensverzekering met polisnummer 0000000-111-005, afgesloten per 31 december 1984, met een verzekerd bedrag van f 74.830,88. Blijkens het polisblad betreft dit een verzekeringsovereenkomst als bedoeld in artikel 2, lid 4, onder B, van de Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna: PSW). Deze polis heeft uiteindelijk geleid tot een uitbetaling in 2006 van € 41.368.

De uitbetalingen van de genoemde verzekeringen, totaal groot € 475.254, zijn door belanghebbende in privé ontvangen. Belanghebbende heeft met de uitkeringen geen lijfrenten aangekocht.

2.5. Bij brief van 31 augustus 2005 heeft belanghebbende aan de Inspecteur het voornemen kenbaar gemaakt de afkoopwaarde van voornoemde verzekeringen over te hevelen naar de BV om daarmee de pensioenvoorziening in de BV aan te vullen.

Bij brief van 21 september 2005 heeft belanghebbende aan de Inspecteur voorgesteld om de pensioenvoorziening in de BV aan te vullen door middel van inkoop van dienstjaren. Tussen partijen heeft vervolgens uitvoerige correspondentie plaatsgevonden. De Inspecteur heeft voor de uitvoering van deze voornemens geen goedkeuring verleend.

2.6. Op 4 april 2006 heeft belanghebbende de pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar bereikt. Met ingang van 1 april 2009 ontvangt belanghebbende pensioenuitkeringen uit de BV.

2.7. In het "Addendum op arbeidsovereenkomst d.d. 1-5-1992" van 1 december 2003 is tussen belanghebbende en de BV het navolgende overeengekomen, voor zover te dezen van belang:

"Artikel 1.

De bestaande arbeidsovereenkomst laatstelijk gewijzigd d.d. 1-12-00 blijft ongewijzigd.

Artikel 2.

Onder voorbehoud akkoord inspecteur VPB en IB, wordt de pensioenovereenkomst als volgt aangepast.

A. Het pensioen van Eur 23.144,42 gaat nu pas in op 1-4-2006 en wordt jaarlijks zoals gebruikelijk f.55.353,58 (25.118,36) gedoteerd tot eind 2005.

B. Er wordt ten laste van de winst 2003 een indexatie/rente voorziening getroffen van EUR. 50.000 waarvan 10.000 ten laste van de voorziening nog uit te betalen salaris. Het bedrag na VPB wordt toegevoegd aan het vermogen.

C. Het onder A genoemde pensioen wordt op 1-4-2006 verhoogd met een volgens actuariële grondslagen te bepalen pensioen verhoging. Hierbij wordt rekening gehouden met de som van de bestaande pensioenvoorziening bij de B.V., de pensioentoezeggingen van derden aan ondergetekende sub 2, de via B te ontvangen kapitaalsommen en de rentestand en inflatie, een en ander naar de stand van ultimo 2005.

D. Op grond van deze berekening wordt de nieuwe pensioengrondslag bepaald en een nieuwe pensioenbrief vervaardigd die 100% van het pensioen gevend salaris niet zal overschrijden."

In het "Addendum 4 op arbeidsovereenkomst d.d. 1-5-1992" van 1 oktober 2006 (hierna ook: Addendum 4) is tussen belanghebbende en de BV het navolgende overeengekomen, voor zover te dezen van belang:

"Artikel 1.

De bestaande arbeidsovereenkomst laatstelijk gewijzigd d.d. 1-12-00 blijft ongewijzigd met dien verstande dat besloten is het salaris 2005 van ondergetekende sub 2 te verhogen naar 165.000 Euro per jaar gezien de uitstekende resultaten 2005 en 2006 met batenstijgingen van meer dan 50% t.o.v. voorgaande jaren en met goede vooruitzichten naar de toekomst, geheel te danken aan ondergetekende sub 2.

Artikel 2. Het pensioen opgebouwd bij voorgaande werkgevers voor 1990 ad. 48.812,85 resulterend in pensioentekort, wordt aangevuld door de B.V.

Artikel 4. De totale pensioenlast ex art. 1 en 2 bedraagt 562.937,74 EUR.

Artikel 5.

Onder voorbehoud akkoord inspecteur VPB en IB, wordt de pensioenovereenkomst als volgt aangepast.

A. Het pensioen van Eur. 72.801,33 gebaseerd op $40 \times 2\% = 80\%$ OP, gaat nu pas in op 1-4-2009.

B. De B.V. neemt eenmalig EUR. 82.937,74 van genoemde 562.937,74 EUR voor haar rekening in 2005.

C. Voor het restant ad 480.000 EUR verplicht ondergetekende sub 2 zich de gehele afkoopsom van de kapitaalpolissen B aan te wenden als bijdrage in de pensioenkosten van de B.V. onder het voorbehoud en nadat de inspecteur akkoord is met de nieuwe pensioenregeling.

D. Vooruitlopend op dit akkoord is ondergetekende akkoord met een eenmalige looninhouding van 165.000 over 2005. Het restant (480.000-165.000) ad 315.000 EUR zal worden gefinancierd via 2 jaarlijkse looninhoudingen van 105.000, in totaal 315.000 maar pas nadat inspecteur akkoord heeft gegeven."

In het "Addendum 5 op arbeidsovereenkomst d.d. 1-5-1992" van 1 december 2007 (hierna: Addendum 5) is tussen belanghebbende en de BV het navolgende overeengekomen, voor zover te dezen van belang:

"Artikel 1.

De bestaande arbeidsovereenkomst laatstelijk gewijzigd d.d. 1 oktober 2006 blijft ongewijzigd met dien verstande dat besloten is het salaris 2007 van ondergetekende sub 2 te verhogen naar 190.000 Euro per jaar gezien de uitstekende resultaten 2007 met goede vooruitzichten naar de toekomst, geheel te danken aan ondergetekende sub 2.

Artikel 2. Na uitvoering van het laatste addendum 4 op de arbeidsovereenkomst (zonder goedkeuring belastingdienst) is nu overeengekomen dat over 2007 de backservice lasten ad. €105.587 geheel ten laste van ondergetekende sub 2 komen en dat de kosten van oprenten ad.

€ 41.589,57 geheel tel laste van ondergetekende sub 1 komen."

2.8. Over het jaar 2005 heeft belanghebbende samen met zijn echtgenote aangifte inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen (hierna: IB/PH) gedaan. Hierbij zijn per abuis hun inkomensgegevens verwisseld. Bij het verwerken van de gegevens uit de beide aangiften heeft de Inspecteur deze verwisseling rechtgetrokken. Belanghebbende heeft bedoeld aangifte te doen naar een belastbaar inkomen van € 2.187 (Box I), respectievelijk van € 19.006 (Box III). Belanghebbende heeft daarbij een bedrag aan loon uit tegenwoordige dienstbetrekking aangegeven van nihil. Dit is het resultaat van het (verhoogde) bruto salaris

over 2005 van € 165.000, verminderd met de inhouding van pensioenpremies voor hetzelfde bedrag, conform het addendum van 1 oktober 2006 (zie 2.7).

2.9. De uitbetaling van het salaris van € 165.000 en de inhouding van pensioenpremies tot hetzelfde bedrag zijn in de administratie van de BV verwerkt via de rekening-courant met belanghebbende. De betreffende boekingen (boekingsnummer 333 en 335) hebben in de administratie een boekingsdatum van 31 december 2005 en zijn ingevoerd na afloop van het boekjaar, op 1 april 2006.

2.10. Bij het opleggen van de definitieve aanslag IB/PH 2005 is de Inspecteur van de aangifte afgeweken en heeft de aftrek van de pensioenpremies van € 165.000 geweigerd. Na daartegen gemaakt bezwaar is de aanslag gehandhaafd.

2.11. Over het jaar 2006 heeft belanghebbende samen met zijn echtgenote aangifte IB/PH gedaan en hierbij wederom de inkomensgegevens verwisseld. Bij het verwerken van de gegevens uit de beide aangiften heeft de Inspecteur deze verwisseling wederom rechtgetrokken. Belanghebbende heeft bedoeld aangifte te doen naar een belastbaar inkomen van € 246.777 (Box I), respectievelijk van € 31.680 (Box III), waarbij het belastbare inkomen in Box I als volgt is samengesteld:

Salaris BV € 165.000*
Pensioen D € 5.881
Pensioen E € 38.997
Uitbetaling B € 41.368
Saldo inkomsten eigen woning € 4.969 -/
€ 246.277

* Conform addendum d.d. 1 oktober 2006

2.12. In 2006 heeft belanghebbende geen gevolg gegeven aan de jaarlijkse looninhouding volgens het bepaalde in artikel 5, onderdeel D, van het addendum van 1 oktober 2006 van € 105.000.

2.13. De uitbetaling van het salaris over 2006 ad € 165.000 is in de administratie van de BV verwerkt via de rekening-courant met belanghebbende. De betreffende boeking (boekingsnummer 331) heeft in de administratie een boekingsdatum van 31 december 2006 en is ingevoerd na afloop van het boekjaar. Gedurende het jaar 2006 heeft op de rekening-courant geen boeking plaatsgevonden met betrekking tot doorbetaling van het door B in 2006 uitbetaalde het bedrag van € 41.368.

2.14. Bij het opleggen van de definitieve aanslag IB/PH 2006 is de Inspecteur van de aangifte afgeweken en heeft hij het belastbare inkomen in Box I van € 246.277 verhoogd met de in 2.4 bedoelde uitbetalingen van € 397.522 en € 36.364. Na bezwaar heeft de Inspecteur de aangebrachte correctie van in totaal € 433.886 ongedaan gemaakt en de aanslag alsnog conform de aangifte vastgesteld naar een verzamelinkomen van € 277.957.

2.15. Over het jaar 2007 heeft belanghebbende aangifte IB/PH gedaan naar een belastbaar inkomen in Box I van € 466.896 en in Box III van € 48.106. Het belastbaar inkomen in Box I is als volgt samengesteld:

€
Salaris BV 190.000*
Af: bijdrage pensioen 105.000 -/
Pensioen D 8.507
Pensioen E 51.997
Uitbetaling B 433.886
Af: backservicekosten 105.587 -/
Saldo inkomsten eigen woning 6.907 -/
466.896

* Conform addendum d.d. 1 december 2007

2.16. De uitbetaling van het salaris van € 190.000 en de inhouding van pensioenpremies van € 105.000 zijn in de administratie van de BV verwerkt via de rekening-courant met belanghebbende. De betreffende boekingen (boekingsnummer 267 en 272) hebben in de administratie een boekingsdatum van 31 december 2007 en zijn ingevoerd na afloop van het boekjaar. Over het jaar 2007 hebben op de rekening-courant geen boekingen plaatsgevonden met betrekking tot doorbetaling van de door B in 2007 uitbetaalde bedragen van in totaal € 433.886.

2.17. Bij het opleggen van de definitieve aanslag IB/PH 2007 heeft de Inspecteur de aangifte gevolgd. Na daartegen gemaakt bezwaar is de aanslag gehandhaafd.

3. Geschil, alsmede standpunten en conclusies van partijen

3.1. Het geschil betreft het antwoord op de volgende vragen:

1. Kan belanghebbende de van B ontvangen uitkeringen van in totaal € 475.254 fiscaal geruisloos overhevelen naar de BV?

2. Kan belanghebbende in verband met een pensioentekort uit een vorig dienstverband een beroep doen op de regeling inzake inkoop van dienstjaren bij de BV (artikel 10a, lid 2, Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965, hierna: UB LB) en, zo ja, tot welke bedragen?

3. Heeft de Inspecteur het vertrouwensbeginsel geschonden?

Belanghebbende is van mening dat deze vragen bevestigend moeten worden beantwoord. De Inspecteur is de tegenovergestelde opvatting toegedaan.

3.2. Partijen doen hun standpunten in hoger beroep steunen op de gronden, welke daartoe door hen zijn aangevoerd in de van hen afkomstige stukken, van al welke stukken de inhoud als hier ingevoegd moet worden aangemerkt. Voor hetgeen hieraan ter zitting is toegevoegd, wordt verwezen naar het van deze zitting opgemaakte proces-verbaal.

3.3. Belanghebbende concludeert, naar het Hof verstaat, tot gegrondverklaring van de hoger beroepen, tot vernietiging van de uitspraken van de Rechtbank, tot vernietiging van de uitspraken van de Inspecteur en tot vaststelling van de aanslagen naar belastbare inkomens van:

- € 2.187 (Box I), respectievelijk € 19.006 (Box II), over het jaar 2005,
- € 81.777 (Box I), respectievelijk € 31.680 (Box II), over het jaar 2006, en
- € 421.896 (Box I), respectievelijk € 48.106 (Box III), over het jaar 2007.

De Inspecteur concludeert tot bevestiging van de uitspraken van de Rechtbank.

4. Gronden

Ten aanzien van het geschil

Eerste vraag

4.1.1. Vaststaat dat belanghebbende ter zake van de van B ontvangen uitkeringen uit de kapitaalverzekeringen met lijfrenteclausule geen lijfrenten heeft aangekocht. Alsdan is sprake van afkoop (vgl. Hoge Raad 16 september 1981, nr. 20 279, BNB 1982/15). De uitkeringen moeten derhalve worden aangemerkt als belastbare uitkeringen en verstrekkingen uit een inkomensvoorziening als bedoeld in artikel 3.100 van de Wet inkomstenbelasting 2001, in verbinding met artikel 1, onderdeel O, lid 1, onderdeel a, van de Invoeringswet Wet inkomstenbelasting 2001.

4.1.2. Voor zover belanghebbende bedoelt te stellen dat het bij B opgebouwde kapitaal kan worden overgedragen aan de BV, omdat de betreffende polissen - bij een materiële interpretatie daarvan - als C-polissen in de zin van artikel 2, lid 4, letter c, van de PSW, moeten worden aangemerkt, kan die stelling niet

worden gevolgd, reeds omdat belanghebbende met hetgeen hij heeft aangevoerd niet aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van C-polissen. Uit de tekst van de polissen bij B blijkt niet dat sprake is van C-polissen, noch anderszins heeft belanghebbende bewijs aangedragen dat een kwalificatie als C-polissen rechtvaardigt. Reeds hierom faalt belanghebbendes betoog derhalve.

4.1.3. Met de Inspecteur is het Hof voorts van oordeel dat de BV niet aangemerkt kan worden als toegelaten verzekeraar in de zin van artikel 19a van de Wet LB. Ook om die reden kan reeds geen sprake zijn van fiscaal geruisloze overdracht naar de BV van het bij B opgebouwde kapitaal.

4.1.4. Het gelijk met betrekking tot de eerste vraag is aan de zijde van de Inspecteur.

Tweede vraag

Het jaar 2005

4.2.1. Ten aanzien van het jaar 2005 heeft de Rechtbank het volgende overwogen:

"2.6. Op grond van het bepaalde in artikel 3.81 Wet inkomstenbelasting 2001, wordt onder 'loon' verstaan het loon overeenkomstig de wettelijke bepalingen van de loonbelasting. Artikel 13a, eerste lid, van de Wet op de loonbelasting (Wet Lb) bepaalt dat loon wordt beschouwd te zijn genoten op het tijdstip waarop het betaald of verrekend wordt, ter beschikking van de werknemer wordt gesteld of rentedragend wordt of vorderbaar en tevens inbaar wordt. Artikel 11, lid 1, aanhef en letter j van de Wet Lb bepaalt, voor zover hier van belang, dat tot het loon niet behoren, bedragen die worden ingehouden als bijdrage ingevolge een pensioenregeling. Inhouden is volgens de Hoge Raad, 22 juli 1981, BNB 1981/305 en BNB 1981/306, het van het loon afzonderen van de later af te dragen loonbelasting en premies.

2.7. Uit het in 2.2 genoemde addendum van 1 oktober 2006 blijkt dat eerst in 2006 tussen belanghebbende en de BV is overeengekomen dat het salaris over 2005 zou worden verhoogd tot € 165.000 onder gelijktijdige inhouding van datzelfde bedrag als bijdrage in de pensioenkosten van de BV. Ter zitting heeft belanghebbende bevestigd, dat in 2005 geen boekingen hebben plaatsgevonden met betrekking tot deze € 165.000 aan loon en inhouding op het loon. De bedragen zijn blijkbaar ook niet rentedragend geworden in 2005. Naar het oordeel van de rechtbank kan dan niet worden gezegd dat belanghebbende als gevolg van de afspraken uit 2006 reeds in 2005 enig bedrag aan loon heeft genoten of enig bedrag aan pensioenbijdrage bij wege van inhouding op het loon heeft betaald. Dat betekent dat voor 2005 moet worden uitgegaan van het in dat jaar door de BV feitelijk betaalde loon van nihil.

2.8. Tussen partijen is niet in geschil dat een gebruikelijk loon als bedoeld in artikel 12a Wet Lb voor belanghebbende € 165.000 zou bedragen. Zoals is overwogen in 2.7. is aan belanghebbende in 2005 geen loon door de BV uitgekeerd. Op grond van het bepaalde in artikel 12a in verbinding met artikel 13a, lid 3, van de Wet Lb dient het loon dan te worden vastgesteld op een zodanig bedrag dat het niet in belangrijke mate afwijkt van hetgeen gebruikelijk is. Derhalve bepaalt de rechtbank het loon voor belanghebbende in 2005 op 70% van € 165.000 of € 115.500. Het belastbaar inkomen uit werk en woning dient dan met € 49.500 (€ 165.000 -/- € 115.500) naar beneden te worden bijgesteld en wordt € 117.687. In zoverre is het beroep gegrond."

4.2.2. Uit het door het Hof aan de Inspecteur opgedragen nadere onderzoek naar de administratie van belanghebbende is gebleken, dat de boekingen met betrekking tot het loon en de inhouding van pensioenpremies over 2005 hebben plaatsgevonden op 1 april 2006 (invoerdatum). De boekingen zijn in de administratie verwerkt per datum 31 december 2005 (boekingsdatum). Uit deze stukken moet worden afgeleid dat, gelijk ook de Rechtbank uit de door belanghebbende afgelegde verklaringen heeft opgemaakt, het loon op grond van artikel 13a van de Wet LB is genoten op 1 april 2006.

Belanghebbendes beroep op het "Haviltex-criterium" (arrest Hoge Raad 13 maart 1981, nr. 11 647, LJN AG4158) betreffende het addendum van 1 oktober 2006 kan hem niet baten, nu in het jaar 2005 geen uitbetalingen van loon respectievelijk geen inhoudingen van pensioenpremies hebben plaatsgevonden.

4.2.3. Met hetgeen belanghebbende voor het overige heeft aangevoerd heeft hij niet aannemelijk gemaakt dat de Rechtbank ten onrechte het gebruikelijk loon op 70% van € 165.000, zijnde € 115.500, heeft

vastgesteld. De uitspraak van de Rechtbank is daarom juist. Het hoger beroep van belanghebbende betreffende het jaar 2005 is ongegrond.

Het jaar 2006

4.2.4. Ten aanzien van het jaar 2006 heeft de Rechtbank overwogen:

"2.7. Op grond van het bepaalde in artikel 3.81 Wet inkomstenbelasting 2001, wordt onder 'loon' verstaan het loon overeenkomstig de wettelijke bepalingen van de loonbelasting. Artikel 11, lid 1, aanhef en letter j van de Wet Lb bepalen, voor zover hier van belang, dat tot het loon niet behoren, bedragen die worden ingehouden als bijdrage ingevolge een pensioenregeling. Inhouden is volgens de Hoge Raad, 22 juli 1981, BNB 1981/305 en BNB 1981/306, het van het loon afzonderen van de later af te dragen loonbelasting en premies. Loon wordt beschouwd te zijn genoten op het tijdstip waarop het wordt betaald, verrekend, ter beschikking van de werknemer gesteld of rentedragend wordt dan wel vorderbaar en tevens inbaar wordt (artikel 13a Wet Lb).

2.8. In 2006 is een loon uitgekeerd (geboekt in rekening-courant) van € 165.000. Belanghebbende heeft ter zitting erkend dat daar tegenover geen tegenboeking van ingehouden pensioenpremies (ad € 105.000) is gedaan. Derhalve is geen sprake van ingehouden pensioenpremies tot een bedrag van € 105.000. Uit de gedingstukken kan evenmin worden afgeleid dat ten laste van belanghebbende in het kader van zijn pensioentekort in 2006 enig bedrag door de BV is ingehouden noch dat in dat jaar anderszins enig bedrag ten laste van belanghebbende is gekomen. De rechtbank acht niet aannemelijk dat sprake is geweest van negatief loon. Het uitgekeerde salaris van € 165.000 is dan terecht volledig belast. De aanslag is juist.

2.9. De rechtbank heeft bij uitspraak van heden in de zaak met rolnummer 10/542 geoordeeld dat de afspraak die in het in 2.2 genoemde addendum voor het jaar 2005 is gemaakt, niet in dat jaar is uitgevoerd en derhalve geen fiscale consequenties heeft voor 2005. Indien wordt aangenomen dat die afspraak wel in 2006 ten uitvoer is gebracht (betaling van een loon van € 165.000 onder inhouding van datzelfde bedrag voor pensioen) heeft dat geen gevolgen voor de onderhavige aanslag. De rechtbank zal derhalve in het midden laten of die afspraak in 2006 is uitgevoerd. De inspecteur heeft dat overigens bestreden."

4.2.5. Zoals overwogen onder 4.2.2 is uit het door het Hof aan de Inspecteur opgedragen nadere onderzoek naar de administratie van belanghebbende gebleken, dat de boekingen met betrekking tot het loon en de inhouding van pensioenpremies over het jaar 2005 hebben plaatsgevonden op 1 april 2006 (invoerdatum).

Anders dan de Rechtbank, concludeert het Hof dat de over het jaar 2005, via verrekening op 1 april 2006 in rekening-courant, ingehouden pensioenpremies ten bedrage van € 165.000 aan 2006 toegerekend moeten worden. Over het jaar 2006 heeft geen additionele inhouding van pensioenpremies plaatsgevonden.

4.2.6. Voor de vraag of belanghebbende voor het jaar 2006 recht heeft op aftrek van de in 2006 verrekende pensioenpremies is van belang, dat de Inspecteur ter zitting van het Hof desgevraagd heeft verklaard, dat het pensioentekort van belanghebbende ten minste het bedrag van de afkoopsommen van de door belanghebbende bij B gesloten levensverzekeringen bedraagt. Daarmee heeft de Inspecteur, naar het oordeel van het Hof (impliciet) aangegeven dat belanghebbende een beroep kan doen op de regeling van inkoop van dienstjaren bij de BV wegens een pensioentekort uit een vorig dienstverband, als bedoeld in artikel 10a, lid 2, UB LB, tot maximaal het bedrag van de meerbedoelde afkoopsommen van € 475.254 (zie 2.4).

Belanghebbende heeft in het jaar 2006 via verrekening in rekening-courant een bedrag van € 165.000 aan eigen pensioenbijdrage in de BV gestort. Dat is dan ook gelet op hetgeen hiervoor onder 4.2.5 is overwogen, naar het oordeel van het Hof het maximaal aan het jaar 2006 in het kader van meergenoemd artikel 10a toe te rekenen bedrag. Belanghebbendes hoger beroep is in zoverre gegrond.

4.2.7. De Inspecteur heeft zich in dit verband op het standpunt gesteld, dat indien het bedrag van € 165.000 in aftrek zou worden toegelaten, het gebruikelijk loon van artikel 12a van de Wet LB op nihil zou uitkomen, hetgeen in strijd zou zijn met de bedoeling van die wettelijke bepaling.

Het Hof volgt dat standpunt van de Inspecteur niet. Zoals de Inspecteur in de stukken van het geding ook heeft beaamd, strekt de regeling van gebruikelijk loon ertoe te voorkomen dat directeuren-grotoaandeelhouders door middel van het geheel of gedeeltelijk afzien van een gebruikelijk loon de heffing van inkomstenbelasting ontgaan of onbedoelde voordelen behalen in de sfeer van de sociale zekerheid en andere inkomensafhankelijke voorzieningen. Van zo een geval is hier naar het oordeel van het Hof echter geen sprake.

Vaststaat dat belanghebbende een pensioentekort heeft van ten minste het bedrag van € 475.254. Door de eigen bijdrage in 2006 van € 165.000 is dat bedrag bij lange na niet bereikt. Van het ontgaan van inkomstenbelasting of het behalen van een onbedoeld voordeel is geen sprake.

Daarbij komt nog, dat indien het standpunt van de Inspecteur zou worden gevolgd, de mogelijkheid, die het meergenoemd artikel 10a biedt (inkoop van dienstjaren wegens pensioentekort uit een vorig dienstverband) in wezen illusoir zou worden, nu een dergelijke inkoop doorgaans - en ook in dit geval - betrekking heeft op meerdere jaren en daardoor per definitie een substantieel bedrag behelst.

4.2.8. Voor zover de Inspecteur stelt dat Addendum 4 door het daarin gemaakte voorbehoud niet in werking is getreden als gevolg van het "Haviltex-criterium", volgt het Hof de Inspecteur daarin niet. Vaststaat dat belanghebbende via verrekening in rekening-courant een bedrag van € 165.000 in de BV heeft gestort als pensioenbijdrage, waarmee - in elk geval gedeeltelijk - Addendum 4 tussen de daarbij betrokken partijen (belanghebbende en de BV) is nagekomen. Voorts staat vast dat het bedrag van € 165.000 lager is dan het door de Inspecteur toegegeven bedrag aan pensioentekort, waarmee in wezen aan het gemaakte voorbehoud is voldaan. Het Hof ziet gelet op het vorenoverwogene dan ook geen reden om de pensioendotatie van € 165.000 niet te accepteren. Het hoger beroep van belanghebbende is in zoverre gegrond.

Het jaar 2007

4.2.9. Ten aanzien van het jaar 2007 heeft de Rechtbank overwogen:

"2.7. Op grond van het bepaalde in artikel 3.81 Wet inkomstenbelasting 2001, wordt onder 'loon' verstaan het loon overeenkomstig de wettelijke bepalingen van de loonbelasting. Artikel 11, lid 1, aanhef en letter j van de Wet op de loonbelasting 1964 bepalen, voor zover hier van belang, dat tot het loon niet behoren, bedragen die worden ingehouden als bijdrage ingevolge een pensioenregeling. Inhouden is, volgens de Hoge Raad, 22 juli 1981, BNB 1981/305 en BNB 1981/306, het afzonderen van de later af te dragen loonbelasting en premies.

2.8. Gesteld noch gebleken is dat het bedrag van € 45.000 in 2007 door de BV ten laste van belanghebbende is ingehouden. Uit de gedingstukken kan evenmin worden afgeleid dat belanghebbende in 2007 voormeld bedrag als bijdrage in zijn pensioen aan de BV heeft betaald of dat dat bedrag anderszins ten laste van belanghebbende is gekomen. De rechtbank acht dan ook niet aannemelijk dat sprake is van negatief loon tot dat bedrag. Belanghebbendes stelling kan niet slagen. Het gelijk is aan de inspecteur."

4.2.10. Uit het door het Hof aan de Inspecteur opgedragen nadere onderzoek naar de administratie van belanghebbende is niet gebleken van een boeking van € 45.000 in het jaar 2007. Met hetgeen belanghebbende voor het overige heeft aangevoerd heeft hij niet aannemelijk gemaakt dat de uitspraak van de Rechtbank onjuist is. Het hoger beroep van belanghebbende is in zoverre ongegrond.

Derde vraag

4.3.1. Belanghebbende stelt zich op het standpunt dat bij hem een in rechte te honoreren vertrouwen is gewekt, dat de door hem voorgestane werkwijze door de Inspecteur zou worden gevolgd op grond van de uitlatingen van de heer F van de Belastingdienst. Van deze stelling heeft belanghebbende geen bewijs overgelegd. De Inspecteur heeft de stelling van belanghebbende nadrukkelijk betwist. Naar het oordeel van het Hof heeft belanghebbende, tegenover de gemotiveerde betwisting door de Inspecteur, niet aannemelijk gemaakt dat de heer F, noch enig ander namens de Inspecteur optredend medewerker, een toezegging heeft gedaan, waaraan belanghebbende een in rechte te honoreren vertrouwen kon ontleenen.

4.3.2. In de van hem afkomstige stukken heeft belanghebbende gewezen op het feit dat de aanslagen vennootschapsbelasting ten name van de BV over de jaren 2003 en 2004 onherroepelijk zijn komen vast te staan. In de aan deze jaren ten grondslag liggende administratie van de BV is een extra pensioendotatie van € 50.000 verwerkt. Belanghebbende voert aan, dat met het opleggen van deze aanslagen de Inspecteur bij belanghebbende het in rechte te honoreren vertrouwen heeft gewekt, dat de Inspecteur akkoord was met de beoogde waardeoverdracht. Naar het oordeel van het Hof kan echter aan de enkele vaststelling van voornoemde aanslagen een dergelijk vertrouwen niet worden ontleend.

4.3.3. Belanghebbende heeft betoogd dat met het ondertekenen van Addendum 5 het voorbehoud dat was opgenomen in Addendum 4 is komen te vervallen. Daarmee is volgens belanghebbende de aftrek van de pensioenbijdrage in 2005 gerechtvaardigd en kan de Inspecteur zich nadien niet meer beroepen op een voorbehoud, dat is vervallen. Het Hof volgt belanghebbende hierin niet, reeds omdat niet gebleken is van enige bijdrage in 2005 door belanghebbende aan de BV in de sfeer van pensioenpremies.

4.3.4. Naar het oordeel van het Hof is geen sprake van enig in rechte te honoreren vertrouwen op grond waarvan de Inspecteur gehouden is zijn medewerking te verlenen aan hetgeen belanghebbende heeft beoogd, anders dan het Hof hiervoor reeds heeft overwogen. Al hetgeen belanghebbende dienaangaande voor het overige heeft aangevoerd, brengt hierin geen verandering.

Slotsom

4.4. De slotsom is dat het hoger beroep voor wat betreft het jaar 2006 (kenmerk Hof 11/00662) gegrond is en de hoger beroepen voor wat betreft de jaren 2005 (kenmerk Hof 11/00661) en 2007 (kenmerk Hof 11/00663) ongegrond zijn. De uitspraak van de Rechtbank nummer AWB 10/543 betreffende het jaar 2006 dient te worden vernietigd en de uitspraken van de Rechtbank nummers AWB 10/542 en 10/544 dienen te worden bevestigd.

Ten aanzien van het griffierecht

4.5. Nu de uitspraak van de Rechtbank nummer AWB 10/543 wordt vernietigd, dient de Staat aan belanghebbende het door hem ter zake van de behandeling van het beroep bij de Rechtbank en het hoger beroep bij het Hof betaalde griffierecht ten bedrage van € 41 respectievelijk € 112 (samenhangende zaken) te vergoeden.

Ten aanzien van de proceskosten

4.6. Hoewel het door belanghebbende ingestelde hoger beroep in de zaak kenmerk 11/00662 gegrond is, acht het Hof geen termen aanwezig de Inspecteur te veroordelen tot betaling van een tegemoetkoming in de proceskosten als bedoeld in artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht. Belanghebbende heeft namelijk niet aannemelijk gemaakt, en het Hof is ook ambtshalve niet gebleken, dat hij voor vergoeding in aanmerking komende kosten heeft gemaakt als bedoeld in artikel 1 van het Besluit proceskosten bestuursrecht.

5. Beslissing

Het Hof

- verklaart de hoger beroepen in de zaken kenmerk Hof 11/00661 en 11/00663 ongegrond;
- bevestigt de uitspraken van de Rechtbank kenmerk AWB 10/542 en 10/544;
- verklaart het hoger beroep in de zaak kenmerk Hof 11/00662 gegrond;
- vernietigt de uitspraak van de Rechtbank kenmerk AWB 10/543;
- verklaart het tegen de uitspraak van de Inspecteur bij de Rechtbank ingestelde beroep kenmerk AWB 10/543 gegrond;
- vernietigt de uitspraak van de Inspecteur in die zaak;

- vermindert de aanslag IB/PH 2006 tot een aanslag berekend naar een belastbaar inkomen uit werk en woning van € 81.777 en uit sparen en beleggen van ongewijzigd € 31.680;
- gelast dat de Staat aan belanghebbende het door deze ter zake van de behandeling van het beroep bij de Rechtbank het hoger beroep bij het Hof betaalde griffierecht ten bedrage van, in totaal, € 153 vergoedt.

Aldus gedaan op 18 januari 2013 door P.A.G.M. Cools, voorzitter, J.W. Huige en J. Swinkels in tegenwoordigheid van A.W.J. Strik, griffier. De beslissing is op die datum ter openbare zitting uitgesproken en afschriften van de uitspraak zijn op die datum aangetekend aan partijen verzonden.