

Fiscale kaders voor IB-ondernemers in bedrijfstak- of beroepspensioenregeling

Gepubliceerd in: Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 2013/44 (nr. 5)

Mr. J.A. Gielink CPL¹

Inleiding

Met ingang van 1 januari 2015 worden de fiscale kaders voor IB-ondernemers² die deelnemen aan een beroeps- of een bedrijfstakpensioenregeling in de wet vastgelegd.

Als onderdeel van de Wet overige fiscale maatregelen³ ('WOFM') is voor de zelfstandig ondernemers die verplicht deelnemen in een beroeps- of bedrijfstakregeling (hierna: 'beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling') het fiscale regime voor werknemerspensioen van overeenkomstige toepassing. Gegeven de grote verschillen tussen werknemers en ondernemers zijn specifieke regels voor deze groep in de wet opgenomen.

In 2005 is in de civielrechtelijke wetgeving al een voorschot genomen op deze aanpassing.⁴

Met ingang van 1 januari 2015 wordt in de Wet verplichte beroepspensioenregeling ('WVBPR')⁵ en de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (Wet Bpf 2000) de bepaling van toepassing dat pensioenregelingen uitgesloten zijn van verplichtstelling indien deze regelingen niet binnen de fiscale begrenzings van de loonbelasting voor aanvullende werknemerspensioenregelingen blijven. De fiscale begrenzings worden dus relevant voor de verplichtstelling voor beroeps- en bedrijfstakpensioenregelingen.⁶ Dit was fase één van het wetgevingstraject.

De opzet van verplichte bedrijfstak- en beroepspensioenregelingen wijkt op een aantal onderdelen aanmerkelijk af van werknemerspensioen, waardoor de noodzaak bestond om een invulling te geven aan het fiscale regime voor IB-ondernemers die verplicht deelnemen aan een bedrijfstak- of beroepspensioenregeling. Deze fiscale invulling wordt gegeven in de nieuwe wettelijke regeling, die in de WOFM is opgenomen.⁷ Dit is fase twee van het wetgevingsproces.

Onderzocht wordt nog door de regering of WVBPR, Wet Bpf 2000 en de Wet op het Notarisambt een beperkte wijziging nodig hebben naar aanleiding van de aanpassing op grond van de WOFM. Deze eventuele derde fase van het wetgevingsproces is nog niet geconcretiseerd. In dit artikel worden de wijzigingen op grond van de WOFM behandeld, de tweede fase derhalve.

De opgave voor de wetgever was om de IB-ondernemers zonder kleerscheuren in het fiscale regime voor werknemers in te passen. Aan het einde van deze bijdrage gaan wij na of dit gelukt is.

Opzet van verplichte beroepspensioenregelingen en bedrijfstakpensioenregelingen

Op grond van de Wet Bpf 2000 zijn de in de desbetreffende bedrijfstak werkzame werknemers verplicht aangesloten bij een bedrijfstakpensioenfonds. Indien er voldoende draagvlak bestaat binnen een bedrijfstak, wordt deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds verplicht gesteld door een verplichtstellingsbeschikking van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (art. 2 Wet Bpf 2000). Deze verplichtstelling geldt in nagenoeg alle gevallen alleen voor werknemers. In twee gevallen zijn echter ook zelfstandigen verplicht aangesloten. Het Bpf schilders geldt ook voor zelfstandig werkzame schilders en het Bpf Bouw is eveneens verplicht gesteld voor zelfstandig werkzame stucadoors.

De pensioenregeling dient voldoende solidariteitskenmerken te bevatten. Art. 8 Wet Bpf 2000 schrijft derhalve een voor alle deelnemers gelijke bijdrage, dat wil zeggen een gelijk percentage van het loon, voor (de zogenoemde doorsneepremie). Deze doorsneepremie is alleen voorgeschreven voor de verplichte deelname (art. 8 lid 1 Wet Bpf 2000). Het is ook mogelijk om na beëindiging van de verplichte deelname gedurende 3 jaar of 10 jaar voort te zetten. In dat geval kan een individueel vastgestelde actuariële premie worden gevraagd (art. 8 lid 2 Wet Bpf 2000 en art. 54 Pensioenwet).

Een in veel opzichten vergelijkbare opzet is van toepassing voor de verplichtgestelde beroepspensioenregelingen voor de zelfstandige vrije beroepspensioenregelingen. Hieronder vallen bijvoorbeeld zelfstandige huisartsen, verloskundigen, fysiotherapeuten, apothekers en notarissen. De eisen die worden gesteld aan bedrijfstakpensioenfondsen inzake representativiteit, deelname, de premiebetaling en de verplichtstellingsbeschikking zijn tevens van toepassing voor verplicht gestelde beroepspensioenregelingen.

Een belangrijk verschil tussen bedrijfstakregelingen en beroepspensioenregelingen is dat bedrijfstakregelingen vrijwel uitsluitend gelden voor werknemers en beroepspensioenregelingen voor zelfstandigen. Hoewel een verplichtstelling voor een beroepspensioenregeling ook van toepassing kan zijn op beroepsgenoten die in loondienst werkzaam zijn, dient een beroepspensioenregeling in overwegende mate bestemd te zijn voor zelfstandig werkende beroepsgenoten (art. 20 lid 1 WVBPR).

Huidige fiscale behandeling van zelfstandigen die verplicht deelnemen aan een bedrijfstak- of beroepspensioenregeling

In de jaren '50 en '60 heeft het Ministerie van Financiën begunstigend beleid gepubliceerd omtrent de fiscale behandeling van bijdragen aan en aanspraken uit hoofde van beroeps- en bedrijfstakpensioenregelingen.

In een resolutie d.d. 30 oktober 1958⁸ werd goedgekeurd dat de verplichte bijdragen aan een bedrijfstakpensioenfonds geheel aftrekbaar waren van de winst en dat de aangroei van de pensioenaanspraken voor de winstberekening buiten aanmerking mochten blijven. De uitkeringen werden volledig belast. De bijdragen verminderden de ruimte voor aftrek van betaalde lijfrentepremies.⁹

In de Wet IB 1964 was in art. 8 onderdeel f een vrijstelling opgenomen voor de aanspraken uit hoofde van de verplichte deelneming in een bedrijfstak- of beroepspensioenregeling.

Deze vrijstelling voor de aanspraak is onder de Wet IB 2001 voortgezet (in art. 3.13 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001).

Daarnaast is specifiek vastgelegd dat de uitkeringen uit de verplichte deelneming belast worden als belastbare periodieke uitkeringen.¹⁰ De aftrek van de verplichte bijdragen voor de winstberekening is niet specifiek vastgelegd, maar vloeit voort uit de jurisprudentie.¹¹

Het is onduidelijk of de premies voor *vrijwillige* bijdragen aan een bedrijfstak- of beroepspensioenregeling (bijv. inkomen boven de verplichtgestelde inkomensgrens, aanvulling van pensioentekorten of vrijwillige voortzetting na beëindiging deelneming) voor IB-ondernemers aftrekbaar zijn van de winst. Hiervoor zijn geen bijzondere voorzieningen getroffen, het hiervóór genoemde arrest uit 1967 geldt alleen voor verplichte bijdragen.

Het is voor zelfstandigen mogelijk volgens de Pensioenwet (art. 54 Pensioenwet) om na beëindiging van de verplichte deelneming, de deelneming vrijwillig voort te zetten. Premies zijn gedurende deze periode als zelfstandige momenteel niet aftrekbaar van de winst, vanaf 2015 wordt dit als gevolg van de nieuwe wettelijke regeling anders.

De zelfstandige die zijn onderneming drijft in de rechtsvorm van de BV, wordt fiscaal aangemerkt als werknemer en het regime van de loonbelasting is van toepassing. Het is echter de vraag of dit onverkort geldt voor de bijdragen aan en aanspraken uit een verplicht gestelde bedrijfs- of beroepspensioenregeling.¹² Kavelaars stelt dat de zelfstandige in privé deelneemt aan de verplichtgestelde pensioenregeling en dat de aanspraak niet tot het vermogen en de winstbepaling van de besloten vennootschap hoort.

Het probleem dat zich voor de zelfstandige die zijn onderneming drijft in de vorm van een BV voordoet, is dat de inhoud van de verplichtgestelde regeling in allerlei opzichten niet voldoet aan de eisen die de Wet LB 1964 aan een kwalificerende pensioenregeling stelt:

- - De pensioengrondslag is doorgaans niet afhankelijk van het loon of de winst, maar van de omzet of een vergelijkbare afwijkende grondslag. Indien het salaris van de vennootschap bijvoorbeeld nihil is, loopt desondanks de pensioenopbouw bij de verplicht gestelde regeling door en dat is niet toegestaan volgens de Wet LB 1964 (art. 19 Wet LB 1964). In het arrest

d.d. 14 november 2003, nr. 38.170 achtte de Hoge Raad dit wettelijk verbod niet van toepassing, omdat dit zich slechts richt op gevallen waarin de werknemer en werkgever zowel de omvang van het salaris als van het daarbij behorende pensioen kunnen bepalen. Dit doet zich niet voor bij een verplichtgestelde pensioenregeling.

- - Beroepspensioenregelingen bevatten geen verbod op afkoop, overdracht, prijsgeve zoals de fiscale wetgeving eist voor de aftrek van pensioen- of lijfrentepremies.

Zowel voor de verplichte als (a fortiori) de vrijwillige bijdragen aan een bedrijfstak- of beroepspensioenfonds bestaat voor de dga derhalve onzekerheid of deze bijdragen fiscaal aftrekbaar zijn.

De dga die na beëindiging van de verplichte deelneming aan de beroeps- of bedrijfstakregeling de deelname maximaal 10 jaar vrijwillig voortzet, kan de betaalde premies als negatief loon in mindering brengen op het loon.¹³

Het fiscale regime is op een aantal onderdelen niet voldoende toegesneden op het bijzondere karakter van met name beroepspensioenregelingen. Een nadere invulling van het fiscale regime is voor de dga derhalve welkom. Het is echter de vraag of de werkgever er in slaagt om zodanige fiscale contouren te creëren, dat hierdoor een werkbare situatie voor beroepspensioenfondsen ontstaat.

Fiscale faciliteiten oudedagsvoorzieningen voor werknemers en ondernemers

De fiscale faciliteiten voor de oudedagsvoorzieningen voor werknemers (waaronder de directeur-groootaandeelhouder) en de IB-ondernemers zijn in Nederland van oudsher sterk verschillend.

De IB-ondernemer is aangewezen op de Fiscale Oudedagsreserve ('FOR'), de aftrek van lijfrentepremies en de stakingslijfrente.

De FOR is een aftrekpost in de inkomstenbelasting, die de ondernemer in staat stelt om, zonder dotaties aan een financiële instelling in de opbouwfase *in eigen beheer* een fiscale reserve te vormen voor de oudedagsvoorziening.

In 2013 bedraagt de dotatie aan de FOR 12% van de winst, de maximale dotatie bedraagt € 9.542. Vanaf 2014 wordt het percentage verlaagd van 12% naar 10,9%, vanaf 2015 wordt dit 8,9%.

De IB-ondernemer kan ook gebruikmaken van de lijfrentepremieaftrek. Hiervoor dient een premie te worden voldaan aan een verzekeraar, bank of beleggingsinstelling.

De jaarruimte bedraagt in 2013 17% van de premiegrondslag. Dit is de winst en andere inkomsten uit werk en woning, verminderd met € 11.829. De premiegrondslag die maximaal in aanmerking wordt genomen bedraagt € 162.457. In 2014 wordt het percentage verlaagd van 17% naar 15,5%. In 2015 wordt het percentage naar verwachting verder verlaagd naar 12,7%.¹⁴ Indien de richtleeftijd in 2015

zou worden verhoogd op basis van de alsdan bekende sterftetabellen wordt het aftrekpercentage voor de lijfrentevoorzieningen nog verder verlaagd. De premiegrondslag wordt verlaagd naar € 100.000.

Een IB-ondernemer heeft tevens de mogelijkheid om bij staking van zijn onderneming de stakingswinst (gedeeltelijk) om te zetten in een fiscaal gefacilieerde (bancaire) stakingslijfrente. Indien een ondernemer ten tijde van de staking minder dan vijf jaar verwijderd is van de AOW-leeftijd, bedraagt de maximale aftrek voor de premies voor een stakingslijfrente € 443.059.

Doordat zowel voor de FOR als de lijfrente leeftijdsonafhankelijke dotatie- c.q. premiepercentages worden gehanteerd, is de opbouw van de voorziening, gemeten aan de hand van de hiermee op te bouwen jaarlijkse aanspraak degressief.

Naast de hiervoor genoemde vrijwillige mogelijkheden tot fiscaal gefacilieerde oudedagsvoorzieningen bestaat er, zoals hiervoor gezien, de mogelijkheid dat een IB-ondernemer verplicht pensioen opbouwt bij een bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenfonds.

Het fiscale regime voor werknemers is in een aantal opzichten ruimer dan de fiscale faciëring voor IB-ondernemers.

De fiscale faciliteiten voor werknemerspensioen zijn gerelateerd aan de maximale aanspraak. Voor middelloonregelingen bedraagt de maximale opbouw voor levenslang ouderdompensioen in 2013 2,25% per dienstjaar, vanaf 1 januari 2014 2,15% (pensioenrichtleeftijd 67 jaar), en vanaf 1 januari 2015 naar verwachting 1,75% en de maximale pensioengrondslag € 100.000. De minimale AOW-franchise bedraagt voor extern verzekerd pensioen in 2013 € 13.227.

De directeur-grotaandeelhouder heeft op grond van de Pensioenwet en de fiscale wetgeving de mogelijkheid om het werknemerspensioen in eigen beheer op te bouwen. De aftrek voor beschikbare premiereregelingen is leeftijdsafhankelijk en varieert van 5% (15-20 jaar) tot 45% (60-65 jaar). Daarnaast zijn er op allerlei onderdelen van het fiscale regime grote verschillen tussen het fiscale regime voor oudedagsvoorzieningen voor ondernemers en werknemers, zowel in de opbouw- als in de uitkeringsfase.

Een aantal verschillen wordt hierna schematisch weergegeven:

Verschillen in opbouwfase

Ondernemers

- AOW-franchise: geen deeltijdfactor
- Demotie: verlaging grondslag
- Onbetaald verlof: niet pensioengevend

Werknemers

- AOW-franchise: verplichte deeltijdfactor
- Demotie: geen verlaging grondslag in laatste 10 jaar
- Onbetaald verlof: wel pensioengevend

Ondernemers

- Bank en overnemende ondernemer toegestane uitvoerder

Werknemers

- Alleen pensioenfondsen en verzekeraar toegestaan (DGA: eigen beheer)

Verschillen in uitkeringsfase

Ondernemers

- Levenslange uitkering of 20 jaar (bank)
- Geen AOW-overbrugging
- Tijdelijke ouderdaglijfrente
- Ruim partnerbegrip

Werknemers

- Levenslang
- AOW-overbrugging wél toegestaan
- Hoog-laag 100 : 75
- Beperkt partnerbegrip

Het dilemma waar de wetgever zich voor geplaatst zag, was in hoeverre deze verschillen moesten worden gehandhaafd voor de IB-ondernemer, die verplicht deelneemt aan een bedrijfstak- of beroepspensioenregeling.

De wetgever heeft zich er in drie opzichten *eenvoudig van afgemaakt*:

- 1. De wetgever heeft ervoor gekozen om voor deze categorie IB-ondernemers het fiscale regime voor werknemers nagenoeg onverkort van toepassing te verklaren.
- 2. Voor de bepaling van de pensioengrondslag voor IB-ondernemers wordt geen onderscheid gemaakt tussen de kapitaal-, arbeids- en risicocomponenten in de winst. Alle onderdelen van de winst zijn pensioengevend. Deze benadering is mijns inziens begrijpelijk. De groep ondernemers betreft voornamelijk vrije beroepen en ZZP'ers, voor wie de kapitaalfactor beperkt van omvang is. De eliminatie van het risico-element is arbitrair en is evenmin relevant in andere onderdelen van het fiscale winstregime. Het is begrijpelijk dat de wetgever geen poging heeft gewaagd om in economische zin doctrinaire zuiverheid te betrachten. Voor de dga zijn ook alle winstcomponenten pensioengevend.

Niettemin zal deze stap, hoewel deze in goed overleg is gezet, met vertegenwoordigers uit de betreffende sectoren voor menige vrije beroepsbeoefenaar mogelijk als complicerend en ingrijpend worden ervaren. Op dit moment kan bijvoorbeeld een fysiotherapeut eenvoudigweg uitgaan van de omzet, verminderd met een aftrek voor personeelskosten en een vaste kostenaftrek van 30% van de omzet voor overige kosten. Dit geldt voor de fysiotherapeut die IB-ondernemer is en voor de zelfstandig ondernemer met tussenkomst van een BV.

- 3. Er is van afgezien om van de gelegenheid gebruik te maken om het fiscale onderscheid voor alle IB-ondernemers te laten vervallen. Omdat het fiscale regime voor ouderdagvoorzieningen voor IB-ondernemers en werknemers steeds meer naar elkaar

toegroeit, door de vergaande versobering van de fiscale pensioenkaders voor werknemers, is dit een gemiste kans. Zeker nu de wetgever de stap aandurft om het werknemersregime als uitgangspunt te nemen voor het pensioen van de IB-ondernemers die verplicht deelnemen aan een bedrijfstak- of beroepspensioenregeling.

De aanpassingen in de inkomstenbelasting

Op grond van de WOFM worden de fiscale kaders voor IB-ondernemers, die verplicht deelnemen aan een bedrijfstak- of beroepspensioenregeling nader ingevuld. Voor zelfstandige ondernemers die de rechtsvorm van een BV gebruiken worden derhalve géén nieuwe regels van toepassing. Ook na 2015 zal derhalve voor de dga die verplicht deelneemt aan een bedrijfstak- of beroepspensioenfonds uitgegaan dienen te worden van de bestaande regelgeving.

De belangrijkste wijzigingen zijn als volgt vormgegeven:

- - De definitie van het begrip ‘pensioenregeling’ in de Wet IB 2001 wordt gewijzigd. In art. 1.7 lid 2 onderdeel b wordt expliciet vastgelegd dat dit niet alleen het verplichte deel van de bedrijfstak- of beroepspensioenregeling betreft, maar óók de vrijwillige aanvulling op het verplichte deel.
- - In art. 3.18 (nieuw) Wet IB 2001 is het fiscale regime voor IB-ondernemers die verplicht deelnemen aan een bedrijfstak- of beroepspensioenregeling vastgelegd. In hoofdlijnen is bepaald dat de premies die door een IB-ondernemer worden betaald voor een bedrijfstak- of beroepspensioenregeling met ingang van 1 januari 2015 alleen aftrekbaar zijn, indien de premies binnen de begrenzingen van hoofdstuk IIB van de Wet LB in 2015 (Witteveenkader) blijven en de specifieke nadere regels voor IB-ondernemers die hiervoor op grond van art. 3.18 Wet IB worden vastgesteld. Als onderdeel van de specifieke nadere regelgeving wordt bepaald dat de premies zijn gebaseerd op een inkomen dat niet uitgaat boven het pensioengevende inkomen van de IB-ondernemer.

Vanaf 1 januari 2015 zal het fiscale Witteveenkader 2015 maatgevend zijn voor de fiscale facilitering van premies die door IB-ondernemers verplicht worden afgedragen aan bedrijfstak- of beroepspensioenregelingen. Dit betekent dat, door de forse versobering van het fiscale regime voor werknemerspensioen, de nieuwe fiscale kaders voor verplicht aangesloten IB-ondernemers vanaf 2015 veel minder ruim zullen zijn dan de fiscale kaders zoals die in 2013 nog gelden voor het werknemerspensioen.

Er is intensief overleg gevoerd met de Unie van Beroepspensioenfondsen (‘UvB’) en de Pensioenfederatie over de aanpassingen die nodig zijn om de normeringen en begrenzingen van de fiscale kaders voor werknemerspensioen passend te maken voor de nieuwe regeling voor IB-ondernemers.¹⁵

De aanpassingen zijn met name op de volgende onderwerpen:

- 1. de invulling van de pensioengrondslag;
- 2. de gevolgen van een bovenmatige pensioengrondslag;
- 3. de fiscale behandeling van vrijwillige pensioenpremies;
- 4. de fiscale faciëring van vrijwillige voortzetting van de verplichte deelname.

Ad 1. Invulling pensioengrondslag

In de nieuwe wettelijke regeling wordt voor IB-ondernemers de winst uit onderneming als uitgangspunt genomen voor de bepaling van de maximale pensioengrondslag. Hierop worden enige correcties toegepast om de aansluiting tussen het fiscale winst- en het fiscale loonbegrip te bewerkstelligen. In verband met de fluctuaties van de jaarlijkse winst is de fiscale facilitering op basis van eindloon uitgesloten.¹⁶

Het pensioengevend loon wordt bepaald als zijnde de winst uit onderneming, vóór toevoeging aan en afnemings van de oudedagsreserve en voor de ondernemersaftrek en voor de aftrek van premies uit hoofde van een bedrijfstak-, beroeps- of werknemerspensioenregeling.¹⁷ Er wordt hierbij de zogenaamde *t-3 methode* gehanteerd. De winst genoten drie jaar voorafgaande aan het jaar van premieaftrek is relevant voor de premieaftrek. Op deze manier wordt aan ondernemers voldoende tijd gegeven om de fiscale winst vast te stellen. Deze wettelijke regeling is conform de verwachtingen, waarbij mij ontgaat welke noodzaak er is om stelselmatig drie jaar terug te gaan om de winst vast te stellen. Zeker in een groeiscenario zouden IB-ondernemers, die hun boekhouding goed op orde hebben in de gelegenheid moeten zijn om uit te gaan van een actuelere winstgrondslag.

Ad 2. De gevolgen van een bovenmatige pensioengrondslag

Ervan uitgaande dat de pensioenregeling waaraan de IB-ondernemer als zodanig binnen de fiscale begrenzings blijft, is het alleen nog relevant of de IB-ondernemer de juiste grondslag doorgeeft aan de betreffende pensioenuitvoerder. Indien de ondernemer een te hoge (dit wil zeggen bovenmatige) pensioengrondslag hanteert, worden hieraan de fiscale consequenties verbonden die vergelijkbaar zijn met het hanteren van fiscaal bovenmatige opbouw in de lijfrentesfeer.

Indien de ondernemer in eerste instantie uit is gegaan van een bovenmatige pensioengrondslag, krijgt de ondernemer tot zes maanden na afloop van het kalenderjaar de gelegenheid om het bovenmatige deel van de premie te doen restitueren door de uitvoerder. Indien dit niet of niet tijdig gebeurt, ontstaat dubbele belasting voor de IB-ondernemer. De uitkeringen zullen te zijner tijd integraal worden belast, terwijl de premieaftrek wordt beperkt tot het fiscale maximum. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat deze regeling als achtergrond heeft dat een gecorrigeerde premieaftrek niet tot een bewerkelijke splitsing van pensioenaanspraken leidt.¹⁸ Dit uitvoerbaarheidsargument zal de Belastingdienst en de uitvoerder zeker aanspreken.

Ad 3. De fiscale behandeling van vrijwillige pensioenpremies

Een belangrijk pluspunt van de nieuwe regeling is dat ook vrijwillige pensioenpremies aftrekbaar zijn voor IB-ondernemers. Mits de vrijwillige premies tezamen met de verplichte premies binnen de nieuwe fiscale begrenzings blijven, zijn de premies aftrekbaar. Als voorwaarde geldt hierbij dat de vrijwillige premie niet meer bedraagt dan een derde van de verplichte premies.¹⁹ Hiermee is aangesloten bij een reeds geldende beperking uit de Wet verplichte beroepspensioenregeling. Op het eerste gezicht lijkt dit een valide argument, samenhang tussen fiscale en civielrechtelijke wetgeving is immers in veel gevallen een goede zaak. De vraag dringt zich echter op of niet van de gelegenheid gebruik had kunnen worden gemaakt om de eenderderrestrictie voor beroepspensioenregelingen te laten vervallen. Voor bedrijfstakregelingen is deze evenmin van toepassing.

Ad 4. Vrijwillige voortzetting van pensioenregelingen

Vanaf 2015 zal bij Algemene maatregel van Bestuur ('AMvB') worden bepaald dat de premies voor vrijwillige voortzetting van een bedrijfstak- of beroepspensioenregeling onder voorwaarden aftrekbaar zijn, indien de deelneming vrijwillig wordt voortgezet, nadat de arbeidsverhouding op grond waarvan de deelneming verplicht was voor de IB-ondernemer, wordt beëindigd.

In de AMvB zal zoveel mogelijk worden aangesloten bij de regels die gelden in de loonbelasting voor fiscale facilitatie van vrijwillige voortzetting.²⁰

AMvB

In art. 3.18 lid 5 Wet IB 2001 is voorzien dat bij AMvB nadere regels worden gesteld met betrekking tot de volgende onderwerpen:

- - de toepassing van het absolute fiscale maximum (voor ouderdomspensioen: 100% van het pensioengevend loon) op ondernemers met een fluctuerend inkomen;
- - de invulling van de diensttijd (waaronder waardeoverdracht, inkoop en inhaal van pensioen en deeltijd);
- - de bepaling van het pensioengevend loon in de eerste drie jaren na de start van de onderneming;
- - het hanteren van een afwijkend pensioengevend loon bij ziekte of arbeidsongeschiktheid;
- - een regeling voor de voorwaarden waaronder een buitenlandse verzekeraar fiscaal een toegelaten uitvoerder wordt.

De betreffende AMvB is nog niet verschenen. Indien hiertoe aanleiding is, zal deze regeling te zijner tijd in *TPV* nader worden belicht.

Ten aanzien van deze onderwerpen wordt hierna commentaar gegeven ten aanzien van de problemen die hierbij spelen.

1. Toepassing 100%-maximum

Voor de *gewone* werknemer is de pensioenopbouw gemaximeerd op 100% van het actuele pensioengevend loon. In een middelloonregeling dient de verdere opbouw te worden gestaakt, indien dit maximum wordt overschreden. Dit 100%-maximum gaat problemen opleveren bij sterk fluctuerende inkomens. Indien het actuele inkomen veel lager is dan de inkomens waarover in het verleden pensioen is opgebouwd door de IB-ondernemer, dient de actuele pensioenopbouw mogelijk te worden beëindigd, doordat het totale het 100%-maximum overschrijdt. Voor werknemers die pensioen opbouwen over variabel loon is het 100%-maximum al versoepeld, doordat mag worden uitgegaan van een voortschrijdend gemiddelde.²¹ Voor de IB-ondernemer dient een veel ruimhartiger standpunt te worden ingenomen. Bij een IB-ondernemer is immers het totale inkomen variabel, bij een werknemer bestaat het loon normaliter voornamelijk uit een vast deel en daarnaast mogelijk deels uit een variabel deel. Gezien het verschil in achtergrond kan de 100%-toets er niet toe leiden dat de actuele pensioenopbouw geheel of gedeeltelijk moet worden gestaakt, louter en alleen omdat het actuele inkomen (veel) lager is dan voorheen. De 100%-toets dient te vervallen voor deze bijzondere categorie pensioengerechtigden, een jaarlijks maximaal opbouwpercentage is voldoende.

2. De invulling van de diensttijd

Voor werknemers is het begrip diensttijd ruim ingevuld. Een aandachtspunt hierbij is nog het onderscheid tussen voltijd en deeltijd. Diensttijd waarover in deeltijd is gewerkt, kan bijvoorbeeld bij een latere inkoop of inhaal van pensioentekorten slechts naar evenredigheid van de diensttijdfactor in aanmerking worden genomen. Dit zal voor IB-ondernemers administratief moeilijker vast te stellen zijn dan voor werknemers. Mogelijk dat het uren criterium voor fiscale faciliteiten nog een rol kan spelen. Gezien de administratieve issues is het verstandig om hier uit te gaan van een ruimhartig standpunt, c.q. uit te gaan van gegevens die de ondernemer hierover zelf jaarlijks verstrekt.

3. De bepaling van het pensioengevend loon in de eerste drie jaren na de start van de onderneming

In de t-3 methode is er in de eerste drie jaren na de start van de onderneming geen grondslag voor pensioenopbouw. Het ligt voor de hand om in de eerste drie jaren dan maar aan te sluiten bij het actuele inkomen of, als dit te veel praktische problemen oplevert, een forfaitaire invulling op basis van de wél beschikbare gegevens.

4. Het hanteren van een afwijkend pensioengevend loon bij ziekte of arbeidsongeschiktheid

Enige soepelheid is hier op zijn plaats: er bestaat het reële risico dat de ondernemer voorafgaande aan de ziekte of arbeidsongeschiktheid al een lagere winst heeft behaald.

Aanspraken en uitkeringen

Indien de premies aftrekbaar zijn van de winst voor de IB-ondernemer, zullen ook de aanspraken op grond van de pensioenregeling voor de ondernemer niet tot de winst worden gerekend. Dit volgt uit de samenhang tussen de gewijzigde definitie van art. 1.7 lid 2 en art. 3.13 Wet IB 2001.²²

De uitkeringen uit de pensioenregelingen worden belast als periodieke uitkeringen.²³ Dit geldt zowel voor uitkeringen op grond van de (verplichte) basisregeling als uitkeringen die betrekking hebben op vrijwillige deelneming. Ook een zogenaamde kleine afkoop zal op deze wijze in de heffing worden betrokken. De uitkeringen zijn óók belast als de premie niet aftrekbaar is geweest. Dit laatste punt is hiervoor al aan de orde geweest.

Afkoop van fiscaal bovenmatig pensioen

In het wetsvoorstel Witteveen 2015²⁴ zijn enige bepalingen opgenomen die verband houden met het hier behandelde fiscale kader.

Met ingang van januari 2015 zijn pensioenuitvoerders, waaronder bedrijfstak- en beroepspensioenfondsen verplicht om op verzoek van de gerechtigde tot een pensioen mee te werken aan afkoop van pensioen dat uitgaat boven de fiscale begrenzings, dat is fiscaal bovenmatig pensioen. Deze afkoopverplichting geldt ook voor deelnemers die niet als werknemer worden aangemerkt, dat wil zeggen IB-ondernemers. De afkoop van bovenmatig pensioen wordt van toepassing met ingang van 2015. In de parlementaire behandeling wordt hierover opgemerkt dat in de pensioenovereenkomst een eerdere datum kan worden afgesproken.²⁵ Deze nieuwe afkoopmogelijkheid lijkt voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioen- en beroepspensioenfondsen niet relevant. Deze fondsen worden namelijk uitgesloten van verplichtstelling, indien zij na 2014 doorgaan met een fiscaal bovenmatige regeling.

Fiscaal bovenmatige pensioenregeling uitsluitend vrijwillig

In het wetsvoorstel Witteveen wordt tevens voorzien dat een (beroeps)pensioenregeling een fiscaal bovenmatige pensioenregeling uitsluitend kan uitvoeren als vrijwillige pensioenregeling.²⁶ Het gevolg is dat werknemers niet kunnen worden verplicht om deel te nemen aan een fiscaal bovenmatige regeling.

Ook deze regelingen zijn bij nadere bestudering niet relevant voor verplichtgestelde regelingen: deze zijn immers uitgesloten van verplichtstelling indien zij fiscaal bovenmatig zijn.

De aanpassingen in de vennootschapsbelasting

In de Wet op de vennootschapsbelasting zijn bedrijfstak- of beroepspensioenfondsen onder bepaalde voorwaarden vrijgesteld van de vennootschapsbelasting. Om te bewerkstelligen dat in het nieuwe fiscale regime dergelijke fondsen na 1 januari 2015 de vrijstelling vennootschapsbelasting deelachtig blijven, is de tekst van de vrijstelling aangepast. Ook regelingen waaraan IB-ondernemers verplicht deelnemen, komen in aanmerking voor de vrijstelling.²⁷ Het betreft hier een technische aanpassing. Gezien het belang van de vrijstelling vennootschapsbelasting voor de betreffende pensioenfondsen is deze aanpassing wel vermeldenswaard.

Kabinetsreactie pensioen van zelfstandigen

Op 18 maart 2013 jl. heeft staatssecretaris Klijnsma van SZW het onderzoeksrapport *Pensioen van zelfstandigen* naar de Tweede Kamer gestuurd. Aan dit rapport wordt in *TPV* aandacht besteed door mr. M.E.C. Boumans. In deze bijdrage zal derhalve niet uitgebreid worden stilgestaan bij dit rapport en de brief van staatssecretaris Klijnsma.

Opmerkelijk is dat in het rapport en in de brief geen aandacht wordt besteed aan de introductie van het fiscale tweede pijler kader voor IB-ondernemers die verplicht deelnemen aan een bedrijfstak- of beroepspensioenregeling. Er was mijns inziens alle aanleiding om aandacht te besteden aan de hier besproken wettelijke regeling. Het doel van het rapport was o.a. om de mogelijkheden van ZZP-ers in de tweede pijler nader te onderzoeken. Dit onderzoek is ingesteld naar aanleiding van het SER-advies van oktober 2010. In dit advies werd o.a. geconcludeerd dat de fiscale ruimte voor de IB-ondernemers geringer was dan voor werknemers en voor de dga en dat de fiscale mogelijkheden voor pensioenopbouw voor de IB-ondernemer verruimd dienden te worden. Voor de IB-ondernemer die verplicht deelneemt aan een bedrijfstak- of beroepspensioenregeling wordt deze fiscale verruiming gerealiseerd. Aan de oproep van de SER om alle IB-ondernemers materieel dezelfde fiscale mogelijkheden als werknemers en dga's te geven, wordt echter in het rapport van staatssecretaris Klijnsma geen gehoor gegeven.

De fiscale ongelijkheid tussen IB-ondernemers enerzijds en werknemers en dga's anderzijds is echter een belangrijk aandachtspunt bij de oplossing van de pensioenproblemen van zelfstandigen. Het gaat niet alleen om de vraag, zoals het rapport lijkt te veronderstellen, welke uitvoeringsvarianten tot een betere pensioenpositie van de IB-ondernemer zullen leiden.

Mission impossible toch geslaagd?

De verschillen tussen werknemers en ondernemers zijn groot. De belangrijkste verschillen zijn dat het inkomen van IB-ondernemers sterk fluctueert en dat het jaren kan duren voordat het inkomen definitief vaststaat.

De wetgever stond derhalve voor een schier onmogelijke taak om de regelgeving voor werknemers hanteerbaar te maken voor IB-ondernemers.

Een belangrijk element in de nieuwe regelgeving is dat de ondernemer moet uitgaan van een winstgrondslag die drie jaar voorafgaat aan het moment van premiebetaling. Dit zou in de meeste gevallen voldoende soelaas moeten bieden. Naar mijn mening zou deze regeling echter facultatief dienen te zijn om ondernemers die groeien en snel hun jaarrekening en aangifte definitief hebben in de gelegenheid te stellen uit te gaan van een actuelere grondslag.

Voor de grote fluctuaties in inkomen is in de regelgeving geen specifieke tegemoetkoming gegeven. Opbouw volgens middelloon of beschikbare premie zou voldoende soelaas moeten bieden. Een verliesregeling ontbreekt.

Doordat het fiscale kader voor werknemerspensioen in de komende jaren drastisch wordt verlaagd, wordt de IB-ondernemer die verplicht deelneemt aan een bedrijfstak- of beroepspensioenregeling op 1 januari 2015 wel gelijk geconfronteerd met veel lagere fiscale faciliteiten dan de faciliteiten die vóór 1 januari 2015 voor werknemers golden.

Een definitief oordeel is in dit stadium moeilijk, omdat nog vele onderwerpen bij AMvB moeten worden geregeld. Een oordeel op hoofdlijnen valt echter nu al negatief uit. De vraag wat nut en noodzaak is van de invoering van de Witteveen-kaders voor zelfstandigen die verplicht deelnemen aan beroeps- en bedrijfstakregelingen, blijft onbeantwoord. De nieuwe Wet leidt tot veel (onnodige) aanpassingen van bestaande regelingen. In de collectieve sfeer is niet gebleken van misbruik of van een behoefte om knelpunten op te lossen. Indien zelfstandigen oneigenlijk gebruik zouden maken, is het zaak voor de belastingdienst om de controle op deelnemersniveau op te voeren.

Een belangrijke verbetering ten opzichte van de bestaande wetgeving is dat de fiscale aftrek voor bijdragen aan het vrijwillige deel van een bedrijfstak- of beroepspensioenregeling met ingang van 1 januari 2015 wettelijk geregeld is.

Voor het overige geldt dat de praktijk zal leren of de wetgeving voldoende flexibel is. Een snelle evaluatie na 2015 is onvermijdelijk.

De volgende stap is om het hier ontwikkelde regime van toepassing te verklaren voor alle IB-ondernemers. Het onderscheid tussen fiscale faciëring voor oudedagsvoorzieningen voor IB-ondernemers en werknemers kan hiermee uit de wereld worden geholpen. Een uniformering waar waarschijnlijk een groot draagvlak voor bestaat.

Ten slotte is er nog de (niet-fiscale) vraag over nut en noodzaak van verplichte deelname van ondernemers aan bedrijfstak- en beroepspensioenregelingen. De juridische en economische positie van deze groep deelnemers wijkt dermate af van die van een werknemer dat een nadere bezinning op de pensioenplicht wenselijk is.

1

Mr. J.A. Gielink is als pensioenjurist/belastingadviseur werkzaam bij Gielink Pensioenrecht BV.

2

D.w.z. zelfstandige uitoefenaars van een beroep of bedrijf, die de onderneming drijven als eenmanszaak, maatschap e.d. Zij zijn ondernemer of genietter van resultaat uit overige werkzaamheden voor de inkomstenbelasting ('IB-ondernemer').

3

Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten, *Kamerstukken II 2012/13, 33 403* ('WOFM').

4

Art. VII en art. XI Wet VPL, *Kamerstukken II, 29 760*.

5

Art. 5 lid 2 sub b WVBPR en art. 3 lid 2 sub b Wet Bpf 2000.

6

Vgl. M.C.D. Janse en B. Starink, 'Wijziging fiscaal kader beroepspensioenregelingen per 2015: heiligt het doel de middelen?', *PensioenMagazine* mei 2011/86, p. 16-20.

7

Janse/Starink t.a.p. p. 17. De regeling geldt ook voor notarissen. Hierna wordt alleen de WVBPR en Wet Bpf 2000 genoemd, de beroepspensioenregeling voor notarissen wordt hieronder begrepen.

8

Resolutie 30 oktober 1958, nr. B8/2484, *BNB 1960/88*.

9

Voor een uitgebreider historisch overzicht: G.J.B. Dietvorst, *De drie pijlers van de toekomstvoorzieningen en belastingen* (FM 68), Kluwer 1994, par. 5.1.3. en A.H.H. Bollen-Vandenboorn, *De fiscale aspecten van pensioendeling bij echtscheiding*, Sdu 2004, p. 217-221.

10

Vgl. art. 1.7 lid 2 letter b en art. 3.100 lid 1 letter d Wet IB 2001.

11

HR 28 juni 1967, nr. 15744, *BNB* 1967/220 .

12

Vgl. voor een uitgebreide behandeling prof. dr. P. Kavelaars, 'Beroepspensioenregelingen en fiscale facilitatie', *WFR* 1999/444 . Zie ook: mr. J.J.M. Bressers, 'Relatie beroepspensioenregeling en pensioenopbouw in eigen beheer', *Belastingbrief* 2008/10.

13

Besluit van 27 april 2012, nr. BLKB2012/157M .

14

Regeerakkoord VVD-PvdA d.d. 29 oktober 2012, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 610 (Wetsvoorstel verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioenen en maximering pensioengevend inkomen). Wetsvoorstel Witteveen 2015.

15

Kamerstukken II, 33 403, nr. 3, p. 3.

16

Vgl. art. 3.18 lid 1 (nieuw) Wet IB 2001.

17

Vgl. art. 3.18 lid 4 onderdeel d (nieuw) Wet IB 2001.

18

Vgl. art. 1.7 lid 5 Wet IB 2001 en *Kamerstukken II*, 33 403, nr. 3, p. 3.

19

Art. 3.18 lid 3 (nieuw) Wet IB 2001.

20

Vgl. art. 1.7 lid 6 Wet IB 2001, *Kamerstukken II*, 33 403, nr. 3, p. 19.

21

Besluit Minister van Financiën d.d. 9 september 2010, nr. DGB 2010/2733M, *Stcrt.* 14304, onderdeel 3.3.

22

Vgl. M.C.D. Janse/B. Starink, t.a.p., p. 17, noot 24.

23

Art. 3.100 lid 1 onderdeel d (nieuw) Wet IB 2001.

24

Vgl. noot 13.

25

Kamerstukken II 2012/13, 33 610, nr. 3, p. 17, vgl. ook art. 80a lid 6 (nieuw).

26

Art. 117 lid 2 (nieuw) Pensioenwet en art. 115 lid 2 (nieuw) WVBPR.

27

Art. 5 lid 2 (nieuw) WVBPR, *Kamerstukken II*, 33 403, nr. 3, p. 15.