

De ondernemer en zijn toekomstvoorziening

Een onderzoek naar het huidige stelsel en de toekomst van het stelsel van toekomstvoorzieningen voor de ondernemer

Naam: Linda de Winter

Studentnummer: 360493

Begeleider: Prof. dr. P. Kavelaars

Tweede beoordelaar: Drs. C. van Wijk

Rotterdam, 5 mei 2017

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics – Masterscriptie Fiscale Economie

Colofon

Auteur:	Linda de Winter
	Masterscriptie
	Erasmus Universiteit Rotterdam
	Fiscale Economie
Begeleider:	Prof. dr. P. Kavelaars
Datum:	05-05-2017
Status:	Definitief

© 2017 Erasmus Universiteit Rotterdam

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

All rights reserved. No portion of this thesis may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means – electronic, mechanical, photocopy, recording or any other – except for brief quotations in printed reviews, without the prior written permission of the author

Inhoudsopgave

Colofon.....	2
Voorwoord.....	6
1. Inleiding.....	7
1.1 Introductie	7
1.1.1 Het belang van toekomstvoorzieningen.....	7
1.1.2 Het Nederlandse stelsel van toekomstvoorzieningen	7
1.1.3 Het fiscale stelsel van toekomstvoorzieningen voor ondernemers.....	10
1.2 Probleemstelling.....	11
1.3 Onderzoeksmethode	12
1.3.1 Onderzoeksaanpak en toetsingskader	12
1.3.2 Afbakening	13
1.4 Onderzoeksopzet	13
2. Ondernemers die verplicht deelnemen aan een pensioenregeling	15
2.1 Inleiding.....	15
2.2 Achtergrond verplichtstelling	15
2.3 Civiel-juridisch kader	16
2.4 Fiscaal kader.....	19
2.4.1 Fiscale begeleiding via de Wet IB 2001	19
2.4.2 Situatie tot 2015	20
2.4.3 Pensioenkader in de Wet LB 1964	22
2.4.4 Beroeps- en bedrijfsgenoten die als dga kwalificeren	23
2.5 Analyse	24
2.5.1 Verzorgingsdoelstelling	24
2.5.2 Uitvoerbaar voor de overheid	25
2.5.3 Toegankelijk en begrijpelijk voor de belastingplichtigen.....	26
2.5.4 In lijn met internationale en Europese regelgeving	26
2.6 Tussenconclusie	27
3. Ondernemers voor de inkomstenbelasting	29
3.1 Inleiding.....	29
3.2 Civiel-juridisch kader	29
3.3 Fiscaal kader.....	31
3.3.1 Tweede pijlerpensioenregeling uit een voormalig dienstverband.....	31
3.3.2 Lijfrenteregime	34
3.3.3 Oudedagsreserve en omzetting van de oudedagsreserve in een lijfrente.....	36

3.3.4	Stakingslijfrente	39
3.4	Analyse	41
3.4.1	Verzorgingsdoelstelling	41
a.	Vrijwillige voortzetting van een tweede pijlerpensioenregeling uit een voormalig dienstverband.....	41
b.	Lijfrenteregime	41
c.	Oudedagsreserve en omzetting van de oudedagsreserve in een lijfrente.....	42
d.	Stakingslijfrente.....	44
3.4.2	Uitvoerbaar voor de overheid	45
a.	Vrijwillige voortzetting van een tweede pijlerpensioenregeling uit een voormalig dienstverband.....	45
b.	Lijfrenteregime	45
c.	Oudedagsreserve en omzetting van de oudedagsreserve in een lijfrente.....	46
d.	Stakingslijfrente.....	46
3.4.3	Toegankelijk en begrijpelijk voor de belastingplichtigen.....	46
a.	Vrijwillige voortzetting van een tweede pijlerpensioenregeling uit een voormalig dienstverband.....	46
b.	Lijfrenteregime	47
c.	Oudedagsreserve en omzetting van de oudedagsreserve in een lijfrente.....	47
d.	Stakingslijfrente.....	48
3.4.4	In lijn met internationale en Europese regelgeving	48
a.	Vrijwillige voortzetting van een tweede pijlerpensioenregeling uit een voormalig dienstverband.....	48
b.	Lijfrenteregime	48
c.	Oudedagsreserve en omzetting van de oudedagsreserve in een lijfrente.....	49
d.	Stakingslijfrente.....	50
3.5	Tussenconclusie	51
4.	Directeur-grootaandeelhouders	53
4.1	Inleiding.....	53
4.2	Civiel-juridisch kader	53
4.3	Fiscaal kader.....	56
4.3.1	Werknemer en aanmerkelijk belanghouder	56
4.3.2	Pensioen in eigen beheer.....	57
4.3.3	Wijziging dga-pensioen	59
4.4	Analyse	63
4.4.1	Verzorgingsdoelstelling	63
4.4.2	Uitvoerbaar voor de overheid	66

4.4.3	Toegankelijk en begrijpelijk voor de belastingplichtigen.....	67
4.4.4	In lijn met internationale en Europese regelgeving	68
4.5	Tussenconclusie	71
5.	De toekomst van het stelsel van toekomstvoorzieningen voor de ondernemer.....	73
5.1	Inleiding.....	73
5.2	Huidig stelsel is niet ‘toekomstproof’	73
5.2.1	Recapitulatie opbouwmogelijkheden in het huidige stelsel van toekomstvoorzieningen voor de ondernemer	73
5.2.2	Veranderende tijdgeest en ontbreken toekomstvisie	74
5.3	Civiel-juridisch kader	75
5.3.1	Verantwoordelijkheid overheid	75
5.3.2	Mogelijkheden die de Wet BPF 2000 aan zelfstandigen kan bieden.....	77
5.3.3	Algemene pensioenplicht ongeacht arbeidsvorm	79
5.3.4	Arbeidsongeschiktheidsvoorzieningen voor ondernemers	82
5.4	Fiscaal kader.....	84
5.4.1	Belang fiscale wetgeving en ANP	84
5.4.2	Bijzondere opbouwvormen van toekomstvoorzieningen voor ondernemers	86
5.4.3	Gelijktrekken tweede en derde pijler.....	88
a.	Opbouwopbouwfase.....	88
b.	Uitkeringsfase.....	91
5.4.4	Toekomstvoorzieningen in de volle breedte	93
5.5	Tussenconclusie	93
6.	Conclusie en aanbevelingen	95
6.1	Conclusie	95
6.2	Aanbevelingen	96
	Literatuurlijst.....	98
	Naslagwerken.....	98
	Websites.....	99
	Officiële publicaties	99
	Parlementaire geschiedenis.....	101
	Vakliteratuur	103
	Presentaties/seminars	105
	Rechtspraakoverzicht.....	106

Voorwoord

Met het onderwerp van mijn masterscriptie, de ondernemer en zijn toekomstvoorziening, heb ik voor een interessant en veelbewogen onderwerp gekozen. Het vakgebied 'toekomstvoorzieningen en fiscaliteit' kent de nodige knelpunten en staat daarmee heden ten dage voor grote uitdagingen. Het vakgebied is constant in beweging en wijzigingen op het terrein van toekomstvoorzieningen roepen een breed gedragen maatschappelijke discussie op. Het schrijven van deze masterscriptie vormde dan ook voor mij een uitdaging en heeft de nodige tijd en energie gekost. Dit alles heeft desalniettemin tot het resultaat geleid dat ik u met een tevreden en voldaan gevoel mijn masterscriptie voorleg.

Met deze masterscriptie rond ik mijn masteropleiding Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam af en komt een einde aan mijn studententijd. De studiejaren, die voor mijn gevoel zijn omgevlogen, zijn leerzaam en inspirerend geweest. Door aan de Erasmus Universiteit Rotterdam te zijn opgeleid als fiscaal econoom, maakt dat ik mijn loopbaan vol vertrouwen tegemoet zie.

Ik wil graag benadrukken dat de ondersteuning die ik tijdens het schrijven van mijn masterscriptie heb ontvangen voor mij van grote waarde is geweest. Mijn dank gaat allereerst uit naar mijn begeleider prof. dr. P. Kavelaars voor zijn tijd, hulp en begeleiding. Daarnaast wil ik mijn ouders, broer en vriend bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun. Tot slot gaat mijn dank uit naar mijn werkgever voor het vertrouwen.

Rotterdam, 5 mei 2017

Linda de Winter

1. Inleiding

1.1 Introductie

1.1.1 Belang van toekomstvoorzieningen

Na pensionering houdt de deelname aan het arbeidsproces op. Echter, het leven gaat, gezien de huidige levensverwachting, gemiddeld nog zo'n 20 jaar door¹. Het CBS verwacht in 2060 zelfs een levensverwachting van 87,1 jaar voor mannen en 89,9 jaar voor vrouwen². Om ook in de, naar verwachting steeds langer wordende, periode na pensionering een zekere levensstandaard te kunnen behouden, kan tijdens de actieve periode van het leven een toekomstvoorziening worden opgebouwd. Een toekomstvoorziening is in principe niets anders dan uitgesteld inkomen met als doelstelling de levensstandaard na pensionering te kunnen voortzetten³.

Toekomstvoorzieningen zijn voor iedereen belangrijk, ongeacht de wijze waarop aan het economische verkeer wordt deelgenomen⁴. Financieel zelfredzame ouderen, die na het beëindigen van de actieve periode over voldoende inkomen beschikken om min of meer de levensstandaard te handhaven, zijn niet aangewezen op overheidsvoorzieningen, zoals huur- en zorgtoeslag. Bovendien raken zij minder snel in een sociaal isolement. Adequate toekomstvoorzieningen zijn bij elke arbeidsvorm dus van groot maatschappelijk belang. Dit belang wordt door zowel de Nederlandse overheid als de Europese Commissie onderkend⁵.

1.1.2 Nederlands stelsel van toekomstvoorzieningen

In Nederland geschiedt de opbouw van een toekomstvoorziening in beginsel volgens het traditionele driepijlersysteem bestaande uit de wettelijke sociale zekerheidsregelingen, het werknemerspensioen en de vrijwillige privévoorzieningen.

De wettelijke sociale zekerheidsregelingen betreffende een toekomstvoorziening zijn in Nederland de Algemene Ouderdomswet (hierna: AOW), de Algemene nabestaandenwet (hierna: Anw) en de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (hierna: WIA). De AOW is in 1957 ingevoerd als basis voor de toekomstvoorziening en betreft een verplichte ouderdomsverzekering. Als onderdeel van de volksverzekeringen is de AOW gericht op alle ingezetenen van Nederland. Derhalve is ingevolge artikel 6 lid 1 onderdeel a AOW voor de AOW verzekerd degene, die nog niet de AOW-leeftijd heeft bereikt, en ingezetene is. De

¹ Nationaal Kompas Volksgezondheid, Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu, 2014.

² L. Stoeldraijer et al., CBS, 2012.

³ G.M.C.M. Staats et al., Werkgroep Ondernemerspensioen, 2015, p. 15.

⁴ Als deelname aan het economische verkeer uitsluitend plaatsvindt door middel van beleggingen en kapitaalinvesteringen waarbij arbeid geen of een zeer ondergeschikte rol speelt, is een toekomstvoorziening minder relevant. Immers, het vermogen valt niet weg bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Zie P. Kavelaars, TPV 2011/20, paragraaf 3.

⁵ De Europese Commissie, Witboek Pensioenen, 2012.

AOW-leeftijd was in Nederland geruime tijd 65 jaar. In verband met de vergrijzing en de noodzaak om de kosten van de AOW te beperken, wordt de AOW-leeftijd vanaf 2013 geleidelijk verhoogd naar 66 jaar in 2018 en 67 jaar in 2021 ⁶. Vanaf 2022 wordt de AOW-leeftijd gekoppeld aan de stijging van de gemiddelde levensverwachting. De opbouw van AOW-pensioen start op de aanvangsleeftijd, die 50 jaar vóór de AOW-leeftijd ligt. Voor elk jaar dat iemand verzekerd is, wordt de AOW-uitkering lineair opgebouwd. Voor elk kalenderjaar dat de AOW-gerechtigde tussen de aanvangsleeftijd en AOW-leeftijd niet verzekerd is geweest, wordt de hoogte van de uitkering met twee procent gekort ⁷. De hoogte van de AOW-uitkering is gekoppeld aan het wettelijk nettominimumloon en is afhankelijk van het al dan niet gehuwd zijn ⁸. Financiering van de AOW gebeurt hoofdzakelijk ⁹ door premies en is gebaseerd op het solidariteitsbeginsel. De solidariteit komt tot uitdrukking door financiering op basis van het omslagstelsel, wat inhoudt dat de huidige uitkeringen worden betaald uit de premieopbrengst van de huidige premieplichtigen. Er is zodoende geen sprake van kapitaal- of fondsvorming. De premie wordt berekend over het premie-inkomen ¹⁰ waarbij een maximum premie-inkomen (€ 33.791) en voor iedereen een gelijk premiepercentage (17,9%) geldt. Vanaf de AOW-leeftijd vervalt de premieplicht voor de AOW ¹¹.

Als onderdeel van de volksverzekeringen geeft de Anw, onder voorwaarden, recht op een uitkering bij overlijden van de huwelijkspartner of geregistreerde partner of op een uitkering voor wezen. De Anw-uitkeringen zijn gekoppeld aan het wettelijk nettominimumloon en, in tegenstelling tot de AOW-uitkeringen, afhankelijk van het inkomen. Tot slot geeft de WIA recht op uitkeringen bij arbeidsongeschiktheid. De WIA betreft een werknemersverzekering. In deze eerste pijler van het stelsel van toekomstvoorzieningen vervult de overheid een vangnetfunctie door het verschaffen van een basisinkomen.

Het pensioen dat door werkgevers in het kader van de dienstbetrekking wordt toegezegd, vormt het tweedepijlerpensioen en staat bekend als het aanvullende pensioen. Er bestaat geen algemene wettelijke verplichting voor een werkgever om aan zijn werknemers pensioen toe te kennen. Er is wel sprake van verplicht pensioen als dit verplicht is vanuit de cao, de

⁶ Ingevolge de Wet van 4 juni 2015 tot wijziging van de Algemene Ouderdomswet, de Wet op de loonbelasting 1964, de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en Overige fiscale maatregelen 2013 in verband met de versnelling van de stapsgewijze verhoging van de AOW-leeftijd.

⁷ Vrijwillige verzekering of AOW-inkoop kan dit voorkomen.

⁸ Aangezien de uitkeringen niet afhankelijk zijn van het inkomen uit het verleden en het actuele inkomen of vermogen staan ze bekend als 'flat rate'-uitkeringen.

⁹ De premieopbrengst is al jaren te laag, waardoor een bijdrage uit de algemene middelen van de overheid noodzakelijk is.

¹⁰ Box 1-inkomen van de Wet IB 2001.

¹¹ De premieplichtbeëindiging is per 2011 deels teruggehaald door de invoering van de 'houdbaarheidsbijdrage', in de vorm van een beperkt geïndexeerd plafond van de tweede tariefschijf in de inkomstenbelasting.

Wet verplichte beroepspensioenregeling (hierna: Wvb) of de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet BPF 2000). Ondanks het ontbreken van een algemene pensioenplicht, heeft zo'n 90% van de werkgevers een aanvullende pensioenregeling¹². Ingevolge de Wvb en Wet BPF 2000 kan sprake zijn van pensioen in de tweede pijler zonder dat sprake is van een dienstbetrekking. De Nederlandse overheid zet de fiscale wet- en regelgeving in als een instrument om de opbouw van een tweedepijlerpensioen te stimuleren en begeleiden. Via de Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964) of de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001)¹³ wordt de opbouw van pensioenaanspraken die voldoen aan de (van toepassing zijnde) voorwaarden van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 (artikel 18 tot en met artikel 19f Wet LB 1964)¹⁴ fiscaal gefaciliteerd.

Een pensioenregeling in de tweede pijler valt, met uitzondering van een pensioentoezegging aan een directeur-grotaandeelhouder (hierna: dga) en een verplichtgestelde beroepspensioenregeling als bedoeld in de Wvb, onder het toepassingsgebied van de Nederlandse Pensioenwet (hierna: PW). Sinds 1 januari 2007 heeft de PW de toentertijd verouderde en nodig aan vervanging toe zijnde Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna: PSW) uit 1952 opgevolgd. De doelstelling van de PW is gelijk gebleven aan de doelstelling van de PSW, namelijk de waarborging van de pensioentoezeggingen aan werknemers¹⁵. Een belangrijk uitgangspunt van de PW is dat werkgevers, behoudens enkele uitzonderingen, op grond van artikel 23 PW verplicht zijn om een pensioenovereenkomst bij een in dat artikel aangewezen pensioenuitvoerder onder te brengen. Met deze onderbrengingsplicht wordt bereikt dat de financiering van de met werknemers overeengekomen pensioenrechten buiten de risicosfeer van de onderneming van de werkgever wordt gebracht.

De derde pijler bestaat uit fiscaal gefaciliteerde, aanvullende toekomstvoorzieningen die op vrijwillige basis kunnen worden getroffen voor een inkomen voor de oude dag. De voorzieningen in de derde pijler doen zich vooral voor in de vorm van lijfrenten. De opbouw van een lijfrente in de zin van artikel 1.7 lid 1 Wet IB 2001 wordt onder voorwaarden fiscaal

¹² Het merendeel van de werknemers (circa 76%) is via het dienstverband met de werkgever van rechtswege verplicht om deel te nemen in een pensioenregeling die wordt uitgevoerd door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds ingevolge de Wet BPF 2000. De overige werknemers met een pensioenovereenkomst nemen deel in de pensioenregelingen die worden uitgevoerd door ondernemingspensioenfondsen (circa 12%), pensioenverzekeraars en premiepensioeninstellingen, zie Rijksoverheid.

¹³ Fiscale facilitering van beroeps- of bedrijfstakpensioenregelingen van zelfstandige beroeps- of bedrijfsgegoten die niet als dga kwalificeren, vindt plaats via de Wet IB 2001.

¹⁴ De wetgever stelt aan fiscale facilitering stringente voorwaarden, zodat de pensioenregeling de door de wetgever gewenste vorm heeft en de fiscale claim kan worden geëffectueerd. De voorwaarden zien onder andere op de maximale opbouw en de toegestane pensioenuitvoerders.

¹⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p.3.

gefaciliteerd. Ingevolge artikel 3.124 Wet IB 2001 bestaat alleen recht op premieaftrek bij lijfrenteproducten ¹⁶ die dienen ter compensatie van een pensioentekort in de tweede pijler. Een lijfrente wordt dus gezien als een aanvulling bij het ontbreken van (voldoende) tweedepijlerpensioen.

Gezien de huidige maatschappelijke ontwikkelingen ten aanzien van toekomstvoorzieningen, zoals de problematiek van de vergrijzing, de toenemende levensverwachting en de daaruit voortvloeiende ontwikkelingen rondom de AOW- en pensioenleeftijd, staat het traditionele driepijlersysteem onder druk. Als reactie op onder andere deze ontwikkelingen wordt tegenwoordig met een bredere blik naar de opbouw van een toekomstvoorziening gekeken en hebben de vierde en de vijfde pijler hun intrede gedaan ¹⁷. In de vierde pijler wordt gespaard voor de oude dag via een niet fiscaal gefaciliteerde weg. Over het in privé gespaarde vermogen is jaarlijks vermogensrendementsheffing verschuldigd, voor zover het meer bedraagt dan het heffingsvrije vermogen. Daartegenover staat dat geen fiscale kaders gelden en dat het gespaarde vermogen volledig vrij beschikbaar is ¹⁸. Onder de vierde pijler vallen onder andere de spaarrekening, de effectenportefeuille en vastgoed. Ook het vermogen dat in de eigen woning of in de eigen onderneming ligt besloten kan deel uitmaken van de pensioenplanning. Menselijk kapitaal vormt de vijfde pijler. Hier wordt gedoeld op het doorwerken na de AOW-leeftijd met als oogmerk het aanvullen van inkomen ¹⁹.

1.1.3 Stelsel van toekomstvoorzieningen voor ondernemers

Globaal bekeken leidt de inrichting van het Nederlandse stelsel van toekomstvoorzieningen ertoe dat werknemers fiscaal gefaciliteerd pensioen opbouwen in de tweede pijler, terwijl ondernemers voor de opbouw van fiscaal gefaciliteerde toekomstvoorzieningen in beginsel zijn aangewezen op de voorzieningen in de derde pijler. Echter, ondernemers die op basis van de Wvb of Wet BPF 2000 verplicht zijn om deel te nemen aan een beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling bouwen in de tweede pijler pensioen op. Daarnaast kunnen dga's pensioen opbouwen in de tweede pijler, omdat zij voor de Wet LB 1964 in (fictieve) dienstbetrekking werkzaam zijn bij de eigen bv of nv. Deze uitwerking leidt ertoe dat binnen een groep individuen die maatschappelijk als ondernemer wordt gezien, drie verschillende categorieën bestaan met ieder verschillende opbouw mogelijkheden voor toekomstvoorzieningen voortvloeiende uit een afzonderlijke civielrechtelijke of fiscaalrechtelijke positie. Deze drie categorieën zijn de ondernemers die verplicht deelnemen

¹⁶ Sinds 2008 kunnen fiscaal gefaciliteerde lijfrenten, naast bij professionele levensverzekeraars, worden ondergebracht bij bancaire- en beleggingsinstellingen in de vorm van lijfrentespaarproducten, zie artikel 3.124 lid 2 Wet IB 2001.

¹⁷ G.J.B. Dietvorst, Pensioen expeditie, 2010.

¹⁸ Dit staat bekend als de achilleshiel van de vierde pijler. Niet iedereen bezit namelijk discipline om het vermogen daadwerkelijk voor de oude dag te bewaren.

¹⁹ M. Visser, Maastricht University, 2014.

aan een pensioenregeling ingevolge de Wvb of Wet BPF 2000, de ondernemers in de zin van de Wet IB 2001 (hierna: IB-ondernemers)²⁰ die niet onder de Wvb of Wet BPF 2000 vallen en de dga's die niet onder de Wvb of Wet BPF 2000 vallen. De Nederlandse inkomstenbelasting kent maar drie soorten arbeidsrelaties, namelijk de ondernemer, de werknemer en de resultaatgenieter. Begrippen zoals de zzp'er en de dga komen in de fiscaliteit niet voor, omdat zij voor de fiscale wetgeving als zodanig geen relevante figuren zijn. De dga kwalificeert als werknemer voor de Wet LB 1964. De fiscale kwalificatie van de arbeidsrelatie van de zzp'er, waaruit de opbouw mogelijkheden op het gebied van toekomstvoorzieningen voortvloeien, is afhankelijk van de feiten en omstandigheden²¹.

Niet alleen werknemers en ondernemers worden in juridisch en fiscaal opzicht wat betreft de opbouw van een toekomstvoorziening verschillend behandeld. Ook per categorie ondernemer bestaan dus afwijkende opbouw mogelijkheden. Dit maakt het huidige fiscale kader voor toekomstvoorzieningen onoverzichtelijk en complex. Het huidige fiscale kader, waarvan de structuur dateert uit de jaren zestig van de vorige eeuw, bestaat namelijk uit een groot aantal fiscale regelingen met elk eigen fiscale voorschriften: het werknemerspensioen, het beroeps- en bedrijfspensioen, het dga-pensioen, het lijfrenteregime, de oudedagsreserve, de stakingslijfrente en het netto pensioen/netto lijfrente²². Het belang van een adequate toekomstvoorziening is echter voor elke categorie ondernemer gelijk en ook gelijk voor niet-werknemers en werknemers²³. Met het standpunt dat het bij vrij ondernemerschap niet past om te voorzien in een toekomstvoorziening ben ik het dus niet eens. Immers, voor een ieder is van belang dat na de werkzame periode op ongeveer dezelfde wijze verder kan worden geleefd en dat de levensstandaard beveiligd is²⁴. In deze zin is het dan ook gewenst dat ieder die aan het economische verkeer deelneemt fiscaal gefaciliteerd een adequate toekomstvoorziening kan opbouwen.

1.2 Probleemstelling

De vraag dient zich aan of de opbouw mogelijkheden voor toekomstvoorzieningen voor werknemers en de verschillende categorieën ondernemers gelijk moeten zijn. Deze vraag vormt voor mij de aanleiding tot het schrijven van deze masterscriptie. In deze scriptie wil ik onderzoek doen naar een arbeidsvormneutraal pensioen kader (hierna: ANP), waarin de civielrechtelijke en de fiscale regels in zowel de opbouw- als de uitkeringsfase gelijk zijn voor iedere belastingplichtige die aan het arbeidsproces, in welke arbeidsverhouding dan ook,

²⁰ IB-ondernemers zijn belastingplichtigen die ingevolge artikel 3.4 of artikel 3.5 Wet IB 2001 vanuit fiscale optiek ondernemer zijn en als zodanig voor hun winst in de inkomstenbelasting worden belast op basis van artikel 3.2 Wet IB 2001 e.v.

²¹ G.J.B. Dietvorst en M.R. Visser, CompetenceCentre for Pension Research, 2009, p. 7.

²² G.M.C.M. Staats et al., Werkgroep Ondernemerspensioen, 2015, p. 11.

²³ Zie o.a. P. Kavelaars, WFR 1999/444, par. 1.

²⁴ G.J.B. Dietvorst et al., Werkgroep ANP, 2013, p. 31.

deelneemt. Een dergelijk kader kan het overzicht in de fiscale wetgeving verbeteren en een bijdrage leveren aan complexiteitsreductie. Zodoende luidt de probleemstelling die in deze masterscriptie centraal staat als volgt:

Is één civiel-juridisch en fiscaal pensioenkader voor alle werkenden (beroeps- en bedrijfsgegoten, IB-ondernemers en werknemers, waaronder de dga) wenselijk en zo ja, hoe dient dit kader te worden vormgegeven?

Met mijn onderzoek in deze scriptie hoop ik een bijdrage te leveren aan de onderzoeken naar een beter en eenvoudiger civiel-juridisch en fiscaal kader voor toekomstvoorzieningen en het debat over de toekomstvoorziening van de ondernemer.

1.3 Onderzoeksmethode

1.3.1 Onderzoeksaanpak en toetsingskader

Om te kunnen onderzoeken of een ANP wenselijk is, onderzoek ik eerst of het huidige stelsel van toekomstvoorzieningen voldoet door het huidige civiel-juridische en fiscale kader van toekomstvoorzieningen per categorie ondernemer te analyseren. Bij deze analyse maak ik gebruik van het toetsingskader. Tijdens de analyse breng ik de verschillen in de kaders tussen de categorieën ondernemers in beeld, wat betreft de opbouw- en de uitkeringsfase en probeer ik deze verschillen historisch te verklaren door in te gaan op de achtergrond van de regelingen. Tevens inventariseer ik de knelpunten die uit het huidige stelsel voortvloeien. In deze scriptie hoop ik te komen tot aanbevelingen ter oplossing van deze knelpunten en, indien gewenst, tot een ontwerp voor één civiel-juridisch en fiscaal pensioenkader voor alle werkenden, ongeacht de arbeidsverhouding. Een eventueel nieuw kader dient uiteraard te voldoen aan de criteria van het toetsingskader. De criteria van het toetsingskader zijn:

- Verzorgingsdoelstelling

Bij een toekomstvoorziening moet de verzorgingsdoelstelling voldoende tot uitdrukking komen. Een regeling moet dus leiden tot een adequate opbouw en waarborging van de voorziening voor zowel de belastingplichtigen als de nabestaanden. Dit criterium wordt ook wel de pensioengedachte genoemd.

- Uitvoerbaar voor de overheid

Het makkelijker uitvoerbaar maken van de belastingwetgeving vormt al een aantal jaar een speerpunt in de fiscale beleidsplannen. Bij een regeling moet daarom acht worden geslagen op de gevolgen voor de uitvoeringspraktijk van de overheid. Een regeling mag niet dusdanig gecompliceerd en gedetailleerd zijn dat deze voor de Belastingdienst moeilijk uitvoerbaar en controleerbaar is. Dit leidt namelijk tot hoge uitvoeringskosten.

- Toegankelijk en begrijpelijk voor de belastingplichtigen

Een toegankelijk kader voor toekomstvoorzieningen nodigt belastingplichtigen uit om maatregelen te treffen voor het beveiligen van de levensstandaard. Te veel verschillende regelingen en mogelijkheden kan belastingplichtigen afschrikken en werkt advieskosten in de hand. Een nieuw kader moet daarom leiden tot een vereenvoudigingswinst, waarbij de regelgeving structureel eenvoudiger en begrijpelijker wordt voor belastingplichtigen.

- In lijn met internationale en Europese regelgeving

Aangezien (nieuwe) wettelijke regelingen in lijn met de internationale en Europese regelgeving moeten zijn, vindt toetsing plaats of mogelijke strijdigheden bestaan met internationale of Europese regelgeving.

1.3.2 Afbakening

In deze scriptie richt ik mij op drie categorieën ondernemers, die ieder te maken hebben met afzonderlijke regelingen voor de opbouw van een toekomstvoorziening, namelijk de ondernemers die verplicht deelnemen aan een pensioenregeling ingevolge de Wvb of Wet BPF 2000, de IB-ondernemers die niet onder de Wvb of Wet BPF 2000 vallen en de dga's die niet onder de Wvb of Wet BPF 2000 vallen. De resultaatgenieter neem ik niet expliciet mee in mijn onderzoek. Echter, bevindingen in mijn scriptie zijn ook relevant voor de toekomstvoorziening van de resultaatgenieter.

1.4 Onderzoeksopzet

Om tot een adequate beantwoording van de probleemstelling te komen, is deze scriptie in zes hoofdstukken ingedeeld. In hoofdstuk 2 wordt allereerst een bijzondere groep ondernemers vanuit pensioenperspectief geïnventariseerd, namelijk de ondernemers die verplicht deelnemen aan een pensioenregeling ingevolge de Wvb of Wet BPF 2000. De deelvragen die in dit hoofdstuk aan bod komen zijn: 'Welke mogelijkheden hebben ondernemers die onder de Wvb of Wet BPF 2000 vallen binnen het huidige wettelijk kader om fiscaal ondersteund een toekomstvoorziening op te bouwen?' en 'Voldoet het huidige stelsel van toekomstvoorzieningen voor deze categorie ondernemers aan de criteria van het toetsingskader?'.

Deze deelvragen worden in de hoofdstukken 3 en 4 achtereenvolgens behandeld voor de IB-ondernemers die niet onder de Wvb of Wet BPF 2000 vallen en de dga's die niet onder de Wvb of Wet BPF 2000 vallen.

Hoofdstuk 5 staat in het teken van de toekomst van het stelsel van toekomstvoorzieningen voor de ondernemer. In dit hoofdstuk wordt onderzocht of een ANP gewenst is en zo ja, hoe een dergelijk kader dient te worden vormgegeven. De deelvragen waarop in hoofdstuk 5 wordt getracht een antwoord te formuleren zijn: 'Is, gezien vanuit de huidige verschillende mogelijkheden voor verschillende arbeidsvormen, een ANP gewenst?' en 'Hoe kan een ANP worden bereikt?'

Hoofdstuk 6 vormt tot slot de conclusie. In dit afsluitende hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op de probleemstelling. Eveneens is ruimte voor aanbevelingen.

2. Ondernemers die verplicht deelnemen aan een pensioenregeling

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk behandelt een bijzondere groep ondernemers vanuit pensioenperspectief, namelijk de ondernemers die op grond van de Wvb of Wet BPF 2000 verplicht zijn om in een beroepspensioenregeling of bedrijfstakpensioenfonds deel te nemen²⁵. Zonder dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, wordt door deze ondernemers pensioen opgebouwd in de tweede pijler van het Nederlandse stelsel van toekomstvoorzieningen. Het hoofdstuk vangt aan met een bespreking van de achtergrond van de bij wet opgelegde verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling of bedrijfstakpensioenfonds. Teneinde de deelvraag 'Welke mogelijkheden hebben ondernemers die onder de Wvb of Wet BPF 2000 vallen binnen het huidige wettelijk kader om fiscaal ondersteund een toekomstvoorziening op te bouwen?' te beantwoorden, wordt in paragraaf 2.3 het civiel-juridische kader in kaart gebracht. Paragraaf 2.4 behandelt vervolgens het fiscale kader. In paragraaf 2.5 wordt getoetst of het huidige stelsel van toekomstvoorzieningen voor ondernemers die onder de Wvb of Wet BPF 2000 vallen, voldoet aan de criteria van het toetsingskader. Paragraaf 2.6 sluit dit hoofdstuk af met een tussenconclusie.

2.2 Achtergrond verplichtstelling

Op 26 maart 1949 werd de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (hierna: Wet BPF), voorloper van de huidige Wet BPF 2000, ingevoerd. Met de invoering van deze wet werd beoogd voor pensioenen een stelsel te creëren dat overeenkwam met het algemeen verbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten²⁶. De primaire doelstelling van de wet was dat een bedrijfstakpensioenfonds ook kon gelden voor anderen dan degenen die vrijwillig waren aangesloten, waarbij de belangen van de verschillende groepen aangeslotenen in aanmerking werden genomen²⁷. Door de deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds voor een gehele bedrijfstak verplicht te stellen, wordt binnen de bedrijfstak de arbeidsvoorwaarde pensioen gelijkgetrokken en is het niet meer mogelijk om door het niet of gering geven van pensioen qua loonkosten een voorsprong te verkrijgen op vakgenoten²⁸. Dit zorgt voor orde

²⁵ Op de wettelijk verplichte deelneming voor notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-notarissen aan een notarieel beroepspensioenfonds ingevolge de Wet op het notarisambt wordt in dit hoofdstuk niet expliciet ingegaan.

²⁶ De Wet van 25 mei 1937, tot het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (hierna: Wet AVV) was geen geschikt instrument voor de invulling van de verplichtstelling. Immers, een beroep op de Wet AVV gold (destijds) slechts voor twee jaar, wat niet overeenkomt met het permanente karakter dat pensioenfondsen dragen.

²⁷ Door de verplichtstelling kunnen deelnemers met 'goede risico's' niet afzien van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds en wordt de risicosolidariteit gegarandeerd.

²⁸ Zie over de doelstellingen van de wet Kamerstukken I 1948/49, 785, vel 79, p. 297 en Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5 (MvA).

en rust binnen een bedrijfstak. De concurrentiebeperking die binnen een bedrijfstak ontstond, was volgens de Minister te rechtvaardigen, aangezien de belangen van de bedrijfsgenoten er mee gediend waren ²⁹. Een bedrijfstakpensioenfonds moest in elk geval dienst doen ten gunste van werknemers in een bedrijfstak. Vanuit sociaal belang en de beschermingsgedachte werd door een aantal bedrijfstakken verzocht om ook zelfstandige werkers op te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds, aangezien deze groep maatschappelijk min of meer gelijk was aan de werknemers. Omdat hierdoor bovendien concurrentiefactoren in een bedrijfstak worden geëlimineerd, is besloten dat deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht gesteld kan worden voor werknemers en voor andere bedrijfsgenoten (zelfstandigen) die sociaal en economisch op ongeveer gelijk niveau staan als de werknemers ³⁰. Zelfstandige beroepsgenoten en beroepsgenoten in loondienst vielen niet onder de reikwijdte van de Wet BPF, daar de verschillen (in terminologie) tussen werknemers en beroepsgenoten tot omvangrijke en complexe wetgeving zouden leiden.

Bij beroepsgenoten, die dus vrijelijk en zelfstandig hun toekomstvoorziening konden regelen, ontstond ook behoefte aan de mogelijkheid om aanvullende pensioenvoorzieningen te treffen die slechts in collectief verband, middels verplichte deelneming, tot stand kunnen worden gebracht ³¹. Om aan deze behoefte tegemoet te komen, werd op 1 september 1972 de Wvb van kracht ³². Het streven was om voor beroepsgenoten een regeling te treffen conform de Wet BPF. Het zwaartepunt van de Wvb ligt niet bij de beroepsgenoten in loondienst, maar bij de zelfstandige beroepsgenoten. De verplichtstelling voor een ieder die werkzaam is binnen de beroepsgroep is voor de beroepspensioenregelingen noodzakelijk. Zo wordt voorkomen dat alleen degenen met slechte risico's (leeftijd/geslacht/gezondheid) deelnemen en zij hun pensioenen dientengevolge alleen kunnen verzekeren tegen zeer hoge kosten ³³.

2.3 Civiel-juridisch kader

Het nationale wettelijk kader voor de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen wordt voornamelijk gevormd door de bepalingen in de Wet BPF 2000 en de aan deze wet verwante wet- en regelgeving, zoals het Vrijstellings- en boetebesluit Wet BPF 2000. Bovendien zijn

²⁹ Handelingen I 1948/49, 785, vel 81, p. 305. Gedurende de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel zei de Minister het volgende over het bestaansrecht van de wet: 'Het gaat om de vraag of een regeling, zoals hier aan de orde, zodanig is, dat de belangen van de bedrijfsgenoten beter verzorgd kunnen zijn dan zonder deze wettelijke regeling, welke vraag ik overtuigend bevestigend beantwoord'. Zie J.C.M. van der Poel, VU Expertisecentrum Pensioenrecht, 2013, p. 25.

³⁰ Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5 (MvA), p. 12 en Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 3 (MvT) p. 3.

³¹ Collectief kunnen resultaten worden behaald die niet op individueel niveau kunnen worden bereikt. Waaronder voorzieningen op grond waarvan jongeren via een stelsel van technische doorsneepremies bijdragen aan de hogere lasten van de voorzieningen voor ouderen (intergenerationele solidariteit) en voorzieningen met gunstigere verzekeringsvoorwaarden door schaalvoordelen. Zie J.C.M. van der Poel, VU Expertisecentrum Pensioenrecht, 2013, p. 29 en 31.

³² Kamerstukken II 1969/70, 10 216, nr. 5 (MvA), p. 2 en 6.

³³ Kamerstukken II 1969/70, 10 216, nr. 3 (MvT), p. 8.

de bepalingen van de PW (gedeeltelijk) van toepassing op werknemers en personen, niet zijnde werknemers of werkgevers, die onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds vallen, ingevolge respectievelijk artikel 2 en artikel 3 PW. De wettelijke bepalingen betreffende de verplichtgestelde beroepspensioenregelingen zijn vastgelegd in de Wvb. Op beroepsgenoten die onder de werkingssfeer van deze wet vallen, is de PW niet van toepassing³⁴. Dit volgt voor de beroepsgenoten in loondienst uit de definitie van een werknemer in artikel 1 PW. De Wvb vervult voor beroepsgenoten een soortgelijke functie als de PW voor 'reguliere werknemers'. Beide wetten komen zelfs grotendeels overeen³⁵. Hierdoor kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de gewenstheid van een afzonderlijk civiel-juridisch kader voor beroepsgenoten. Dit geldt in het bijzonder voor beroepsgenoten in loondienst, aangezien werknemers in beginsel onder de PW vallen. Ingevolge artikel 2 BPF 2000 en artikel 5 Wvb kunnen het georganiseerde bedrijfsleven binnen een bedrijfstak³⁶ of beroepspensioenverenigingen³⁷, die een belangrijke meerderheid van de betreffende bedrijfstak of beroepsgroep vertegenwoordigen, de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid om verplichtstelling verzoeken van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenregeling voor één of meer bepaalde groepen. Er is sprake van een belangrijke meerderheid ingeval de aanvragende partij ten minste 55% van de beroepsgenoten of werknemers in de betreffende bedrijfstak vertegenwoordigt. Bij een beroepspensioenvereniging die zowel vrije beroepsgenoten als beroepsgenoten in loondienst vertegenwoordigt, moet de beroepspensioenvereniging een belangrijke meerderheid van beide groepen afzonderlijk vertegenwoordigen. De verplichtstelling geschiedt middels een verplichtstellingsbeschikking en geldt tevens voor werkgevers en beroepsgenoten die niet zijn aangesloten bij de aanvragende werkgeversorganisatie of beroepspensioenvereniging³⁸.

Sinds 1 januari 2015 is in artikel 2 lid 3 sub b wet BPF 2000 en in artikel 5 lid 2 sub b Wvb een beperkende voorwaarde voor de verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen opgenomen. Deze voorwaarde houdt in dat de verplichtstelling in beginsel slechts van toepassing is als de pensioenregeling binnen de grenzen van artikel 18a Wet LB 1964 blijft. Deze wijziging in de civiel-juridische wetgeving werkt rechtstreeks door naar de fiscale behandeling van bedrijfstak- en beroepspensioenregelingen.

³⁴ In het Besluit Pensioenwet en de Regeling Pensioenwet zijn wel bepalingen opgenomen die betrekking hebben op verplichte beroepspensioenregelingen.

³⁵ G.M.C.M. Staats et al., *Werkgroep Ondernemerspensioen*, 2015, p. 36.

³⁶ Doorgaans werkgevers- en werknemersorganisaties, zie B. Dieleman, *Proefschrift Erasmus Universiteit Rotterdam* 2012, p. 25.

³⁷ Een beroepspensioenvereniging is een rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging met beroepsgenoten als leden, waarbij in de statuten is opgenomen dat het doel van de vereniging bestaat uit het voorzien in een pensioen voor de leden.

³⁸ Kamerstukken II 1999/00, 27073, nr. 3 (MvT), par. 5/Kamerstukken II 2003/04, 29481, nr. 3, par 2.2.

Ingevolge artikel 2 lid 1 Wet BPF 2000 kunnen ook andere categorieën werkenden dan werknemers onder de reikwijdte van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds worden gebracht, op voorwaarde dat het één of meer bepaalde groepen van personen betreft die werkzaam zijn in de betrokken bedrijfstak. Tot wie de reikwijdte van de verplichtstelling strekt, wordt bepaald door de voldoende representatieve sociale partners in een bedrijfstak³⁹. Van de mogelijkheid om zelfstandigen onder de werking van een verplichtstellingsbeschikking te scharen, wordt amper gebruik gemaakt. Alleen bij het Bedrijfstakpensioenfonds voor het Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf en het Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid zijn zelfstandigen verplicht aangesloten⁴⁰. Aan een verplichtgestelde beroepspensioenregeling ingevolge de Wvb is daarentegen de eis gesteld dat deze in overwegende mate is bestemd voor zelfstandig werkende beroepsgenoten. De verplichtstelling staat wel tevens open voor beroepsgenoten in loondienst. Ingevolge artikel 1 Wvb kan slechts een natuurlijk persoon deelnemer zijn en dus niet de rechtspersoon waarin het beroep of bedrijf wordt uitgeoefend. Het is aannemelijk dat daarmee wordt beoogd dat de verplichte deelneming een privé-gebeurtenis is⁴¹. In de volgende paragraaf komt naar voren dat ook het fiscale kader zich hiernaar richt.

In tegenstelling tot de Wet BPF 2000, stelt de Wvb deelneming in een pensioenregeling verplicht en niet deelneming in een fonds⁴². Beroepspensioenverenigingen mogen zelf bepalen wie de beroepspensioenregeling uitvoert. De uitvoering mag echter slechts door één (buitenlands) fonds dan wel verzekeraar geschieden⁴³. De Wvb is een raamwet, waardoor een beroepspensioenvereniging in beginsel zelf de inhoud van de beroepspensioenregeling dient overeen te komen. Echter, teneinde de solidariteit tussen de deelnemers in een beroepspensioenregeling te optimaliseren en de machtspositie van de pensioenuitvoerder in te dammen, is in artikel 23 Wvb bepaald dat de beroepspensioenuitvoerder een doorsneepremie moet hanteren voor de verplichte pensioenregelingen⁴⁴. Een doorsneepremie is een voor alle deelnemers van de beroepspensioenregeling gelijk bedrag of gelijk percentage aan pensioenpremie. Het percentage kan worden gekoppeld aan het loon, het inkomen of de omzet van de beroepsgenoten. Momenteel kent Nederland elf verplichte beroepspensioenregelingen, welke voornamelijk zijn gericht op beroepsgenoten werkzaam in de gezondheidszorg en het havenbedrijf⁴⁵.

³⁹ Een verplichtstelling voor uitsluitend zelfstandigen in een bedrijfstak is niet mogelijk, zie kamerstukken II 2000/01, 27 073, nr. 3 (MvT), p. 10.

⁴⁰ J.C.M. van der Poel, VU Expertisecentrum Pensioenrecht, 2013, p. 26.

⁴¹ P. Kavelaars, WFR 1999/444, par. 2.

⁴² Dit onderscheid is op advies van de SER aangebracht. Hiermee wordt tegemoetgekomen aan de ondernemersvrijheid waarvoor zelfstandige beroepsgenoten hebben gekozen. Zie SER-Advies 1968.

⁴³ Zie artikel 8 Wvb en Kamerstukken II 2003/04, 29 481, nr. 3 (MvT), par. 2.2.

⁴⁴ Kamerstukken II 2003/04, 29 481, nr. 3, (MvT), par. 2.4.

⁴⁵ Zie Register pensioenfondsen DNB.

2.4 Fiscaal kader

2.4.1 Fiscale begeleiding via de Wet IB 2001

De fiscale begeleiding van verplichtgestelde beroeps- en bedrijfstakpensioenen van zelfstandige beroeps- of bedrijfsgegoten die niet voor de heffing van loonbelasting als werknemer (dga's) kwalificeren, vindt in de Wet IB 2001 plaats⁴⁶. Aanspraken uit hoofde van een pensioenregeling waaraan wordt deelgenomen op grond van de Wvb of Wet BPF 2000, zoals genoemd in artikel 1.7 lid 2 onderdeel b Wet IB 2001⁴⁷, zijn objectief vrijgesteld van de winst ingevolge artikel 3.13 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001⁴⁸. De uitkeringen krachtens deze pensioenregelingen vormen belastbare periodieke uitkeringen ingevolge artikel 3.100 lid 1 onderdeel d Wet IB 2001, die vervolgens via artikel 34 Wet LB 1964 jo. artikel 11 Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 (hierna: Uitv. besl. LB 1965) worden getransponeerd in loon uit vroegere dienstbetrekking, waardoor inhouding van loonbelasting mogelijk wordt. Bij niet-reguliere afwikkeling worden krachtens artikel 3.135 Wet IB 2001 de premies en het daarover behaalde rendement belast en is ingevolge artikel 30i Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) revisierente verschuldigd.

Zoals in paragraaf 2.3 reeds is aangegeven, kunnen vanaf 1 januari 2015 in beginsel alleen pensioenregelingen die binnen de begrenzings van artikel 18a Wet LB 1964 blijven onder de verplichtstelling van de Wvb en Wet BPF 2000 vallen. Een gedegen motivering van de wetgever voor deze wijziging ontbrak. In de memorie van toelichting van de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioenen en introductie levensloopregeling (hierna: Wet VPL), waarin de wijziging al in 2004 werd aangekondigd, is aangegeven dat de wijziging was gericht op het afschaffen van de verplichtstelling van pensioenregelingen die niet (langer) fiscaal gefaciliteerd worden⁴⁹. Aangezien de fiscale facilitering van beroeps- of bedrijfstakpensioenregelingen van zelfstandigen afhankelijk is van het van toepassing zijn van een verplichtstelling, ontstaat een vicieuze cirkel waarin de fiscale facilitering afhankelijk is van de verplichtstelling en de verplichtstelling afhankelijk is van de fiscale facilitering⁵⁰.

⁴⁶ Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat voor het fiscale kader de systematiek van de omkeerregeling uit de Wet LB 1964 als voorbeeld heeft gediend.

⁴⁷ Per 1 januari 2015 wordt ingevolge dit artikel zowel de verplichte basispensioenregeling als de vrijwillige aanvulling daarop als pensioenregeling aangemerkt. Hierdoor wordt naast de verplichte basisregeling ook de vrijwillige aanvulling daarop (onder voorwaarden) fiscaal gefaciliteerd.

⁴⁸ Inzake deze bepaling wordt de aanspraak volledig tot het privévermogen gerekend. Strikt genomen komt de pensioenregeling voort uit het ondernemerschap, waardoor de pensioenaanspraak tot het verplichte ondernemingsvermogen behoort en dus de fiscale winst- en verliesrekening beïnvloedt. Deze uitwerking achtte de wetgever onwenselijk, omdat dan een verschil in behandeling bestaat ten opzichte van werknemers en bovendien zou belasting worden geheven over inkomen dat pas in de toekomst wordt genoten. Zie P. Kavelaars, WFR 1999/444, par. 5a. In BNB 1967/220 heeft de Hoge Raad bevestigd dat de aanspraak ingevolge een beroeps pensioenregeling tot het privévermogen moet worden gerekend.

⁴⁹ Kamerstukken II 2003/04, 29 760, nr. 3 (MvT), p. 44.

⁵⁰ M.C.D. Janse en B. Starink, PM 2011/05, p. 17.

2.4.2 Situatie tot 2015

De wijziging in de civiel-juridische wetgeving heeft tot gevolg dat vanaf 2015 ook beroeps- en bedrijfstakpensioenregelingen van beroeps- en bedrijfsgegoten anders dan werknemers in dienstbetrekking en dga's binnen de begrenzungen van artikel 18a Wet LB 1964 moeten blijven. Anders vervalt de verplichtstelling en daarmee de fiscale facilitering⁵¹. Tot 2015 bestond een curieus beeld. Namelijk, in tegenstelling tot de Wet LB 1964, ontbrak in de Wet IB 2001 een uitgebreid materieel pensioenkader. De enige ter zake doende artikelen voor zelfstandigen met een verplichtgestelde beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling waren artikel 1.7 lid 2 onderdeel b Wet IB 2001, artikel 3.13 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 en artikel 3.100 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001. Ingevolge artikel 1.7 lid 2 onderdeel b Wet IB 2001 wordt onder een pensioenregeling mede verstaan een pensioenregeling waaraan deelneming verplicht is op grond van de Wvb of BPF 2000. Als van een dergelijke regeling sprake is, behoren de aanspraken uit hoofde van een beroeps- of bedrijfstakpensioen ingevolge artikel 3.13 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 niet tot de winst en vormen de uitkeringen krachtens deze pensioenregelingen belastbare periodieke uitkeringen ingevolge artikel 3.100 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001. Bovendien had de Hoge Raad in een arrest uit 1967 geoordeeld dat premies verschuldigd uit hoofde van een verplichtgestelde deelneming in een beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling volledig ten laste van de fiscale winst mochten komen als beroeps- of ondernemingskosten⁵². Het bepaalde in de Wet LB 1964 had geen betekenis voor de beroeps- of bedrijfstakpensioenregelingen van zelfstandige beroeps- of bedrijfsgegoten⁵³. Immers, dan zal voor de hand hebben gelegen dat in artikel 3.13 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 een verwijzing stond naar de loonbelastingbepalingen. Bovendien voldeed geen enkele beroepspensioenregeling aan de voor het werknemerspensioen geldende loonbelastingbepalingen. Zo was het mogelijk om zonder sanctie het beroepspensioen af te kopen, over te dragen of ervan af te zien. Daarnaast was bijvoorbeeld de beroepspensioenregeling voor tandartsen niet afhankelijk van het inkomen of het loon, maar afhankelijk van de aan een ziekenfonds gedeclareerde omzet. Bovendien konden beroepspensioenregelingen vaste premies hebben die volkomen onafhankelijk waren van de winst, het inkomen of de omzet. Ondanks deze niet binnen de

⁵¹ Opvallend is dat in artikel 5 lid 2 sub b Wvb en artikel 2 lid 3 sub b Wet BPF 2000 is bepaald dat voor de toepassing van de verplichtstelling slechts binnen de grenzen van artikel 18a Wet LB 1964 moet worden gebleven. Er wordt niet verwezen naar de overige bepalingen van hoofdstuk IIB Wet LB 1964. Indien sprake is van een bovenmatig partnerpensioen op grond van artikel 18b Wet LB 1964 blijft de verplichtstelling in stand en blijft dus ook de omkeerregeling van toepassing. Echter, voor de premieaftrek dient de regeling ingevolge artikel 3.18 Wet IB 2001 wel te voldoen aan onder andere de normeringen en beperkingen van artikel 18b Wet LB 1964.

⁵² HR 28 juni 1967, nr. 15 744, BNB 1967/220. Voor premies uit hoofde van een vrijwillige deelneming, als aanvulling op het verplichte deel van de pensioenregeling, was aftrek onder voorwaarden mogelijk als uitgaven voor inkomensvoorzieningen in de lijfrentesfeer.

⁵³ P. Kavelaars, WFR 1999/444, par. 3.

loonbelastingbepalingen passende karakteristieken, werd de opbouw van beroepspensioenregelingen fiscaal gefaciliteerd. Dit wijst er dus op dat de criteria zoals die gelden voor een loonbelastingpensioen ten aanzien van de beroepspensioenregelingen geen betekenis hadden. Hierdoor bestond de situatie dat de zelfstandige beroeps- en bedrijfsgenoten, niet zijnde dga's, zonder nadere toetsing fiscaal gefaciliteerd pensioen konden opbouwen⁵⁴. Zelfstandige beroeps- en bedrijfsgenoten konden dus fiscaal gefaciliteerd een ruimer pensioen opbouwen dan belastingplichtigen werkzaam in loondienst of kwalificerende als dga⁵⁵. Immers, pensioenregelingen die waren goedgekeurd in de bedrijfstak of beroepsgroep werden tevens fiscaal aanvaard. Zo was een bepaalde pensioenpremie die op grond van de Wvb verplicht was zonder meer fiscaal aftrekbaar van de winst. Dit leidde tot ondoorzichtige criteria ten aanzien van de fiscale facilitering van beroepspensioenregelingen en een onterechte ongelijke behandeling tussen beroepspensioenregelingen en reguliere werknemerspensioenregelingen⁵⁶.

De in artikel 3.13 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 opgenomen vrijstelling werkt middels de rangorderegeling van artikel 2.14 Wet IB 2001 door naar alle overige bronnen van inkomen, zodat de aanspraak ingevolge een beroepspensioenregeling evenmin belast kan worden als loon. Voor de beroeps- en bedrijfsgenoten in loondienst en de zelfstandige beroeps- en bedrijfsgenoten die voor de heffing van de loonbelasting als werknemer (dga) kwalificeren waren ook ingevolge het arrest van de Hoge Raad de verplichte premies aftrekbaar. Tot 2001 konden de verplichte premies als beroepskosten in aanmerking worden genomen. Met de invoering van de Wet IB 2001 is een einde gekomen aan de beroepskostenaftrek, waarna de verplichte bijdrage ingevolge een begunstigend besluit als negatief loon alsnog in aanmerking mochten worden genomen⁵⁷. Voorwaarde was wel dat de pensioenregeling binnen de grenzen van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 bleef, waardoor deze groepen, in tegenstelling tot de zelfstandige beroeps- en bedrijfsgenoten, voor een fiscaal gefaciliteerde opbouw van pensioen aan de begrenzingen en de bepalingen van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 waren gebonden. Aangezien vanaf 2015 ook beroeps- en bedrijfstakpensioenregelingen van beroeps- en bedrijfsgenoten anders dan werknemers in dienstbetrekking en dga's binnen de begrenzingen van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 moeten blijven, is aan deze, mijns inziens niet gerechtvaardigde, ongelijke behandeling per 2015 een einde gekomen.

⁵⁴ P. Kavelaars, WFR 1999/444, par. 3. Wel aannemelijk is dat bij de invoering of een wijziging van een beroepspensioenregeling werd beoordeeld of en in hoeverre de regeling fiscaal aanvaardbaar was. Daarbij werd volgens Kavelaars waarschijnlijk het Ministerie van Financiën op informele basis geraadpleegd door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Grote bezwaren bij dit proces waren dat 'eigen' toetsnormen werden gehanteerd, die niet gelijk waren aan de loonbelastingnormen en controle onmogelijk was.

⁵⁵ B. Dieleman, WFR 2013/680, par. 1.

⁵⁶ P. Kavelaars, WFR 1999/444, par. 6.

⁵⁷ Besluit van 7 april 2003, nr. DGB2002/7207M (inmiddels vervallen).

2.4.3 Pensioenkader in de Wet LB 1964

Ter uitvoering van het laten voldoen van de beroeps- en bedrijfstakpensioenregelingen van zelfstandige beroeps- en bedrijfsgegoten aan de voorwaarden van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 is met ingang van 2015 artikel 3.18 Wet IB 2001 geïntroduceerd, waardoor voor de aftrekbaarheid van de pensioenpremies onder andere de voorwaarde geldt dat de pensioenregeling aan een deel van de voorwaarden van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 voldoet. Opmerkelijk is dat in artikel 3.18 Wet IB 2001 rechtstreeks naar de Wet LB 1964 wordt verwezen, terwijl deze wet voor het overige niet van toepassing is op zelfstandige ondernemers. Op de zelfstandige beroeps- en bedrijfsgegoten wordt dus het pensioenregime uit de Wet LB 1964 van overeenkomstige toepassing verklaard, terwijl zij voor het overige niet onder het loonregime, maar onder het winstregime vallen⁵⁸. De in de Wet LB 1964 gebruikte begrippen, die typisch werknemer gerelateerd zijn, zijn dan ook niet één-op-één toepasbaar op de zelfstandige beroeps- en bedrijfsgegoten. In het vierde lid van artikel 3.18 Wet IB 2001 is daarom voor een aantal begrippen een vertaalslag gemaakt.

Zo wordt voor de beoordeling of is voldaan aan de normeringen en beperkingen van de Wet LB 1964 voor de zelfstandige beroeps- en bedrijfsgegoten onder het pensioengevend loon in beginsel verstaan de winst uit onderneming⁵⁹ in het derde kalenderjaar voorafgaande aan het jaar waarin de premie wordt betaald⁶⁰. Uit deze definitie volgt dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen de kapitaal-, de arbeids-, en de risicocomponenten in de winst en dat dus alle winstbestanddelen pensioengevend zijn. De wetgever heeft zich er op dit punt gemakkelijk van afgemaakt. Aangezien de winst door de jaren heen sterk kan fluctueren, is fiscale facilitering op basis van een 'eindloonstelsel' uitgesloten. De invulling van de pensioengrondslag ingevolge de zogenaamde t-3 methode is ingegeven om de zelfstandige beroeps- en bedrijfsgegoten voldoende tijd te bieden om de fiscale winst vast te stellen⁶¹. De jaarwinst is namelijk, anders dan het loon van een werknemer, pas na afloop van een jaar bekend. In de literatuur wordt het standpunt breed gedragen dat aan zelfstandigen de gelegenheid moet worden geboden om van een actuelere winstgrondslag uit te gaan, in onder andere de situatie dat de winst een groei doormaakt en de boekhouding goed op orde

⁵⁸ M.C.D. Janse en B. Starink, PM 2011/05, p. 17.

⁵⁹ Op de winst uit onderneming worden enige correcties toegepast met betrekking tot de oudedagsreserve, de ondernemersaftrek en de uit hoofde van een verplichtgestelde beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling betaalde premies. Door deze correcties wordt aansluiting tussen het fiscale winstbegrip en het fiscale loonbegrip bewerkstelligd, zie J.A. Gielink, TPV 2013/44, p. 8.

⁶⁰ In een aantal gevallen wordt een andere referentieperiode in aanmerking genomen. Zo geldt een speciale regeling om de gevolgen van een tussentijdse ziekte of arbeidsongeschiktheid op het fiscale maximale inkomen te verzachten, zie artikel 11d Uitv. besl. Wet IB 2001. Ook starters kennen noodzakelijkerwijs een afwijkend pensioengevend inkomen, zie artikel 11e Uitv. besl. Wet IB 2001.

⁶¹ Kamerstukken II 2012/13, 33 403, nr. 3, p. 20.

is ⁶². Ook ik ben van mening dat het termijn van drie jaar te ruim is en ik spreek mijn voorkeur uit voor een t-1 methode. Immers, in principe dienen de belastingaangifte en de jaarrekening in minder dan twaalf maanden na afloop van een kalenderjaar te worden ingediend.

Bovendien kan het inkomen van de ondernemer gedurende de drie jaren sterk zijn veranderd, waardoor bij de t-3 methode de te betalen premie erg hoog of erg laag kan zijn in verhouding tot het actuele inkomen.

Gelet op het voorgaande is het interessant om de beroepspensioenregelingen per 2015 aan een nadere beschouwing te onderwerpen. Immers, de beroepspensioenregelingen moesten worden aangepast om aan de normeringen en beperkingen van de Wet LB 1964 te voldoen. Dit betreft onder andere de wijze van premiestelling. Zoals reeds aangegeven, was bij beroepspensioenregelingen een vaste jaarpremie, ongeacht het beroepsinkomen niet vreemd. Vanaf 2015 moet echter sprake zijn van een directe relatie tussen het individuele inkomen en de pensioenopbouw. Voor zover bekend zijn de pensioenregelingen per 2015 in overeenstemming gebracht met het fiscale kader ⁶³. Zo zijn ingaande 2015 de pensioenstatuten van de verplichte beroepspensioenregeling van de Nederlandse Loodsencorporatie aangepast aan de gewijzigde fiscale wet- en regelgeving. De belangrijkste wijzigingen betreffen de aanpassingen van de (maximering van de) pensioengrondslag, de pensioenleeftijd en het opbouwpercentage aan de begrenzings- en de bepalingen van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 ⁶⁴. Mocht een bedrijfstak- of beroepspensioenfonds na 2015 een regeling uitvoeren die niet blijft binnen de begrenzings- van artikel 18a Wet LB 1964, is de verplichtstelling tot deelneming komen te vervallen.

2.4.4 Beroeps- en bedrijfsgenoten die als dga kwalificeren

Tot slot verdient de fiscale begeleiding van een beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling waarbij de beroeps- of bedrijfsgenoot door tussenkomst van een eigen vennootschap opereert aandacht. De zelfstandige beroeps- of bedrijfsgenoot die zijn onderneming in de rechtsvorm van een bv drijft, wordt fiscaal aangemerkt als werknemer waardoor op deze dga het regime van de loonbelasting van toepassing is. Voor de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VpB 1969) is van belang dat de aanspraak jegens het pensioenfonds strikt persoonlijk is ⁶⁵. De aanspraak kan dus niet aan de vennootschap toekomen en nimmer tot het vermogen of de winstbepaling van de

⁶² Zie o.a. J.A. Gielink, TPV 2013/44, p. 6., G.M.C.M. Staats et al., Werkgroep Ondernemerspensioen, 2015, p. 36. en B. Dieleman, WFR 2013/680, par. 4.2.

⁶³ F. Hoppers, Praktijkblad Salarisadministratie nr. 4 februari 2015, p. 17.

⁶⁴ Zie brief van 15 januari 2015 met kenmerk NLC/MT/4596 waarin de Stichting Beroepspensioenfonds Loodsen, ter voldoening aan de in artikel 10 Wvb gestelde eis, het afschrift van wijziging aan het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid toezendt.

⁶⁵ Contractpartij bij de beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling is de beroeps- of bedrijfsgenoot als privé-persoon en dus niet de vennootschap. Bovendien is in BNB 1967/220 beslist dat de aanspraak op een beroepspensioenregeling een privé-aanspraak is.

vennootschap worden gerekend ⁶⁶. In artikel 8 lid 1 Wet VpB 1969 is derhalve artikel 3.13 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001, waarin is geregeld dat de aanspraken uit hoofde van een pensioenregeling waaraan wordt deelgenomen op grond van de Wvb of Wet BPF 2000 objectief zijn vrijgesteld van de winst, niet van overeenkomstige toepassing verklaard voor de Wet VpB 1969. Dit is namelijk overbodig; er valt niets vrij te stellen. Indien de zelfstandige beroeps- of bedrijfsgenoot zijn onderneming heeft ingebracht in een bv, is samenloop van beroeps- of bedrijfspensioen en werknemerspensioen mogelijk. Voor de beoordeling van het pensioen dat in de hoedanigheid van dga bij de bv kan worden bedongen, moet rekening worden gehouden met het verplichte beroeps- of bedrijfstakpensioen ⁶⁷. De waarde van de aanspraak ingevolge een beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling komt, net als de AOW, in mindering op de door de vennootschap toe te zeggen pensioenaanspraak. De verplichte deelneming in de beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling maakt geen deel uit van het door de vennootschap toegezegde pensioen ⁶⁸.

2.5 Analyse

2.5.1 Verzorgingsdoelstelling

Op ondernemers die onder de werkingssfeer van de Wet BPF 2000 vallen, zijn de bepalingen van de PW van toepassing. Ondernemers die behoren tot de werkingssfeer van de Wvb vallen niet onder de PW, maar de Wvb vervult voor deze ondernemers een soortgelijke functie als de PW. De doelstelling van de PW is de waarborging van pensioentoezeggingen ⁶⁹. De bescherming vanuit de PW en de Wvb komt onder andere tot uitdrukking in de eis tot afscheiding van het pensioenvermogen, de kwaliteitseisen aan de uitvoering van de pensioenregeling en de financiële eisen aan de uitvoerders. Afscheiding van het pensioenvermogen houdt in dat, ten behoeve van de waarborging, de voor de oude dag bestemde middelen buiten de risicosfeer van de onderneming worden gebracht. Bovendien is bepaald dat ouderdomspensioen levenslang moet worden uitgekeerd ⁷⁰ en dient de verwerving van pensioenaanspraken gedurende de deelneming ten minste evenredig in de tijd plaats te vinden. Ook is vastgelegd dat de betrokkenen zeer beperkt over de aanspraken kunnen beschikken. Zo geldt in beginsel een afkoopverbod en een vervreemdingsverbod en gelden allerlei regels om feitelijke afkoop tegen te gaan. De PW en de Wvb bieden de ondernemers dus een aanzienlijke bescherming.

⁶⁶ P. Kavelaars, WFR 1999/444, par. 5c.

⁶⁷ B.G.J. Schuurman en L.G.M. Stevens, 2015, par. 4.1.4.

⁶⁸ P. Kavelaars, WFR 1999/444, par. 5d. en tevens Hof Arnhem, 22 maart 2002, nr. 99/3531.

⁶⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 3.

⁷⁰ Tenzij het ouderdomspensioen uitsluitend voorziet in een uitkering tot het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of het bereiken van de pensioenleeftijd voor het levenslange ouderdomspensioen.

Voorts voorzien nagenoeg alle beroeps- en bedrijfstakpensioenregelingen in principe in een pensioen voor de (ex-) partner ⁷¹. Aangezien in de Nederlandse samenleving veel partners financieel afhankelijk van elkaar zijn, is nabestaandenpensioen belangrijk. De Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (hierna: Wet VPS) is van toepassing op de beroeps- en bedrijfstakpensioenregelingen. De rechten van de (ex-) partners van ondernemers die onder de Wvb of Wet BPF 2000 vallen, zijn dus ook goed gewaarborgd. Concluderend kan worden gesteld dat het huidige stelsel van toekomstvoorzieningen voor ondernemers die onder de Wvb of Wet BPF 2000 vallen aan het toetsingscriterium 'verzorgingsdoelstelling' voldoet. Immers, ingevolge de PW, de Wvb en de Wet VPS is het pensioen goed gewaarborgd voor zowel de ondernemers als de nabestaanden.

2.5.2 Uitvoerbaar voor de overheid

De zelfstandige ondernemers die onder de Wvb of Wet BPF 2000 vallen, zijn, voor wat betreft de pensioenfiscaliteit, in het loonregime gedwongen terwijl zij daar niet in thuishoren. Derhalve is voor deze relatief kleine groep ondernemers een subkader ontwikkeld, waarin typische werknemersbegrippen zijn vertaald om toepassing te kunnen vinden op de ondernemers. Ingevolge artikel 3.18 lid 5 Wet IB 2001 kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aanvullende regels worden gesteld. Het fiscale kader voor de uitkeringen van beroeps- en bedrijfstakpensioenregelingen is daarnaast deels geleend van het lijfrenteregime. Aan de hantering van een bovenmatige pensioengrondslag worden vergelijkbare fiscale consequenties verbonden als bij fiscaal bovenmatige opbouw in de lijfrentesfeer ⁷². Zo wordt de premieaftrek beperkt tot het fiscale maximum en worden de uitkeringen te zijner tijd integraal belast. Deze regeling heeft een uitvoerbaarheidsargument als achtergrond, namelijk dat een gecorrigeerde premieaftrek niet tot een bewerkelijke splitsing van pensioenaanspraken in een box-1-deel en een box-3-deel leidt ⁷³. Het huidige stelsel hinkt dus op twee regimes ⁷⁴. Dat dit stelsel niet de schoonheidsprijs verdient voor evenwichtigheid, eenvoud en duidelijkheid lijkt mij evident. Desalniettemin kent het huidige stelsel voor ondernemers die onder de Wvb of de Wet BPF 2000 vallen mijns inziens geen onoverkomelijke problemen voor de uitvoerbaarheid door de overheid, waardoor dit stelsel aan dit toetsingscriterium voldoet.

⁷¹ G.M.C.M. Staats et al., Werkgroep Ondernemerspensioen, 2015, p. 38.

⁷² Een ondernemer die van een bovenmatige pensioengrondslag is uitgegaan, krijgt zes maanden na afloop van het kalenderjaar de tijd om de te hoge premie te corrigeren. Indien correctie niet (tijdig) plaatsvindt, ontstaat dubbele belasting voor de ondernemer. Zie tevens artikel 1.7 lid 5 Wet IB 2001.

⁷³ Kamerstukken II 2012/13, 33 403, nr. 3, p. 3.

⁷⁴ G.J.B. Dietvorst et al., Werkgroep ANP, 2013, p. 108.

2.5.3 Toegankelijk en begrijpelijk voor de belastingplichtigen

Deelneming aan een beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling die aan artikel 18a Wet LB 1964 voldoet, is verplicht voor ondernemers die onder de reikwijdte van de verplichtstelling vallen. Alleen bij het BPF Schilders en het BPF Bouw dienen zelfstandige ondernemers aan het bedrijfstakpensioenfonds deel te nemen. Het aantal zelfstandige deelnemers aan een verplichte beroepspensioenregeling bedraagt zo'n veertigduizend ⁷⁵. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid stelt, op verzoek, deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenregeling voor één of meer bepaalde groepen verplicht. De verplichtstellingsbeschikking betreft dan de gehele groep, waardoor maatwerk niet mogelijk is. In de praktijk ligt voor veel sectoren hier de moeilijkheid, als het de verplichtstelling betreft. Indien een gedeelte van de doelgroep een dergelijke regeling niet wil, leidt dit, in verband met de toetsing van de representativiteit bij de procedure tot verplichtstelling, er toe dat verplichtstelling voor de gehele doelgroep niet realiseerbaar is ⁷⁶. De toegankelijkheid van de verplichtgestelde beroeps- en bedrijfstakpensioenregelingen is dus beperkt. Als ondernemers zelf de keuze hebben om deel te nemen aan een regeling voor een toekomstvoorziening, is de kans aanwezig dat een terugval in levensstandaard plaatsvindt na de actieve periode. Deelneming aan een verplichtgestelde beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling leidt daarentegen tot adequate pensioenopbouw en gewaarborgde pensioenrechten. Uitbreiding van de toegang tot beroeps- en bedrijfstakpensioenregelingen verdient daarom nader onderzoek. Hier wordt in hoofdstuk 5 verder op ingegaan.

2.5.4 In lijn met internationale en Europese regelgeving

Door de verplichtstelling van deelneming in een beroepspensioenregeling of bedrijfstakpensioenfonds ontstaat een beperking van de vrije markt. Immers, de verplichtstelling beperkt de concurrentie op de pensioenmarkt, aangezien aan één pensioenuitvoerder het exclusieve recht wordt gegeven om een pensioenregeling voor een afgebakende beroepsgroep of bedrijfstak uit te voeren. Het is dus de vraag of de verplichtstelling, die feitelijk tot een monopoliepositie bij de pensioenuitvoerder leidt, mededingingsrechtelijk is toegestaan. Met betrekking tot het nationale mededingingsrecht is de verplichtstelling wettelijk gelegitimeerd, op voorwaarde dat aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan ⁷⁷. Het EU-recht geeft tevens kaders van het mededingingsrecht waarbinnen de nationale wet- en regelgeving over aanvullende pensioenen zich moet begeven ⁷⁸. Het

⁷⁵ G.J.B. Dietvorst et al., Werkgroep ANP, 2013, p. 34.

⁷⁶ Idem, p. 108.

⁷⁷ J.C.M. van der Poel, VU Expertisecentrum Pensioenrecht, 2013, p. 34.

⁷⁸ Het EU-recht heeft voorrang op het nationale recht en werkt rechtstreeks door in de nationale rechtsorde.

wettelijk kader van het communautaire mededingingsrecht is neergelegd in Protocol 27 betreffende de interne markt en de mededinging, artikel 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU) en de artikelen 101, 102 en 106 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU).

Mede vanwege de hoge mate van solidariteit heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) in 1999 en 2000, naar aanleiding van prejudiciële vragen, geoordeeld dat de inbreuk op het mededingingsrecht die optreedt door de verplichtstelling kan worden gerechtvaardigd en derhalve toelaatbaar is op grond van het Europese mededingingsrecht⁷⁹. Zoals neergelegd in artikel 106 lid 2 VwEU, vallen ondernemingen die met het beheer van diensten van algemeen economisch belang zijn belast alleen onder de mededingingsregels voor zover de toepassing van die regels de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Het uitsluitende recht van de fondsen en de daaruit voortvloeiende concurrentiebeperking kan volgens het HvJ worden gerechtvaardigd als 'een maatregel die noodzakelijk is voor de vervulling van een aan dit fonds opgedragen bijzondere sociale taak van algemeen belang'. Doel en middel zijn in die zin proportioneel. Ook wordt voldaan aan het noodzakelijkheidsvereiste in het kader van de algemeenbelangexceptie van artikel 106 lid 2 VwEU. Immers, pensioenuitvoerders kunnen de hun opgedragen taak om een verplichtgestelde pensioenregeling te beheren niet uitoefenen zonder de verplichtstelling⁸⁰. De 'goede risico's' zullen zonder verplichtstelling weggaan, waardoor de kosten voor de achterblijvende 'slechte risico's' onaanvaardbaar hoog worden. De verplichtstelling is derhalve verenigbaar met de regels van het Europese mededingingsrecht, immers het solidaire doel van de verplichtstelling⁸¹ rechtvaardigt.

De verplichtgestelde beroeps- en bedrijfstakpensioenregelingen kennen geen voor deze scriptie relevante internationaalrechtelijke aspecten.

2.6 Tussenconclusie

De basisprincipes die aan de verplichtstelling bij bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen ten grondslag liggen, zijn collectiviteit en solidariteit. Van de mogelijkheid om zelfstandige ondernemers onder de reikwijdte van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds te brengen is beperkt gebruik gemaakt. Verplichtgestelde

⁷⁹ Voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen in de arresten Albany (C-67/96), Brentjens (C-115/97 – 117/97) en Drijvende Blokken (C-219/97) en voor verplichtgestelde beroepspensioenregelingen in het Pavlov arrest (C-180/98 – 184/98).

⁸⁰ Zie o.a. HvJ 21 september 1999, C-67/96 (Albany arrest) r.o. 107 en 108.

⁸¹ Het solidaire doel achter de verplichtstelling is dat binnen een pensioenregeling iedereen voor elkaars pensioen betaalt. Zo wordt het financiële evenwicht binnen een pensioenregeling beschermd. Bovendien wordt met de verplichtstelling voorkomen dat arbeidsvoorwaarden worden ondergraven. Dit zorgt voor rust en orde binnen de desbetreffende bedrijfstak of beroepsgroep. Zie J.C.M. van der Poel, Publieke presentatie d.d. 17 mei 2013.

beroepspensioenregelingen dienen in overwegende mate te zijn bestemd voor zelfstandig werkende beroepsgenoten. Nederland kent elf verplichte beroepspensioenregelingen, hoofdzakelijk gericht op de gezondheidszorg en het havenbedrijf. Sinds 1 januari 2015 is voor zelfstandige ondernemers met een verplichte beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling het fiscale pensioenregime voor werknemers nagenoeg onverkort van toepassing. Er is een vertaalslag gemaakt om de regels hanteerbaar te maken voor de zelfstandige ondernemers. Het huidige stelsel van toekomstvoorzieningen voor ondernemers die onder de Wvb of Wet BPF 2000 vallen, voldoet grotendeels aan de criteria van het toetsingskader. De verzorgingsdoelstelling wordt behaald en het stelsel is, zonder al te hoge kosten, uitvoerbaar voor de overheid. Ondanks dat de verplichtstelling leidt tot een vergaand ingrijpen in de vrije marktwerking, doorstaat de verplichtstelling de toets aan het mededingingsrecht. De toegankelijkheid van verplichtgestelde beroeps- en bedrijfstakpensioenregelingen wordt nader onderzocht in hoofdstuk 5. Een optie ter verwezenlijking van een arbeidsvormneutraal pensioenregime kan zijn om alle werkenden inclusief zelfstandige ondernemers onder een verplichtstelling te laten vallen.

3. Ondernemers voor de inkomstenbelasting

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komen de IB-ondernemers aan bod die niet verplicht zijn om deel te nemen in een beroepspensioenregeling of bedrijfstakpensioenfonds. Een IB-ondernemer is een belastingplichtige die vanuit fiscale optiek als ondernemer⁸² kwalificeert en als zodanig voor de winst in de inkomstenbelasting wordt belast op grond van afdeling 3.2 Wet IB 2001. IB-ondernemers zijn voor aanvullende toekomstvoorzieningen in beginsel aangewezen op de lijfrentevoorzieningen in de derde pijler van het Nederlandse stelsel van toekomstvoorzieningen. Voor de IB-ondernemers bestaan regelingen die specifiek zijn toegesneden op het karakter van het ondernemerschap. In paragraaf 3.2 en paragraaf 3.3 wordt de deelvraag 'Welke mogelijkheden hebben IB-ondernemers binnen het huidige wettelijk kader om fiscaal ondersteund een toekomstvoorziening op te bouwen?' beantwoord door een inventarisatie van het actuele civiel-juridische kader en het fiscale kader waar de IB-ondernemers mee te maken hebben bij de opbouw van een toekomstvoorziening. Aangezien IB-ondernemers van verscheidene regelingen gebruik kunnen maken, die elk hun eigen uitgangspunten en historie kennen, zal, omwille van de leesbaarheid van dit hoofdstuk, per regeling worden ingegaan op de achtergrond. In paragraaf 3.4 wordt geanalyseerd of het huidige stelsel van toekomstvoorzieningen voor de IB-ondernemers voldoet aan de criteria van het toetsingskader en wordt aangegeven waar verbeteringen wenselijk zijn. De tussenconclusie in paragraaf 3.5 sluit dit hoofdstuk af.

3.2 Civiel-juridisch kader

In verband met het ontbreken van een arbeidsovereenkomst is de PW als hoofdregel niet van toepassing op IB-ondernemers⁸³. De taakafbakening, die het speelveld tussen verzekeraars en pensioenfondsen regelt, zoals omschreven in de PW, de Wet BPF 2000 en de Wvb maakt het principieel onmogelijk dat een pensioenuitvoerder de toekomstvoorziening voor een niet-werknemer ten uitvoer brengt⁸⁴. Een uitzondering op het voorgenoemde betreft de mogelijkheid van tijdelijke, vrijwillige voortzetting van een tweede pijlerpensioenregeling waaraan voorheen als werknemer werd deelgenomen in de periode dat de betrokkene geen werknemer meer is. Artikel 54 lid 1 PW biedt de pensioenuitvoerder namelijk de mogelijkheid om voor een deelnemer die gewezen werknemer wordt een

⁸² Het ondernemersbegrip van artikel 3.4 Wet IB 2001 luidt als volgt: de belastingplichtige voor rekening van wie een onderneming wordt gedreven en die rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming. Ingevolge artikel 3.5 Wet IB 2001 wordt onder ondernemer mede verstaan: de beoefenaar van een zelfstandig beroep.

⁸³ De uitzondering voor IB-ondernemers die onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds vallen, is reeds in paragraaf 2.3 besproken.

⁸⁴ G.J.B. Dietvorst et al., Werkgroep ANP, 2013, p. 113.

vrijwillige voortzetting van de collectieve pensioenregeling uit te voeren gedurende maximaal drie jaar ⁸⁵ vanaf de beëindiging van de dienstbetrekking ⁸⁶. De opvatting achter de grens aan de duur is dat de relatie met het oude dienstverband na drie jaar te ver is verwaterd om dan nog een tweede pijlerpensioenregeling te continueren ⁸⁷. De voortzetting op vrijwillige basis is niet bedoeld als een structurele pensioenvoorziening, maar vormt een tegemoetkoming gedurende een overgangperiode ⁸⁸. Als voorwaarden gelden dat binnen negen maanden vanaf de beëindiging van de dienstbetrekking een verzoek tot vrijwillige voortzetting bij de pensioenuitvoerder wordt gedaan en dat de vrijwillige voortzetting uiterlijk vijftien maanden na beëindiging van de dienstbetrekking aanvangt. Aangezien bij de vrijwillige voortzetting de PW van toepassing blijft, is tevens de Wet VPS van toepassing op de pensioenopbouw gedurende de vrijwillige voortzetting.

Om van de mogelijkheid van vrijwillige voortzetting, zoals geboden in de PW, daadwerkelijk gebruik te kunnen maken, is noodzakelijk dat deze mogelijkheid tussen werkgever en werknemer is overeengekomen in de pensioenovereenkomst. Een deelnemer heeft derhalve geen wettelijk recht op vrijwillige voortzetting, immers de pensioenovereenkomst vormt de juridische grondslag voor de vrijwillige voortzetting ⁸⁹. Tevens moet de pensioenuitvoerder de mogelijkheid bieden, wat niet gebruikelijk is ⁹⁰. Bij vrijwillige voortzetting komt zowel het werkgeversdeel als het werknemersdeel van de premie voor eigen rekening van de deelnemer. Dit maakt deze regeling prijzig. Of een doorsneepremie of een actuariële premie verschuldigd is, hangt af van de afspraken in de pensioenovereenkomst. Ofschoon een deelnemer kiest voor vrijwillige voortzetting zal onder andere afhangen van de verschuldigde premie en de leeftijd van de deelnemer. Zo betalen jongeren liever geen doorsneepremie, terwijl voor ouderen een actuariële premie nadelig is.

De vrijwillige voortzettingsmogelijkheid van maximaal drie jaar geldt voor iedere (ex-)deelnemer. Bij de invoering van de PW op 1 januari 2007 werd bij amendement geregeld dat ingevolge artikel 54 lid 2 PW de voortzettingsperiode kan worden opgerekt tot

⁸⁵ Van de termijn van drie jaar kan worden afgeweken indien de deelnemer ten tijde van de beëindiging van de dienstbetrekking arbeidsongeschikt is of indien de deelnemer na beëindiging van de dienstbetrekking een periodieke uitkering ontvangt op grond van een regeling die tussen werkgever(s) en werknemer(s) is afgesproken ter vervanging van in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking gedeelde inkomsten. De periode van vrijwillige voortzetting is dan ten hoogste drie jaar of de duur van de arbeidsongeschiktheid/periode waarin de uitkering wordt ontvangen, indien de laatste periode langer is. Zie artikel 54 lid 3 PW.

⁸⁶ In artikel 65 Wvb is dezelfde mogelijkheid opgenomen voor een pensioenuitvoerder bij een gewezen beroepsgenoot vanaf de beëindiging van het beroep.

⁸⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3 (MvT), paragraaf 4.8.

⁸⁸ Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, brief van 7 september 2007, p. 11.

⁸⁹ G.J.B. Dietvorst en M.R. Visser, CompetenceCentre for Pension Research, 2009, p. 12.

⁹⁰ De uitvoering van een vrijwillige voortzetting is administratief lastig(er). Ook kan de solidariteit binnen een pensioenregeling onder druk komen te staan als alleen ouderen, door bijvoorbeeld een aantrekkelijke doorsneepremie, vrijwillig nablijven. Zie G.J.B. Dietvorst en M.R. Visser, CompetenceCentre for Pension Research, 2009, p. 13.

maximaal tien jaar. Deze juridische uitbreiding geldt alleen voor zover de gewezen werknemer, aansluitend aan de beëindiging van de dienstbetrekking, winst uit onderneming geniet als bedoeld in artikel 3.8 Wet IB 2001. Het oogmerk van de uitbreiding is zelfstandigen een beter perspectief bieden om pensioen op te bouwen binnen de tweede pijler⁹¹. Tot 2012 was het praktische belang van deze uitbreidingsmogelijkheid zeer beperkt in verband met het ontbreken van een corresponderend fiscaal kader. Hier wordt in paragraaf 3.3.1 nader op ingegaan.

Met het oog op de taakafbakening dient tot slot te worden opgemerkt dat een verzekeraar na het verstrijken van de maximale termijn van vrijwillige voortzetting de deelnemer een nieuwe verzekering kan aanbieden in de derde pijler van het stelsel van toekomstvoorzieningen⁹². Pensioenfondsen en premiepensioeninstellingen kunnen dit niet.

3.3 Fiscaal kader

3.3.1 Tweede pijlerpensioenregeling uit een voormalig dienstverband

Bij vrijwillige voortzetting van een pensioenregeling door een gewezen werknemer vinden de betalingen van de pensioenbijdragen buiten de inhoudings sfeer plaats. De bijdragen kunnen immers niet meer worden voldaan door middel van inhouding op het loon. Indien de betalingen wel op het loon zouden zijn ingehouden, behoren zij niet tot het loon in de zin van de Wet LB 1964. Daarom had de staatssecretaris, met toepassing van de hardheidsclausule van artikel 63 AWR⁹³, onder voorwaarden, goedgekeurd dat deelnemers de vrijwillige premies in verband met de vrijwillige voortzetting als negatieve inkomsten uit tegenwoordige dienstbetrekking gedurende maximaal drie jaar in mindering mogen brengen op het inkomen uit werk en woning⁹⁴. De pensioenregeling dient wel te blijven binnen de grenzen van hoofdstuk IIB Wet LB 1964. Deze goedkeuring had geen betrekking op situaties waarin de betaalde premies op grond van de Wet IB 2001 als uitgaven voor inkomensvoorzieningen zijn aan te merken⁹⁵. De premies kunnen dan als zodanig ten laste van het inkomen worden gebracht, binnen de daarvoor geldende maxima op grond van afdeling 3.7 Wet IB 2001.

⁹¹ Amendement van de leden Bibi de Vries en Vendrik. Kamerstukken II 2006/07, 30 413, nr. 75.

⁹² Uiteraard speelt de voormalige werkgever geen rol meer bij deze nieuwe verzekering en valt de verzekering niet onder de PW.

⁹³ Artikel 63 AWR geeft de minister de bevoegdheid voor bepaalde (groepen van) gevallen tegemoet te komen aan onbillijkheden van overwegende aard, welke zich bij de toepassing van de belastingwet mochten voordoen.

⁹⁴ Besluit van 16 maart 2007, CPP 2007/482M.

⁹⁵ Dit zal niet vaak het geval zijn, omdat de pensioenuitvoerder meestal niet kwalificeert als een toegelaten aanbieder voor lijfrenteverzekeringen, dan wel de aanspraken die de belastingplichtige opbouwt met de betaalde premie niet aan alle voorwaarden voldoet waaraan een lijfrente moet voldoen om tot premieaftrek te komen, zie B. Snel-van Hoorn, PensioenAlert 2011, nr. 10, p. 4.

Bij negatief loon is bepalend of de betaling in redelijkheid kan worden toegerekend aan de dienstbetrekking ⁹⁶. In 2010 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat indien een belastingplichtige premies betaalt voor een pensioen als bedoeld in artikel 18 Wet LB 1964, zonder dat sprake is van inhouding op het loon, de premies als negatief loon in mindering mogen komen op het inkomen ⁹⁷. De Hoge Raad overwoog hierbij dat de premies in rekening worden gebracht voor een aanspraak op uitkeringen die later tot het loon zullen behoren. Echter, premies betaald voor een vrijwillig voortgezette deelname aan de pensioenregeling van de voormalige werkgever, die niet leiden tot een aanspraak op pensioen in de zin van artikel 18 Wet LB 1964, houden onvoldoende verband met de voormalige dienstbetrekking om als negatief loon te kunnen worden aangemerkt.

Tot 2012 was in artikel 10a lid 1 onderdeel c Uitv. besl. LB 1965, waar de uitbreiding van de dienstduur is geregeld, een maximaal termijn opgenomen van drie jaar. De vanaf 2007 door de PW geboden uitbreidingsmogelijkheid tot tien jaar vrijwillig voortzetten voor IB-ondernemers werd derhalve voorafgaand aan 2012 niet fiscaal gefaciliteerd en was tot die tijd in feite een dode letter in de wet. Immers, geen enkele IB-ondernemer wilde de pensioenregeling na drie jaar voortzetten. Pensioenopbouw na verloop van de driejaarstermijn leidde namelijk tot een aanspraak, waarvan de waarde jaarlijks in box 3 werd belast. De corresponderende uitkeringen konden te zijner tijd wel belastingvrij worden ontvangen. Pensioenuitvoerders moesten hiervoor hun administratie aanpassen en waren daarom tevens niet bereid de pensioenregeling na verloop van drie jaar te continueren ⁹⁸.

De uitbreiding in de PW naar de tienjaarstermijn heeft dus niet direct geleid tot een overeenkomstige uitbreiding van het fiscale kader ⁹⁹. Tegen het doortrekken van de tienjaarstermijn naar de fiscaliteit heeft het kabinet een aantal bezwaren aangevoerd. Zo zal dit leiden tot een ongelijke behandeling tussen ex-werknemers die starten als IB-ondernemers en de overige categorieën ex-werknemers. Eveneens zal een ongerechtvaardigd onderscheid ontstaan tussen IB-ondernemers die eerder als werknemer aan een pensioenregeling hebben deelgenomen en IB-ondernemers zonder voorafgaande deelname aan een pensioenregeling, aangezien bij een termijn van tien jaar geen sprake meer is van een overgangperiode ¹⁰⁰. Nadat de SER in het advies 'Zzp'ers in beeld' ¹⁰¹ had aangegeven dat fiscaal gefaciliteerde tienjaars vrijwillige voortzetting een mogelijkheid was om de pensioenpositie van zelfstandigen in de tweede pijler te verbeteren, kwam het kabinet

⁹⁶ E.J.W. Heithuis et al, 2013, p. 302.

⁹⁷ HR 26 november 2010, nr. 09/04697, BNB 2011/81.

⁹⁸ G.J.B. Dietvorst en M.R. Visser, CompetenceCentre for Pension Research, 2009, p. 15.

⁹⁹ Bij het amendement tot juridische uitbreiding werd er wel van uitgegaan dat het Uitv. besl. LB 1965 dienovereenkomstig zou worden aangepast.

¹⁰⁰ Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, brief van 7 september 2007, p. 10-11.

¹⁰¹ SER, advies 10/04, oktober 2010. Het advies 'Zzp'ers in beeld' was het resultaat van een onderzoek naar de pensioenpositie van zelfstandigen door de SER op verzoek van het kabinet.

begin 2011 met de toezegging om vanaf 1 januari 2012 de fiscale facilitering van vrijwillige voortzetting naar tien jaar uit te breiden. De enige motivering die voor deze uitbreiding werd gegeven was dat men dit wenselijk vond¹⁰². Het is merkwaardig dat met geen woord meer werd gerept over de eerder opgeworpen bezwaren.

Met ingang van 2012 wordt de vrijwillige voortzetting van een pensioenregeling via een aanpassing van artikel 10a lid 1 onderdeel c Uitv. besl. LB 1965 ook gedurende het vierde tot en met het tiende jaar fiscaal gefaciliteerd. Deze fiscale wijziging per 2012 kent geen overgangsrecht. Naar de letterlijke tekst van artikel 10a Uitv. besl. LB 1965 geldt de fiscale facilitering van de tienjaars vrijwillige voortzetting voor iedere voormalige werknemer. Echter, ingevolge de PW kan de tienjaarstermijn alleen van toepassing zijn op IB-ondernemers¹⁰³. Aan de fiscale facilitering van de vrijwillige voortzetting worden voorwaarden gesteld, teneinde slechts reële voortzettingen van bestaande pensioenregelingen fiscaal te faciliteren¹⁰⁴. Artikel 10a lid 1 onderdeel c Uitv. besl. LB 1965 stelt in combinatie met het besluit van 6 november 2015 beperkingen aan het in aanmerking te nemen pensioengevend loon. Het pensioengevend loon voor de vrijwillige voortzetting is het laatstverdiende loon¹⁰⁵. Vanaf jaar vier tot en met jaar tien geldt daarnaast het actuele inkomen als aanvullend maximum. Om uitvoeringstechnische redenen wordt onder het actuele inkomen verstaan het in het tweede kalenderjaar voorafgaand aan het kalenderjaar waarin men vrijwillig wilt voortzetten genoten gezamenlijke bedrag van: de winst uit onderneming vóór toevoeging aan en afnemings van de oudedagsreserve en vóór de ondernemersaftrek, het belastbare loon vóór aftrek van het als negatief loon wegens de vrijwillige voortzetting in aanmerking genomen bedrag, het belastbare resultaat uit overige werkzaamheden en de belastbare periodieke uitkeringen en verstrekkingen. Indien het actuele inkomen hoger is dan het laatstverdiende loon, kan over het meerdere enkel een toekomstvoorziening worden opgebouwd in de derde pijler¹⁰⁶. Bij vrijwillige voortzetting is het pensioenresultaat dus vaak geen afspiegeling meer van het inkomen in de actieve periode.

¹⁰² Besluit van 22 december 2011, Stb. 2011, nr. 677.

¹⁰³ Wellicht wilde de fiscale wetgever geen onderscheid creëren tussen verschillende groepen voormalige werknemers. Dit was immers het primaire bezwaar tegen de uitbreiding van de driejaarstermijn. Zie D. van As et al., 2013, p. 3.

¹⁰⁴ Zo mag geen verbetering van de pensioenregeling plaatsvinden tijdens de vrijwillige voortzetting of cumulatie plaatsvinden met pensioenopbouw bij een andere werkgever, de oudedagsreserve of opbouw in een beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling. Ook mag de vrijwillige voortzetting niet aanvangen in de periode van drie jaar voorafgaand aan de pensioendatum (i.v.m. het tegengaan van verkapte vroegpensioenering) en geldt een maximering voor het pensioengevend loon. Zie besluit van 6 november 2015, Stcrt. 2015, nr. 40404.

¹⁰⁵ Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3, p. 30.

¹⁰⁶ Zie G. van Ginkel en M.E.C. Boumans, PM 2012/03, p. 34.

3.3.2 Lijfrenteregime

IB-ondernemers hebben, net als andere belastingplichtigen, toegang tot de toekomstvoorzieningen in de derde pijler van het Nederlandse stelsel van toekomstvoorzieningen. Kenmerkend voor IB-ondernemers is dat zij, in tegenstelling tot werknemers, als hoofdregel geen pensioen kunnen opbouwen in de tweede pijler, waardoor zij voor aanvullende toekomstvoorzieningen in beginsel zijn aangewezen op voorzieningen in de derde pijler. De derde pijler van toekomstvoorzieningen ziet op aanvullende voorzieningen die vrijwillig kunnen worden getroffen voor een oudedagsinkomen. De voorzieningen in de derde pijler doen zich vooral voor in de vorm van lijfrenten. De civielrechtelijke definitie van een lijfrente is een van het in leven zijn van één of meer personen afhankelijk recht op een periodieke uitkering in geld, zie artikel 7:992 BW. Wat in de Wet IB 2001 en de daarop berustende bepalingen onder een lijfrente wordt verstaan, is opgenomen in artikel 1.7 lid 1 Wet IB 2001. De opbouw van een lijfrente in de zin van artikel 1.7 lid 1 Wet IB 2001 wordt onder voorwaarden fiscaal gefaciliteerd, wat inhoudt dat de betaalde premies in box 1 gemaximeerd aftrekbaar zijn als uitgaven voor inkomensvoorzieningen, de aanspraak niet is belast in box 3 en de lijfrentetermijnen, op het moment van ontvangst, in box 1 belast zijn als periodieke uitkeringen. Dit impliceert een soortgelijk effect als de omkeerregeling in de pensioensfeer. Met de fiscale facilitering beoogt de wetgever het aangaan van een lijfrentevoorziening te stimuleren. Voor de inwerkingtreding van de Wet Brede Herwaardering in 1992¹⁰⁷ mocht iedere belastingplichtige van de lijfrentepremieaftrek gebruik maken, ongeacht de mate waarin een toekomstvoorziening werd opgebouwd. Met als ratio dat lijfrentepremieaftrek exclusief mogelijk moet zijn ingeval de premies zien op voorzieningen die een gegarandeerde, gelijkmatige inkomstenstroom opleveren gedurende de periode waarin behoefte aan onderhoud bestaat, heeft de Wet Brede Herwaardering de lijfrentepremieaftrek substantieel ingeperkt¹⁰⁸. Sinds 1992 moeten de lijfrenten, om voor premieaftrek in aanmerking te komen, aan eisen voldoen met betrekking tot de looptijd, de gerechtigden en de wijze van uitvoering. Voor andere contractvormen wordt geen premieaftrek meer verleend, aangezien deze trekken vertonen van een spaarvorm of een ander type ongeclausuleerde vermogensvorming en daarom weinig uit te staan hebben met onderhoudsvoorzieningen¹⁰⁹. Via de Wet Brede Herwaardering wordt dus voorkomen dat lijfrenten alleen worden aangegaan teneinde fiscale voordelen te behalen.

¹⁰⁷ Wet van 12 december 1991, Stb. 1991, 697.

¹⁰⁸ Aangezien premieaftrek ten koste gaat van de actuele belastingopbrengst, is premieaftrek slechts wenselijk bij onderhoudsvoorzieningen waarbij de gemeenschap een belang heeft, zie G.M.C.M. Staats et al., Werkgroep Ondernemerspensioen, 2015, p. 31.

¹⁰⁹ Kamerstukken II 1988/89, 21 198, nr. 3 (MvT), p. 4.

De wetgever acht het wenselijk dat iedereen, ongeacht of hij/zij in loondienst werkzaam is of hij/zij ondernemer is, de mogelijkheid heeft om fiscaal ondersteund een adequate toekomstvoorziening op te bouwen ¹¹⁰. Dit is geëffectueerd in de vorm van afdeling 3.7 Wet IB 2001 die ziet op uitgaven voor inkomensvoorzieningen, die als aftrekpost in aanmerking mogen worden genomen bij de berekening van het belastbare inkomen uit werk en woning. Sinds de Wet Brede Herwaardering van 1992 bestaat ingevolge artikel 3.124 Wet IB 2001 alleen recht op premieaftrek bij lijfrenteproducten die dienen ter compensatie van een pensioentekort in de tweede pijler. Op deze manier is een lijfrente een aanvulling op pensioen geworden en wordt voorkomen dat degenen die geen pensioentekort hebben ook fiscaal worden begeleid in de derde pijler. Met de inwerkingtreding van de Wet IB 2001 is de aftrek speciaal voor een tekort in de nabestaandenvoorziening vervallen ¹¹¹. Premies voor een nabestaandenvoorziening kunnen als uitgaven voor inkomensvoorzieningen alleen in aftrek worden gebracht voor zover sprake is van een pensioentekort wat ouderdomspensioen betreft. Premieaftrek voor een nabestaandenvoorziening gaat dan ten koste van de mogelijkheid om premies af te trekken voor het sparen voor de eigen oude dag.

Op grond van artikel 3.127 Wet IB 2001 bedragen de jaarlijks als uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking te nemen lijfrentepremies maximaal 15,5 % van de premiegrondslag ¹¹², waarbij op dit bedrag verminderingen in verband met de opbouw van pensioenaanspraken en dotaties aan de oudedagsreserve worden toegepast. De uitkomst van deze berekening vormt de jaarruimte. Indien een belastingplichtige, om welke reden dan ook, in enig jaar zijn jaarruimte niet volledig benut, kan hij/zij dat ingevolge de reserveringsruimte van artikel 3.127 lid 3 Wet IB 2001 in de komende zeven jaar, rekening houdend met een procentueel en absoluut maximum, alsnog doen. Het procentuele maximum houdt een inkomenstoets in van 17% van de premiegrondslag van het jaar waarin de belastingplichtige de reserveringsruimte wil benutten. Deze toets beperkt de belastingplichtige in zijn mogelijkheid de reserveringsruimte te benutten als hij in dat jaar een lage premiegrondslag heeft. Na zeven jaar verdampt de niet gebruikte ruimte.

Om onbedoeld gebruik te voorkomen, zijn lijfrentepremies alleen aftrekbaar als de premies zijn verschuldigd aan de zogenaamde toegelaten aanbieders ingevolge artikel 3.126 Wet IB 2001 ¹¹³. Sinds 2008 kunnen fiscaal gefaciliteerde lijfrenten, naast bij professionele

¹¹⁰ G.J.B. Dietvorst, Pensioen expeditie, 2010.

¹¹¹ G.M.C.M. Staats et al., Werkgroep Ondernemerspensioen, 2015, p. 32.

¹¹² De premiegrondslag bestaat uit het gezamenlijke bedrag in het voorafgaande kalenderjaar van de winst uit onderneming vóór toevoeging aan en afnemings van de oudedagsreserve en vóór de ondernemersaftrek, het belastbare loon, het belastbare resultaat uit overige werkzaamheden en de belastbare periodieke uitkeringen en verstrekkingen, waarvan ten hoogste € 162.457 in aanmerking wordt genomen en verminderd met een bedrag van € 11.829 als zijnde AOW-franchise. Zie artikel 3.127 Wet IB 2001 lid 3.

¹¹³ Kamerstukken II 1991/92, 21 198, nr. 3, p. 76.

levensverzekeraars, worden ondergebracht bij bancaire- en beleggingsinstellingen in de vorm van lijfrentespaarproducten. De introductie van de bancaire lijfrente ¹¹⁴ en de beleggingslijfrente heeft plaatsgevonden om de concurrentie en transparantie op de markt van derdepijlerproducten te bevorderen en zodoende de uitvoeringskosten die met lijfrenten gepaard gaan te verlagen ¹¹⁵. De bancaire lijfrente en de beleggingslijfrente zijn niet gelijk aan een verzekerde lijfrente. Zo kan een bancaire lijfrente of beleggingslijfrente geen overlijdensrisico dekken of levenslange uitkeringen garanderen ¹¹⁶.

Indien niet langer aan de voorwaarden voor aftrek als uitgaven voor inkomensvoorzieningen wordt voldaan, wordt de aftrek teruggenomen in afdeling 3.8 Wet IB 2001 inzake negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen. Voorts wordt het rentevoordeel dat door het belastinguitstel is genoten, ontnomen door heffing van revisierente. Lijfrenten die niet aan de wettelijke voorwaarden voldoen en derhalve geen toegang hebben tot lijfrentepremieaftrek, vallen als vermogensbestanddelen onder de vermogensrendementsheffing van box 3.

3.3.3 Oudedagsreserve en omzetting van de oudedagsreserve in een lijfrente

Op basis van artikel 3.53 Wet IB 2001 wordt toegestaan dat de IB-ondernemer ¹¹⁷ bij het bepalen van de in een kalenderjaar genoten winst een deel reserveert voor de oude dag middels de oudedagsreserve. De oudedagsreserve is een fiscale reserve waarvoor de regels en voorwaarden in paragraaf 3.2.3 Wet IB 2001 zijn vastgelegd. De invoering van de oudedagsreserve in 1973 is terug te voeren op een voorstel van de Commissie Van Soest ¹¹⁸. Deze Commissie had als taak om de belastingheffing van zelfstandigen te vergelijken met die van loontrekkenden en tot aanbevelingen te komen bij geconstateerde verschillen. Volgens de Commissie was sprake van een achterstelling van zelfstandigen, aangezien het voor hen niet mogelijk was om ten laste van de winst een redelijke pensioenvoorziening op te bouwen. De Commissie adviseerde daarom als tegemoetkoming een oudedagsreserve toe te staan, waarmee uitstel van belastingheffing over een deel van de winst wordt

¹¹⁴ Sparen via stortingen op een daartoe bestemde geblokkeerde lijfrentespaarrekening. De inleg is aftrekbaar en de lijfrentespaarrekening wordt niet belast. Vanaf de pensioenleeftijd kunnen uit de spaarrekening, gedurende de uitkeringsjaren, belaste uitkeringen worden genoten.

¹¹⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30 432, nr. 3, (MvT), p. 1.

¹¹⁶ Een deel van de premie kan niet worden gebruikt om een nabestaandenlijfrente te verzekeren. Garantie van levenslange uitkeringen is ook niet mogelijk, omdat het al dan niet in leven zijn van de betrokkene voor het saldo van de lijfrentespaarrekening of het lijfrentebeleggingsrecht niet van belang is. Er geldt wettelijk een minimale duur van twintig jaar gerekend vanaf de AOW-leeftijd. Zie G.J.B. Dietvorst en M.R. Visser, CompetenceCentre for Pension Research, 2009, p. 21.

¹¹⁷ De IB-ondernemer moet aan het urencriterium van artikel 3.6 Wet IB 2001 voldoen en mag bij aanvang van het kalenderjaar nog niet de AOW-leeftijd hebben bereikt. Derhalve staat de oudedagsreserve slechts open voor 'echte' ondernemers (dus niet voor medegerechtigden), die in beginsel minimaal 1225 uur werkzaam zijn. Door de leeftijdsgrens kan het karakter van de fiscale begeleiding van een toekomstvoorziening volgens de kamer niet omslaan in een financieringsfaciliteit, zie Kamerstukken II 2005/06, 30 375, nr. 4, p. 28-29.

¹¹⁸ Rapport Commissie Van Soest, Kamerstukken II 1970/71, 11 259, nr. 2.

bewerkstelligd, zodat vermogen voor de oude dag kan worden gespaard en het aldus gespaarde vermogen binnen de onderneming kan worden aangewend¹¹⁹. De daadwerkelijke filosofie achter de reserve was dus niet zozeer een toereikende toekomstvoorziening, maar slechts IB-ondernemers de mogelijkheid bieden om binnen de onderneming voor de oude dag te sparen. De Commissie accepteerde bewust een minder volmaakte regeling die aansluit bij de financieringsbehoefte van de onderneming. Volgens de Commissie moet de IB-ondernemer, met inachtneming van de wettelijke grenzen en jurisprudentie, vrij zijn in de keuze met betrekking tot de aanwending van de oudedagsreserve. Als de IB-ondernemer wordt gebonden aan nadere voorschriften, wordt hij volgens de Commissie te veel beperkt in zijn beleid ten aanzien van de onderneming¹²⁰. Zo wordt de ondernemer niet verplicht een voorziening te treffen voor zijn partner en minderjarige kinderen.

Ingaande 2001 is de systematiek van de oudedagsreserve ingrijpend veranderd. Tot die tijd was de oudedagsreserve een extra-comptabele post¹²¹. Sinds 2001 is de oudedagsreserve een balanspost en beïnvloeden toevoegingen aan en afnemingen van de reserve de winst uit onderneming¹²². Een toevoeging aan de oudedagsreserve over een kalenderjaar bedraagt verplicht 10,9 % van de winst¹²³ die de belastingplichtige als ondernemer uit één of meerdere ondernemingen geniet, maar niet meer dan € 9.542. De toevoeging wordt, na vaststelling, verminderd met de ten laste van de winst gekomen premies en andere bijdragen uit hoofde van pensioenregelingen. Deze anticumulatieregeling voorkomt dat IB-ondernemers die verplicht deelnemen aan een beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling meermaals bedragen in verband met hun toekomstvoorziening ten laste van de winst kunnen brengen. Opvallend is dat bij de oudedagsreserve geen AOW-franchise wordt toegepast. Een toevoeging mag bovendien niet meer bedragen dan het bedrag waarmee het ondernemingsvermogen, zoals uitgewerkt in artikel 3.71 Wet IB 2001, bij het einde van het kalenderjaar de oudedagsreserve bij het begin van het kalenderjaar overtreft. Hoewel de oudedagsreserve hoger kan zijn dan de stand van het ondernemingsvermogen, kan een

¹¹⁹ De Commissie heeft tevens een verruimde lijfrentepremieaftrek voor zelfstandigen overwogen, maar meende dat zelfstandigen daar weinig baat bij zouden hebben, omdat zij in het algemeen niet in staat zijn om de bij een redelijke toekomstvoorziening behorende premies aan de onderneming te onttrekken. De Commissie erkende dat aan een reserve binnen de onderneming bezwaren kleven. De voor de oude dag bestemde gelden blijven immers binnen de onderneming in de risicodragende sfeer. Zie Rapport Commissie Van Soest, Kamerstukken II 1970/71, 11 259, nr. 2, p. 6.

¹²⁰ Rapport Commissie Van Soest, Kamerstukken II 1970/71, 11 259, nr. 2, p. 9.

¹²¹ A.O. Lubbers en G.T.K. Meussen, 2012, p. 160.

¹²² Deze aanpassing heeft plaatsgevonden naar aanleiding van het Wielockx arrest (C-80/94), waarin is beslist dat een buitenlands belastingplichtige (uit een EU-lidstaat) met een onderneming in Nederland kan doteren aan de oudedagsreserve. Met de wijziging per 2001 is zeker gesteld dat in dergelijke situaties de heffing over de afname van de oudedagsreserve aan Nederland is toegewezen.

¹²³ Onder winst wordt verstaan: de winst voor toevoeging aan en afnemingen van de oudedagsreserve en vermeerderd met de ten laste van de winst gekomen premies en andere bijdragen uit hoofde van pensioenregelingen, maar met uitzondering van de winst waarop een regeling ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is. Zie artikel 3.68 lid 3 Wet IB 2001.

toevoeging dus nooit tot gevolg hebben dat het ondernemingsvermogen wordt overschreden¹²⁴. Artikel 3.69 Wet IB 2001 biedt de mogelijkheid om een extra (inhaal)dotatie aan de oudedagsreserve te doen, indien als gevolg van (gedeeltelijke) staking of het niet voldoen aan het urencriterium in het voorgaande kalenderjaar een verplichte afname van de oudedagsreserve heeft plaatsgevonden dan wel bij geruisloze terugkeer uit de bv of nv. Als plafond geldt dat de oudedagsreserve als gevolg van de toevoeging niet mag uitgaan boven het ondernemingsvermogen aan het einde van het boekjaar.

Een afname van de oudedagsreserve verhoogt de in een kalenderjaar genoten winst uit onderneming. De wet biedt de IB-ondernemer de mogelijkheid om de oudedagsreserve af te laten nemen met ten hoogste het bedrag van de premies voor lijfrenten die in het kalenderjaar als uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking worden genomen. De oudedagsreserve wordt dan omgezet in een recht op lijfrentetermijnen, ook wel bekend als de oudedagsreservelijfrente. Ingevolge artikel 3.128 Wet IB 2001 staat tegenover de belaste afname van de oudedagsreserve eenzelfde bedrag aan premieaftrek. Belastingheffing vindt na de omzetting plaats bij de uitkering van de lijfrentetermijnen. Omzetting van de oudedagsreserve in een lijfrente kan op ieder gewenst moment plaatsvinden, echter de gelden in de vorm van lijfrentepremies moeten wel gemist kunnen worden in de ondernemingsuitoefening¹²⁵.

De oudedagsreserve neemt daarnaast verplicht af met het bedrag waarmee de oudedagsreserve het ondernemingsvermogen aan het einde van het kalenderjaar overtreft als de onderneming in het kalenderjaar (gedeeltelijk) is gestaakt, de belastingplichtige bij aanvang van het kalenderjaar de AOW-leeftijd heeft bereikt of als de belastingplichtige in twee achtereenvolgende kalenderjaren niet aan het urencriterium voldoet. Indien de ondernemer er niet voor kiest om de oudedagsreserve om te zetten in een recht op lijfrentetermijnen, maar besluit fiscaal af te rekenen over de vrijvalwinst, is over het nominale bedrag van de gedoteerde gelden inkomstenbelasting verschuldigd¹²⁶. Er wordt geen revisierente in rekening gebracht, zoals bij niet reguliere afwikkeling van een lijfrente of pensioen wel het geval is. De oudedagsreserve is persoonsgebonden waardoor deze bij overlijden van de ondernemer moet worden opgeheven en een belaste overlijdenswinst ontstaat. Echter, artikel 3.62 lid 3 Wet IB 2001 voorziet in een geruisloze doorschuiffaciliteit aan de partner die de onderneming (mede) voortzet, voor zover de oudedagsreserve niet

¹²⁴ Een toevoeging aan de oudedagsreserve dient te worden gedekt door het ondernemingsvermogen. De koppeling van de oudedagsreserve aan het ondernemingsvermogen zegt echter niets over de liquiditeiten en de mogelijkheid tot afstorten bij een professionele uitvoerder bij staking.

¹²⁵ De oudedagsreservelijfrente mag niet in eigen beheer worden gehouden, waardoor afstorting van de premies bij een professionele verzekeraar moet plaatsvinden. De premies schuldig blijven is niet mogelijk, aangezien de verzekeraar daar niet mee akkoord zal gaan. Zie E.J.W. Heithuis et al, 2013, p. 517.

¹²⁶ G.J.B. Dietvorst en M.R. Visser, CompetenceCentre for Pension Research, 2009, p. 24.

uitgaat boven het doorgeschoven ondernemingsvermogen. Wanneer de IB-ondernemer ophoudt in Nederland uit de onderneming winst te genieten valt de oudedagsreserve in de eindafrekeningswinst. Dat een oudedagsreserve lang niet altijd tot een toereikende toekomstvoorziening leidt, moge na hetgeen hiervoor is opgemerkt duidelijk zijn.

3.3.4 Stakingslijfrente ¹²⁷

De stakingslijfrenteaftrek betreft een onderdeel van het lijfrenteregime dat specifiek is toegesneden op het karakter van het ondernemerschap. Voor de IB-ondernemer vormen de in de onderneming opgebouwde meerwaarden doorgaans mede zijn toekomstvoorziening ¹²⁸. Wegens de financieringsbehoefte van de onderneming is het niet altijd mogelijk of wenselijk om premies af te storten. Pensionering leidt in de regel tot staking van de onderneming en derhalve tot vrijval van de reserves. Ingevolge artikel 3.129 Wet IB 2001 kunnen IB-ondernemers ¹²⁹ bij gehele of gedeeltelijke staking van hun onderneming de belastingheffing over de stakingswinst uitstellen, doordat een extra lijfrentepremie als uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking kan worden genomen, voor zover met de stakingswinst een lijfrente wordt bedongen die dient ter compensatie van een pensioentekort. Zo wordt de stakingswinst tot de in de wet vastgelegde maxima niet belast en wordt over de periodieke uitkeringen uit de bedongen lijfrente te zijner tijd belasting geheven. Dit leidt in veel gevallen tot een progressievoordeel.

De in aanmerking te nemen lijfrentepremies mogen maximaal de met of bij de staking van de onderneming behaalde winst bedragen ¹³⁰. Daarnaast kan de premieaftrek niet uitstijgen boven een van een aantal criteria ¹³¹ afhankelijk absoluut maximum, zoals neergelegd in artikel 3.129 lid 2 Wet IB 2001. Bij dit maximum komt het er, kort gezegd, op neer dat de fiscaal gefaciliteerd aan te kopen lijfrente hoger mag zijn naarmate de behoefte aan een toekomstvoorziening groter wordt geacht ¹³². De maximumbedragen zijn niet op actuariële berekeningen gebaseerd. Bovendien is er geen enkele relatie met het actuele inkomen. Het maximumbedrag wordt vervolgens verminderd met een bedrag aan reeds opgebouwde voorzieningen. Ingevolge het derde lid komen in mindering: a) de bedragen die in eerdere jaren als jaar- en reserveringsruimte ten laste van het inkomen zijn gebracht, b) de stand van de oudedagsreserve bij de aanvang van het kalenderjaar, c) de bedragen die al eerder als

¹²⁷ Onder de Wet IB 1964 was de regeling bekend onder de naam stamrechtvrijstelling.

¹²⁸ E.J.W. Heithuis et al, 2013, p. 517.

¹²⁹ En de in artikel 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 bedoelde medegerechtigden, indien de medegerechtigdheid de rechtstreekse voortzetting vormt van de gerechtigdheid of medegerechtigdheid als IB-ondernemer, zie artikel 3.129 lid 4.

¹³⁰ De Hoge Raad heeft in BNB 1998/280 geoordeeld dat premieaftrek ook is toegestaan voor de stakingswinst die ziet op de naar privé onttrokken vermogensbestanddelen.

¹³¹ De criteria zijn: de leeftijd waarop staking plaatsvindt, eventuele arbeidsongeschiktheid en het ingangsmoment van de lijfrente.

¹³² E.J.W. Heithuis et al, 2013, p. 518.

stakingslijfrente in aanmerking zijn genomen en d) de aanspraken op uitkeringen ingevolge een beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling. Ik vind het gebrekkig dat de korting die ziet op de samenloop met andere faciliteiten wordt berekend door deels lijfrentepremies en deels opgebouwde aanspraken in aanmerking te nemen. Dit zijn namelijk onvergelykbare grootheden, omdat bij aanspraken wel met de oprentingsfactor rekening wordt gehouden en bij de premies niet ¹³³. Het zou consistenter zijn om van alle aanspraken die zijn opgebouwd de waarde in het economische verkeer in mindering te brengen. In verband met de uitvoeringstechnische problemen is hier niet voor gekozen ¹³⁴. Met de kortingsregeling wordt voorkomen dat de IB-ondernemer dubbel kan profiteren. Bovendien kan een IB-ondernemer door deze regeling, ongeacht het aantal ondernemingen dat hij/zij in zijn/haar leven staakt, slechts één keer het maximale bedrag aan stakingswinst in een lijfrente omzetten.

Aanbieders van lijfrenten moeten in principe een professionele partij zijn ¹³⁵. Ingevolge artikel 3.126 lid 1 onderdeel a sub 2 kwalificeert een in Nederland wonend natuurlijk persoon, niet zijnde de echtgenoot, of een in Nederland gevestigd lichaam als toegelaten aanbieder, mits de lijfrente is bedongen als tegenprestatie voor de overdracht van een onderneming of een gedeelte van een onderneming aan die persoon of dat lichaam. Ingeval sprake is van een gift kan dus geen gebruik worden gemaakt van deze bedrijfsopvolgingslijfrente. De lijfrenteverplichting moet tot het binnenlandse ondernemingsvermogen worden gerekend ¹³⁶. Deze toelating vormt een tegemoetkoming voor situaties waarin het niet mogelijk of wenselijk is om de stakingswinst direct liquide te maken en als koopsom van een lijfrente aan een verzekeringsmaatschappij af te dragen. Dit is voornamelijk het geval bij bedrijfsopvolging binnen familiekring ¹³⁷ of bij inbreng van de onderneming in een bv. De lijfrente is dan afhankelijk van de solvabiliteitspositie van de overgedragen onderneming en daarmee erg risicovol.

De stakingslijfrenteaftrek kan ook worden toegepast op de stakingswinst als gevolg van het overlijden van de ondernemer. Krachtens artikel 3.313 Wet IB 2001 kunnen erfgenamen van een overleden ondernemer namelijk de premies, die zij verschuldigd zijn uit hoofde van een direct na het overlijden van de ondernemer ingaande lijfrenteovereenkomst, als uitgaven voor inkomensvoorzieningen bij de overleden ondernemer in aanmerking nemen. Als eis geldt dat de premies binnen zes maanden na het overlijden van de ondernemer zijn betaald.

¹³³ E.J.W. Heithuis et al, 2013, p. 518.

¹³⁴ Kamerstukken II 1990/91, 21 189, nr. 10, p. 17-18.

¹³⁵ De kans dat de afgesproken termijnen feitelijk levenslang worden verstrekt is namelijk bij deze aanbieders het grootst.

¹³⁶ Zo kan de Belastingdienst de ontwikkeling van de verplichting volgen en bij waardedaling of vrijval belasting heffen, zie L.G.M. Stevens, 2013, p. 192.

¹³⁷ De stakende ondernemer kan dan bereid zijn om behulpzaam te zijn bij het financieren van de overdrachtssom. De stakende ondernemer koopt dan een lijfrente bij de voortzettende ondernemer, waardoor de overdrachtsprijs met de koopsom van de lijfrente wordt verminderd.

3.4 Analyse

3.4.1 Verzorgingsdoelstelling

a. Tweede pijlerpensioenregeling uit een voormalig dienstverband

De pensioenaanspraken van deelnemers die vrijwillig de pensioenregeling uit hun voormalige dienstverband voortzetten, zijn gewaarborgd door de PW. De Wet VPS is tevens van toepassing op de pensioenopbouw gedurende een vrijwillige voortzetting, waardoor de rechten van de (ex-)partners van de deelnemers ook goed zijn gewaarborgd. In zoverre voldoet vrijwillige voortzetting aan het toetsingscriterium 'verzorgingsdoelstelling'.

Echter, de vrijwillige voortzetting is begrensd in de tijd voor een periode van maximaal tien jaar en biedt de gewezen werknemer dus geen structurele oplossing¹³⁸. Na verloop van de maximale periode is de ex-deelnemer voor een aanvullende toekomstvoorziening aangewezen op de derdepijlermarkt. De ex-deelnemer is inmiddels ouder geworden, waardoor zijn risico's zijn verhoogd. Dekking voor zijn oudedags- of nabestaandenvoorziening in de derdepijlermarkt is daarmee duurder geworden en daarmee minder aantrekkelijk¹³⁹. Een verbetering van de regeling in het kader van het toetsingscriterium 'verzorgingsdoelstelling' zou inhouden dat de vrijwillige voortzetting van de pensioenregeling of alleen het partnerpensioen (vanaf een bepaalde leeftijd, bijvoorbeeld 55 jaar) fiscaal begeleid kan doorlopen tot aan de pensioendatum. Zoals reeds opgemerkt, vormt de vrijwillige voortzetting een uitzondering op de taakafbakening tussen pensioenuitvoerders en verzekeraars. Wanneer vrijwillige voortzetting mogelijk zou worden voor een periode tot aan de pensioendatum en het beginsel van een tijdelijke regeling dus wordt losgelaten, zou de marktordening tussen pensioenfondsen en verzekeraars een fundamentele wijziging ondergaan. De regering acht dit vanuit het oogpunt van concurrentievervalsing onwenselijk en is derhalve terughoudend ten opzichte van het creëren van een ruimere mogelijkheid tot vrijwillige voortzetting¹⁴⁰.

b. Lijfrenteregime

Ingevolge het fiscale lijfrenteregime heeft iedereen, ongeacht de arbeidsvorm, ruimte om fiscaal gefaciliteerd een adequate toekomstvoorziening op te bouwen. Ingevolge de definitie van artikel 1.7 Wet IB 2001 is een verzekerde lijfrente een aanspraak op vaste en gelijkmatige periodieke uitkeringen die uiterlijk bij overlijden eindigen en kan de aanspraak niet worden afgekocht, vervreemd, prijsgegeven of formeel of feitelijk tot voorwerp van

¹³⁸ G. van Ginkel en M.E.C. Boumans, PM 2012/03, p. 35.

¹³⁹ G.J.B. Dietvorst en M.R. Visser, CompetenceCentre for Pension Research, 2009, p. 17-18.

¹⁴⁰ Kamerstukken I 2006/07, 30 413, nr. C (MvA), p. 9.

zekerheid dienen ¹⁴¹. Bij een verzekerde lijfrente kan bij overlijden in de opbouwfase een aanspraak bij overlijden zijn meeverzekerd en kunnen bij overlijden in de uitkeringsfase de uitkeringen overgaan naar een tweede begunstigde ¹⁴². Een verzekerde oudedagslijfrente is dus een gewaarborgde, levenslange inkomensvoorziening en voldoet daarmee aan het criterium ‘verzorgingsdoelstelling’. Een bancaire lijfrente of een beleggingslijfrente kan, gezien de aard van het product, geen overlijdensrisico dekken. Slechts het gespaarde kapitaal kan worden aangewend voor een nabestaandenlijfrente. Ook kunnen geen levenslange uitkeringen worden gegarandeerd. De eis dat een lijfrente levenslang moet zijn, is voor de bancaire lijfrente en de beleggingslijfrente vertaald in een wettelijke minimale duur van twintig jaar gerekend vanaf de AOW-leeftijd. Deze lijfrenteproducten voldoen dus in mindere mate aan het criterium.

Het lijfrenteregime aan sich voldoet op zekere hoogte aan het toetsingscriterium ‘verzorgingsdoelstelling’. Desalniettemin is van belang dat het sluiten van een lijfrenteverzekering op vrijwillige basis geschiedt. Gebrek aan zelfbeheersing, uitstelgedrag, onderschatting van de toekomstige financiële behoeftes en een onjuiste inschatting van de risico-rendementsverhouding kunnen ertoe leiden dat er geen of geen toereikende lijfrenteverzekering wordt gesloten om een zekere levensstandaard te behouden ¹⁴³.

c. Oudedagsreserve en omzetting van de oudedagsreserve in een lijfrente

De oudedagsreserve is als zodanig geen toekomstvoorziening. Door te doteren aan de oudedagsreserve krijgt de IB-ondernemer, via uitstel van belastingbetaling, liquiditeitsruimte waarna door het sluiten van een lijfrenteverzekering een toekomstvoorziening tot stand kan worden gebracht. Het probleem is dat het sluiten van een lijfrenteverzekering vaak achterwege blijft ¹⁴⁴. Tijdens de opbouw van de oudedagsreserve is slechts in schijn sprake van de vorming van een toekomstvoorziening. De oudedagsreserve is, anders dan de naam doet vermoeden, feitelijk geen reserve, maar slechts een bedrag waarover in de toekomst belasting moet worden afgerekend. Bij een dotatie aan de oudedagsreserve wordt geen vermogen opzijgezet en daarmee veiliggesteld voor de oude dag. Het vermogen blijft juist binnen de onderneming in de risicodragende sfeer ¹⁴⁵. Hierdoor heeft de IB-ondernemer bij

¹⁴¹ Volgens artikel 3.125 lid 1 onderdeel c Wet IB 2001 hoeft een lijfrente niet in een levenslange uitkering te voorzien, maar kan deze binnen de grenzen van een oudedagslijfrente tijdelijk zijn.

¹⁴² G.M.C.M. Staats et al., Werkgroep Ondernemerspensioen, 2015, p. 37.

¹⁴³ Zie Ministerie SZW, 2013, hfd. 3, voor vier mogelijke oorzaken waardoor mensen die zelf verantwoordelijk zijn voor de opbouw van hun toekomstvoorziening een beperktere opbouw hebben dan ze op lange termijn eigenlijk zouden willen.

¹⁴⁴ Onderzoek bevestigt dat met het merendeel van de afgewikkelde oudedagsreserves geen lijfrente is bedongen. Zie E. Poelmann, 2009, hfd. 9, in de onderzoeksperiode van 1994 tot 2000.

¹⁴⁵ Dit is ongeacht de soort werkzaamheden die in de onderneming worden verricht en dus ongeacht de risicofactor. Het beleggen van gelden in de eigen onderneming is vanuit het oogpunt van risicospreiding in ieder geval geen veilige keuze.

een faillissement van de onderneming geen vermogen voor een aanvullende toekomstvoorziening. Ook als geen sprake is van een faillissement, is het nog maar de vraag of er voldoende middelen zijn om de oudedagsreserve om te zetten in een lijfrente ¹⁴⁶. Bovendien ontbreekt het de onderneming vaak aan liquiditeiten voor omzetting van de oudedagsreserve in een lijfrente ¹⁴⁷. De oudedagsreserve biedt daarom onvoldoende zekerheid dat de regeling te zijner tijd tot een toekomstvoorziening leidt. Dit brengt als maatschappelijk risico mee dat de IB-ondernemer zonder aanvullende toekomstvoorziening een beroep op de overheid moet doen. Zoals aangegeven door de Commissie Van Soest, rust de idee van de oudedagsreserve in wezen op de financieringsbehoefte van de onderneming. Dit staat mijns inziens te veel op gespannen voet met het doel van een toekomstvoorziening, namelijk inkomenszekerheid bieden. De onzekerheid die door de Commissie Van Soest wordt erkend en geaccepteerd is niet in lijn met de verzorgingsdoelstelling van een toekomstvoorziening. De afwikkeling van de oudedagsreserve bij echtscheiding is niet specifiek geregeld ¹⁴⁸. Bovendien biedt de oudedagsreserve geen inkomenszekerheid voor de nabestaanden, immers bij overlijden van de ondernemer valt de oudedagsreserve vrij in de winst en krijgen de nabestaanden geen rechtstreekse rechten op het kapitaal ¹⁴⁹. De oudedagsreserve voldoet dus niet aan het toetsingscriterium 'verzorgingsdoelstelling' en vormt daarmee een 'oneigenlijke' toekomstvoorziening voor ondernemers. Ik spreek mij daarom uit voor het afschaffen van de oudedagsreserve. Indien het alsnog wenselijk is om de ondernemer tegemoet te komen in zijn financieringsbehoefte, moet dit mijns inziens op een andere wijze geschieden ¹⁵⁰. Gedacht kan worden aan een belastingreductie in de vorm van een verhoging van de zelfstandigenaftrek of MKB-winstvrijstelling.

Indien afschaffen van de oudedagsreserve (politiek) niet haalbaar of wenselijk is, ben ik van mening dat aanpassing van de oudedagsreserve geboden is. De regeling moet dan meer het karakter krijgen van een toekomstvoorziening. De Commissie Van Soest heeft aangegeven het belangrijk te vinden dat de IB-ondernemer vrij is in de aanwending van de oudedagsreserve ¹⁵¹. De oudedagsreserve kent in haar huidige vorm geen wettelijke

¹⁴⁶ Ook de afwikkeling van de fiscale claim op de oudedagsreserve kan tot problemen leiden als, bijvoorbeeld bij staking van de onderneming, onvoldoende ondernemingsvermogen aanwezig is om de belastingclaim te betalen, zie G.J.B. Dietvorst et al., Werkgroep ANP, 2013, p. 73.

¹⁴⁷ M.J.G. Elling en H. Kroonenberg, Vp-bulletin 2014/45, p. 16.

¹⁴⁸ Zolang de oudedagsreserve nog niet is omgezet in een lijfrente, is de reserve onderdeel van het ondernemingsvermogen en is de oudedagsreserve niet afzonderlijk te achterhalen. Na omzetting wordt de verdeling van de waarde van de lijfrente aanspraak bepaald aan de hand van het van toepassing zijnde huwelijksgoederenregime.

¹⁴⁹ G.M.C.M. Staats et al., Werkgroep Ondernemerspensioen, 2015, p. 36.

¹⁵⁰ Sinds de invoering van de oudedagsreserve zijn er meer ondernemersfaciliteiten gekomen, waardoor eerst dient te worden nagegaan of het in 1973 aangehaalde argument van de financieringsbehoefte van de onderneming nog steeds houdbaar is.

¹⁵¹ Rapport Commissie Van Soest, Kamerstukken II 1970/71, 11 259, nr. 2, p. 9.

verplichting tot omzetten in een lijfrente bij een toegelaten aanbieder. De oudedagsreserve kan, behoudens een aan de inkomstenbelasting onderworpen vrijvalwinst, zonder enig gevolg vrijvallen. De oudedagsreserve is hierdoor in principe niets meer of minder dan een renteloze 'lening'¹⁵². Om de oudedagsreserve meer het karakter van een toekomstvoorziening te geven, moet het niet meer mogelijk zijn dat dotaties aan de oudedagsreserve uiteindelijk niet tot een daadwerkelijke toekomstvoorziening leiden. Derhalve moet de opgebouwde oudedagsreserve verplicht worden aangewend voor een toekomstvoorziening. Indien deze aanwending niet geschiedt, dienen sanctiebepalingen te gelden. De sanctiebepalingen zoals geldend in het lijfrenteregime kunnen als uitgangspunt dienen. Gezien het feit dat alsnog geen gelden aan de onderneming worden onttrokken, ben ik van mening dat deze aangepaste versie van de oudedagsreserve vanuit het criterium van de 'verzorgingsdoelstelling' een second best-oplossing is. De pensioengedachte brengt namelijk met zich dat de gelden moeten worden afgezonderd van het overige vermogen van de betrokkene en een exclusieve oudedagsbestemming moeten hebben. Het maatschappelijk belang van een gewaarborgde toekomstvoorziening weegt mijns inziens zwaarder dan de financieringsbehoefte van de IB-ondernemer. Aan de financieringsbehoefte kan tevens op een andersluidende wijze tegemoet worden gekomen.

d. Stakingslijfrente

Een stakingslijfrente kan worden bedongen bij gehele of gedeeltelijke staking van de onderneming. Tot die tijd wordt geen vermogen afgeschermd met het oog op een toekomstvoorziening. Bij de stakingslijfrente bestaat derhalve geen opbouwphase. De in de onderneming opgebouwde meerwaarden worden gebruikt voor het bedingen van de lijfrente, maar deze meerwaarden zijn kwetsbaar voor bedrijfsrisico's en op voorhand niet bekend. Verkeert de onderneming in zwaar weer, dan komt de aanvullende toekomstvoorziening in gevaar. De bedongen lijfrente biedt in de uitkeringsfase wel zekerheid als deze is afgesloten bij een professionele uitvoerder. De situatie is compleet anders als de lijfrente, in het kader van een overdracht van de onderneming of een gedeelte van de onderneming, bij de overnemende persoon of het overnemende lichaam, niet zijnde een professionele uitvoerder, is bedongen. De lijfrente blijft dan tevens in de uitkeringsfase blootgesteld aan het ondernemingsrisico van de voortgezette onderneming. Bij faillissement van de onderneming gaat de aanvullende toekomstvoorziening in rook op¹⁵³. Een bedongen stakingslijfrente bij een niet-professionele verzekeraar kent dan ook geen enkele waarborging. Ik ben daarom van mening dat het maatschappelijk gezien niet verdedigbaar is dat de overdragende ondernemer fiscaal wordt gestimuleerd om, ten behoeve van de financiering van een

¹⁵² G.J.B. Dietvorst, 1995, p. 20.

¹⁵³ G.J.B. Dietvorst et al., Werkgroep ANP, 2013, p. 102-103.

bedrijfsopvolging, zijn toekomstvoorziening in de onderneming te laten ¹⁵⁴. In de literatuur wordt gesteld dat in de praktijk alleen gebruik wordt gemaakt van de bedrijfsopvolgingslijfrente indien de financiële middelen bij de overnemer ontbreken ¹⁵⁵. Zodoende heeft de bedrijfsopvolgingslijfrente meer het karakter van een financieringsinstrument dan van een adequate toekomstvoorziening. Een bedongen stakingslijfrente bij een professionele partij is wel gewaarborgd, maar is verre van gegarandeerd in verband met het ontbreken van afgescheiden fondsvorming in de opbouwfase. De stakingslijfrente voldoet dus niet aan het criterium 'verzorgingsdoelstelling'.

3.4.2 Uitvoerbaar voor de overheid

a. Tweede pijlerpensioenregeling uit een voormalig dienstverband

Vrijwillige voortzetting kent geen problemen met betrekking tot de uitvoerbaarheid voor de overheid. Voor de pensioenuitvoerder omvat de productvoering wel arbeidsintensieve aspecten, die reeds in paragraaf 3.3.1 kort zijn aangestipt.

b. Lijfrenteregime

Om voor lijfrentepremieaftrek in aanmerking te komen dient de belastingplichtige elk jaar door middel van een jaarruimteberekening en/of een reserveringsruimteberekening aan te tonen dat sprake is van een pensioentekort. Nijman en Oerlemans geven aan dat de complexe fiscale wetgeving en het lage bewustzijn van belastingplichtigen omtrent hun toekomstvoorziening redenen kunnen zijn voor een beperkte benutting van de fiscale mogelijkheden ¹⁵⁶. Ik zie de jaarlijks door de belastingplichtigen te maken berekeningen niet als een knelpunt, maar ik ben van mening dat ten aanzien van de uitvoerbaarheid een rol voor de overheid is weggelegd. De onafhankelijke rekenhulp lijfrentepremie die voor de berekening van de jaarruimte en reserveringsruimte vanaf het belastingjaar 2016 op de site van de Belastingdienst is te vinden ¹⁵⁷, is daarom in mijn ogen een juiste ontwikkeling. Echter, mijns inziens zijn er, gezien de digitalisering van informatie over onder andere toekomstvoorzieningen, nog meer mogelijkheden. Voor de berekening van de reserveringsruimte zijn gegevens nodig van het inkomen en de opbouw van toekomstvoorzieningen in de afgelopen acht jaar. Een verbetering in dit opzicht zou inhouden dat de Belastingdienst via het pensioenregister de belastingplichtigen op de hoogte stelt van een eventueel pensioentekort en de mogelijkheden in het lijfrenteregime. Momenteel zijn enkel de AOW en het tweedepijlerpensioen opgenomen in het

¹⁵⁴ M.J. Hoogeveen, 2011, p. 96 en 496.

¹⁵⁵ Zie G.J.B. Dietvorst, 2003, p. 99 en in gelijke zin J.J.M. Jansen, 2005, par. 4.3.

¹⁵⁶ T.E. Nijman en A.G. Oerlemans, Paper Netspar 8, 2008.

¹⁵⁷ www.belastingdienst.nl/rekenhulpen/lijfrentepremie/.

pensioenregister. De Belastingdienst heeft in 2005 reeds aangegeven na te willen denken over hoe het pensioenregister ook voor fiscale doeleinden kan worden ingezet ¹⁵⁸.

c. Oudedagsreserve en omzetting van de oudedagsreserve in een lijfrente

De oudedagsreserve brengt hoge uitvoeringskosten voor de Belastingdienst met zich, gezien het relatief grote aantal wettelijke regelingen die nodig zijn om de oudedagsreserve beheersbaar te houden ¹⁵⁹. In de gevallen dat de oudedagsreserve enkel wordt gebruikt als faciliteit om belastingheffing uit te stellen en niet daadwerkelijk tot een toekomstvoorziening leidt, wegen deze hoge uitvoeringskosten mijns inziens extra zwaar.

d. Stakingslijfrente

De stakingslijfrente kent geen problemen met betrekking tot de uitvoerbaarheid voor de overheid.

3.4.3 Toegankelijk en begrijpelijk voor de belastingplichtigen

a. Tweede pijlerpensioenregeling uit een voormalig dienstverband

De fiscale facilitering van de tienjaars vrijwillige voortzetting ingaande 2012 kent geen overgangsrecht en geldt daarmee alleen voor gewezen werknemers die sinds 1 januari 2012 aansluitend aan de beëindiging van het dienstverband winst uit onderneming genieten. Gelet op de wens om met de tienjaars fiscale facilitering de pensioenpositie van zelfstandigen in de tweede pijler te verbeteren, had het mijns inziens gepast geweest als een overgangsregeling was getroffen voor de reeds bestaande zelfstandigen die de pensioenregeling in 2011 al gedurende maximaal drie jaar vrijwillig hadden voortgezet.

Tienjaars vrijwillige voortzetting geldt alleen voor zover de gewezen werknemer, aansluitend aan de beëindiging van de dienstbetrekking, winst uit onderneming geniet als bedoeld in artikel 3.8 Wet IB 2001. Deze uitbreiding van de driejaarsperiode geldt niet voor resultaatgenieters. Dietvorst en Visser zien dit als een weeffout in de PW en niet als een opzettelijke keuze van de wetgever ¹⁶⁰. Ik ben met hen van mening dat de PW de tienjaars vrijwillige voortzetting tevens dient te koppelen aan het behalen van resultaat uit een werkzaamheid als bedoeld in artikel 3.94 Wet IB 2001. Immers, de fiscale scheidslijn tussen winst uit onderneming en resultaat uit een werkzaamheid is tamelijk dun ¹⁶¹. Bovendien is de kwalificatie als IB-ondernemer of resultaatgenieter niet altijd op voorhand duidelijk. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft aangegeven dat uitbreiding van de

¹⁵⁸ Zie M. Visser, Verslag van de 7^e Interpolis Pensioenlezing, 2008.

¹⁵⁹ Zie G.J.B. Dietvorst et al., Werkgroep ANP, 2013, p. 73.

¹⁶⁰ G.J.B. Dietvorst en M.R. Visser, CompetenceCentre for Pension Research, 2009, p. 15.

¹⁶¹ De scheidslijn tussen resultaat uit een werkzaamheid en 'normaal vermogensbeheer' in box 3 is ook tamelijk dun, maar uitbreiding van de driejaarsperiode voor box 3 beleggers lijkt mij, gezien de taakafbakening, te ver gaan.

tienjaarstermijn naar alle deelnemers op gespannen voet staat met de taakafbakening en derhalve niet wenselijk is ¹⁶². Uitbreiding van de doelgroep van vrijwillige voortzetting blijft echter een oplossing voor een beperkte groep. De toegang tot de vrijwillige voortzetting van een tweede pijlerpensioenregeling uit een voormalig dienstverband is immers per definitie beperkt tot belastingplichtigen die eerder als werknemer aan een pensioenregeling hebben deelgenomen, waardoor lang niet alle ondernemers bij deze regeling baat kunnen hebben.

b. Lijfrenteregime

Ingevolge de Wet Brede Herwaardering van 1992, hebben alle belastingplichtigen die te maken hebben met een pensioentekort in de tweede pijler recht op premieaftrek bij lijfrenteproducten. Deze uitwerking dient te zorgen voor een eerlijk, rechtvaardig en budgettair beheersbaar systeem. Hier kan tegenin gebracht worden dat het in die zin allerm minst opmerkelijk is dat in de sfeer van de inkomensvoorzieningen minder ruimte bestaat tot opbouw van een toekomstvoorziening dan in de loonsfeer het geval is met betrekking tot pensioenen. Bovendien hoeft in de pensioensfeer geen rekening te worden gehouden met opgebouwde lijfrenterechten, terwijl in de sfeer van de inkomensvoorzieningen volledig rekening moet worden gehouden met pensioenrechten ¹⁶³. De verschillen in het pensioen- en het lijfrenteregime dienen nader te worden onderzocht. Hier wordt in hoofdstuk 5 op teruggekomen.

De per 2008 ingevoerde bancaire lijfrente en beleggingslijfrente hebben een bijdrage geleverd aan de toegankelijkheid van het lijfrenteregime ¹⁶⁴.

c. Oudedagsreserve en omzetting van de oudedagsreserve in een lijfrente

Door middel van de oudedagsreserve kunnen IB-ondernemers die aan het urencriterium voldoen en bij aanvang van het kalenderjaar nog niet de AOW-leeftijd hebben bereikt, binnen de eigen onderneming voor de oude dag sparen. Werknemers die deelnemen aan een pensioenregeling hebben niet de mogelijkheid om de voor het pensioen bestemde gelden binnen hun beschikkingsmacht te houden. Zo mag een IB-ondernemer de voor de oude dag bestemde middelen in zijn eigen onderneming beleggen, maar een werknemer mag zijn pensioengelden niet beleggen in bijvoorbeeld zijn eigen woning. De werkgroep ANP acht dit verschil in behandeling niet onderbouwd ¹⁶⁵. Opvallend is dat de oudedagsreserve juist is ingevoerd naar aanleiding van het in 1971 uitgevoerde onderzoek van de Commissie Van

¹⁶² Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, brief van 7 september 2007, p. 10.

¹⁶³ In de Tweede Kamer is motie nr. 108 ingediend bij de behandeling van de Wet IB 2001, waarin om onderzoek is gevraagd naar het resterende onderscheid in opbouw mogelijkheden tussen tweede en derde pijler toekomstvoorzieningen. Deze motie heeft noch tot onderzoek, noch tot resultaat geleid. Zie E.J.W. Heithuis et al, 2013, p. 503.

¹⁶⁴ Centraal Bureau voor de Statistiek, Den Haag/Heerlen, 13 maart 2014.

¹⁶⁵ G.J.B. Dietvorst et al., Werkgroep ANP, 2013, p. 73.

Soest waarbij, ter compensatie van de achtergestelde positie van zelfstandigen, de invoering van de oudedagsreserve werd aanbevolen.

Ik heb mij reeds uitgesproken voor het afschaffen van de oudedagsreserve, aangezien vanuit het toetsingscriterium 'verzorgingsdoelstelling' inkomenszekerheid niet verenigbaar is met de financieringsbehoefte van de onderneming. Een bijkomende waarde van het uit elkaar halen van deze twee niet met elkaar verenigbare beleidsdoelstellingen is duidelijkheid en transparantie voor de belastingplichtigen. Afschaffing van de oudedagsreserve en het eventueel laten opgaan in de zelfstandigenaftrek of MKB-winstvrijstelling leidt tot een vereenvoudigingswinst, aangezien de met de oudedagsreserve gepaard gaande gedetailleerde regelgeving kan vervallen. De instrumentele functie van de oudedagsreserve zal tevens verloren gaan, maar die is blijkens eerder aangehaald onderzoek weinig effectief

¹⁶⁶.

d. Stakingslijfrente

De stakingslijfrente is toegankelijk voor IB-ondernemers die hun onderneming geheel of gedeeltelijk staken. Ingevolge artikel 3.129 lid 4 Wet IB 2001 geldt de faciliteit tevens voor de in artikel 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 bedoelde medegerechtigde, indien de medegerechtigde de rechtstreekse voortzetting vormt van zijn/haar gerechtigdheid of medegerechtigdheid als IB-ondernemer. Deze uitbreiding is mijns inziens terecht, aangezien het overgaan van ondernemerschap in medegerechtigdheid niet moet worden gestraft met het niet meer kunnen gebruiken van de stakingslijfrenteaftrek. Voor andere personen die te maken hebben met het winstregime geldt de stakingslijfrenteaftrek mijns inziens terecht niet, aangezien deze belastingplichtigen steeds beleggers zijn geweest. De beperkte toegang tot de stakingslijfrente vloeit voort uit de aard van de regeling en vind ik niet bezwaarlijk.

3.4.4 In lijn met internationale en Europese regelgeving

a. Tweede pijlerpensioenregeling uit een voormalig dienstverband

De vrijwillige voortzetting kent geen voor deze scriptie relevante internationaal- of Europeesrechtelijke aspecten.

b. Lijfrenteregime

In beginsel zijn de lidstaten vrij om voorwaarden te stellen aan premieaftrek ter zake van inkomensvoorzieningen. Dit geldt tevens met betrekking tot buitenlandse aanbieders. De heffing van inkomstenbelasting behoort namelijk tot de soevereiniteit van de lidstaten ¹⁶⁷.

Echter, als aan buitenlandse aanbieders zwaarwegendere voorwaarden worden gesteld dan

¹⁶⁶ E. Poelmann, 2009, hfd. 9, in de onderzoeksperiode van 1994 tot 2000.

¹⁶⁷ M.J. Hoogeveen, 2011, Tilburg University, p. 241.

aan binnenlandse aanbieders, leidt dat tot een belemmering voor de buitenlandse aanbieders om toe te treden tot de markt van een andere lidstaat en derhalve tot strijdigheid met het vrije verkeer van diensten van artikel 59 VwEU. Het HvJ heeft geoordeeld dat buitenlandse verzekeraars onder gelijke voorwaarden als binnenlandse verzekeraars moeten worden toegelaten op de binnenlandse markt ¹⁶⁸.

Sinds de Wet IB 2001 worden ingevolge artikel 3.126 lid 1 onderdeel d Wet IB 2001 ook verzekeraars zonder vaste inrichting in Nederland aangemerkt als toegelaten aanbieders. Aan deze verzekeraars zijn nadere voorwaarden gesteld die ervoor moeten zorgen dat geen onderscheid bestaat ten opzichte van de reeds voor 2001 kwalificerende aanbieders ¹⁶⁹. De voorwaarden zijn uitgewerkt in artikel 3.126 lid 3 Wet IB 2001 jo. artikel 14 Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001 (hierna: Uitv. besl. IB 2001). Eén van deze voorwaarden is dat de verzekeraar een in Nederland uitwinbare zekerheid moet geven voor de invordering van de belasting die de verzekeringsnemer is verschuldigd door toepassing van de artikelen 3.133, 3.135 en 3.136 Wet IB 2001, dan wel dat de belastingplichtige zich heeft verplicht deze zekerheid te stellen. De voorwaarde is in 2004 uitgebreid in de zin dat een in de EU of EER gevestigde verzekeraar in plaats van zich te verplichten zekerheid te stellen ook aansprakelijkheid mag aanvaarden. Deze uitbreiding heeft plaatsgevonden naar aanleiding van het arrest *De Lasteryie du Saillant* ¹⁷⁰ en heeft ertoe geleid dat de Nederlandse wetgeving met betrekking tot buitenlandse toegelaten aanbieders in lijn met het EU-recht is ¹⁷¹.

c. Oudedagsreserve en omzetting van de oudedagsreserve in een lijfrente

Sinds 2001 is de oudedagsreserve een fiscale reserve en daarmee onderdeel van de winstfeer. Een buitenlands belastingplichtige ondernemer kan een oudedagsreserve opbouwen indien de onderneming in Nederland wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting of een vaste vertegenwoordiger. Toevoegingen aan en afnemingen van de reserve beïnvloeden de winst uit onderneming. Ook voor buitenlands belastingplichtigen die belastbare winst uit een binnenlandse onderneming genieten, wordt een afname van de oudedagsreserve tot de winst gerekend ¹⁷². Deze aanpassing heeft mede plaatsgevonden naar aanleiding van het *Wielockx* arrest ¹⁷³. Op grond van dit arrest kunnen inwoners van een EU-lidstaat die als buitenlands belastingplichtigen winst uit onderneming genieten een

¹⁶⁸ Arrest *Safir*, HvJ 28 april 1998, C-118/96.

¹⁶⁹ Kamerstukken II, 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 162.

¹⁷⁰ Arrest *De Lasteryie du Saillant*, HvJ 11 maart 2004, C-9/02.

¹⁷¹ Zie M.J. Hoogeveen, 2011, Tilburg University, p. 243, verwijzend naar J.A. Jansens van Gelicum en T.H. Ostermann, PM 2007/5, p.14-20, P. Kavelaars, TFO 2007/1, par. 2.2, S. Wolvers, NTER 2008/3 en H.M. Kapelle, WFR 2010/693.

¹⁷² Onder de Wet IB 1964 was de oudedagsreserve een extra-comptabele post waardoor dit niet mogelijk was.

¹⁷³ HVJ 11 augustus 1995, C-80/94.

oudedagsreserve opbouwen ¹⁷⁴. Hoewel de oudedagsreserve voor verdragstoepassing een onbekend fenomeen is, is door de koppeling van de oudedagsreserve aan de winst uit onderneming ook het winstartikel (artikel 7 OESO-modelverdrag) van toepassing op afnemingen van de oudedagsreserve ¹⁷⁵. Met de wijziging per 2001 is zeker gesteld dat de heffing over de afname van de oudedagsreserve aan Nederland is toegewezen, indien de ondernemer een buitenlands belastingplichtige is met een vaste inrichting in Nederland.

Buitenlands belastingplichtigen kunnen de oudedagsreserve in beginsel niet omzetten in een lijfrente, omdat het per 2006 voor buitenlands belastingplichtigen niet langer mogelijk is om uitgaven voor inkomensvoorzieningen ten laste van het inkomen te brengen ¹⁷⁶. Dit is enkel nog mogelijk indien de buitenlands belastingplichtige een kwalificerende buitenlandse belastingplichtige is ingevolge artikel 7.8 Wet IB 2001. Als de ondernemer een kwalificerende buitenlandse belastingplichtige is en zijn/haar oudedagsreserve omzet in een lijfrente kan de Nederlandse fiscale claim op de oudedagsreserve verloren gaan. De lijfrente-uitkeringen van buitenlands belastingplichtigen zijn weliswaar belast op grond van artikel 7.2 lid 2 onderdeel d Wet IB 2001, maar de heffingsbevoegdheid over deze lijfrente-uitkeringen wordt krachtens de meeste verdragen aan de woonstaat toegewezen ingevolge het restartikel (artikel 21 OESO-modelverdrag) ¹⁷⁷.

d. Stakingslijfrente

Wetstechnisch worden de premies en de koopsom van een stakingslijfrente behandeld als uitgaven voor inkomensvoorzieningen die in box 1 aftrekbaar zijn. De aftrekpost is als zodanig geen onderdeel van de winstbepaling. De stakingslijfrenteaftrek geldt daarom enkel voor de binnenlands belastingplichtige ondernemer en de kwalificerende buitenlandse belastingplichtige ondernemer.

Bij de bedrijfsopvolgingslijfrente, oftewel de stakingslijfrente die wordt bedongen bij de overnemer als tegenprestatie voor de overgedragen onderneming, worden de eisen gesteld dat de lijfrenteverplichting tot het binnenlandse ondernemingsvermogen van de overnemer wordt gerekend en dat de overnemer in Nederland woont of in Nederland is gevestigd. Hoogeveen heeft onderzocht of de bedrijfsopvolgingslijfrente op dit punt overeenstemt met

¹⁷⁴ De buitenlands belastingplichtige ondernemer heeft recht op opbouw van de oudedagsreserve als hij/zij voldoet aan het urencriterium. Ingevolge HvJ 18 maart 2010, C-440/08 (Gielen arrest) tellen de buitenlandse uren ook mee voor het urencriterium.

¹⁷⁵ E.J.W. Heithuis et al, 2013, p. 777.

¹⁷⁶ Omzetting van de oudedagsreserve in een lijfrente kan wel plaatsvinden in de periode dat de ondernemer binnenlands belastingplichtig is. Als de ondernemer vervolgens emigreert, kwalificeren de premies voor lijfrenten die bij de omzetting in aanmerking zijn genomen als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen. Krachtens artikel 2.8 lid 2 Wet IB 2001 wordt een conserverende aanslag opgelegd waarvoor uitstel van betaling voor een tienjaarsperiode geldt.

¹⁷⁷ F.P.G. Pötgens, 2017, par. 7.2.1.A.f.

de vrijheden in het VwEU ¹⁷⁸. Aangezien een niet-inwoner nooit als toegelaten aanbieder kan kwalificeren, concludeert Hoogeveen tot een belemmering in de zin van het VwEU. Volgens Hoogeveen dient een overnemer als toegelaten verzekeraar te kwalificeren indien:

- hij in Nederland woont en de lijfrenteverplichting tot zijn binnenlandse of buitenlandse ondernemingsvermogen rekent;
- hij in het buitenland woont, een vaste inrichting heeft in Nederland en de lijfrenteverplichting tot het vermogen van de vaste inrichting rekent, en
- hij in het buitenland woont en geen vaste inrichting heeft in Nederland, maar zich houdt aan voorwaarden van informatieverstrekking en zekerheidstelling respectievelijk aansprakelijkheidsaanvaarding, zoals die ook worden gesteld aan de in Nederland woonachtige kwalificerende voorzetter ¹⁷⁹.

In deze gevallen houdt Nederland namelijk volkomen zicht op de afwikkeling van de lijfrente, waardoor een rechtvaardigingsgrond voor de belemmering ontbreekt. Bij de eerste twee situaties volgt de verplichtstelling tot informatieverstrekking (o.a. AWR ¹⁸⁰) en de verplichte aansprakelijkheidsstelling (artikel 44a Invorderingswet 1990 (hierna: IW 1990)) uit de wet.

3.5 Tussenconclusie

IB-ondernemers kunnen in beginsel geen pensioen opbouwen in de tweede pijler van het Nederlandse stelsel van toekomstvoorzieningen. Echter, er staan de IB-ondernemers verschillende faciliteiten ter beschikking om fiscaal gefaciliteerd een aanvullende toekomstvoorziening op te bouwen. Zo kan een IB-ondernemer die aansluitend aan de beëindiging van het dienstverband winst uit onderneming geniet, gedurende maximaal tien jaar, vrijwillig de tweede pijlerpensioenregeling van het voormalige dienstverband voortzetten. Daarnaast kunnen IB-ondernemers, net als andere belastingplichtigen, de premies van een lijfrente als uitgaven voor inkomensvoorzieningen in box 1 aftrekken van het belastbare inkomen uit werk en woning, indien sprake is van een pensioentekort. De oudedagsreserve en de stakingslijfrente zijn tot slot twee op het karakter van het ondernemerschap toegesneden onderdelen van het lijfrenteregime. Deze regelingen vervullen een financieringsfunctie voor de onderneming. IB-ondernemers hebben dus verscheidene mogelijkheden voor een aanvullende toekomstvoorziening. IB-ondernemers kunnen echter niet worden verplicht om van één van deze mogelijkheden gebruik te maken.

¹⁷⁸ M.J. Hoogeveen, 2011, Tilburg University, par. 7.5.

¹⁷⁹ Zie Kamerstukken II, 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 162.

¹⁸⁰ In de eerste situatie moet de overnemer namelijk, in verband met binnenlandse belastingplicht, zijn wereldinkomen aangeven en in de tweede situatie moeten de gegevens met betrekking tot de lijfrente via de winstaangifte worden verstrekt.

In onderstaande tabel zijn de uitkomsten van de in paragraaf 3.4 uitgevoerde analyse samengevat middels de symbolen ✓ (voldoet), ✗ (voldoet niet) en — (niet van toepassing). Enkele in paragraaf 3.4 aangedragen verbeterpunten worden in hoofdstuk 5 nader uitgewerkt.

	Verzorgings- doelstelling	Uitvoerbaar overheid	Toegankelijk belastingplichtigen	Internationale / Europese regelgeving
Vrijwillige voortzetting	✓	✓	✗	—
Lijfrenteregime	✓	✓	✓	✓
Oudedagsreserve	✗	✗	✗	✓
Stakingslijfrente	✗	✓	✓	✗

4. Directeur-groootaandeelhouders

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staan de dga's centraal ¹⁸¹. Maatschappelijk gezien worden dga's vaak aangeduid als ondernemers. Echter, juridisch zijn dga's werknemers en voor de Wet LB 1964 zijn ze in (fictieve) dienstbetrekking werkzaam bij de eigen bv of nv. Hierdoor kunnen dga's, onder voorwaarden, fiscaal gefaciliteerd pensioen opbouwen in de tweede pijler van het stelsel van toekomstvoorzieningen. Ondanks dat het pensioen van de dga zich in de tweede pijler bevindt, is de PW, uitzonderingen daargelaten, niet van toepassing op de dga. Dientengevolge valt het pensioen van de dga niet onder de onderbrengingsplicht van artikel 23 PW. Tot 1 april 2017 bood de fiscale wetgeving de mogelijkheid om fiscaal gefaciliteerd pensioen op te bouwen in eigen beheer ¹⁸². De Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen heeft hier een einde aan gemaakt. In dit hoofdstuk worden met het oog op de deelvraag 'Welke mogelijkheden hebben dga's binnen het huidige wettelijk kader om fiscaal ondersteund een toekomstvoorziening op te bouwen?' in paragraaf 4.2 en paragraaf 4.3 het civiel-juridische kader en het fiscale kader behandeld. In deze paragrafen is aandacht voor de achtergrond en historie van pensioenopbouw in eigen beheer. Aansluitend wordt het stelsel van toekomstvoorzieningen voor dga's in paragraaf 4.4 geanalyseerd en wordt getoetst of dit stelsel aan de criteria van het toetsingskader voldoet. In deze paragraaf wordt tevens getoetst of de uitfasering van het pensioen in eigen beheer sinds april 2017 gewenst is. Dit hoofdstuk eindigt met een tussenconclusie in paragraaf 4.5.

4.2 Civiel-juridisch kader

Met de opvolging van de PSW door de PW op 1 januari 2007 is de positie van de dga in civiel-juridische zin gewijzigd. Daar waar de pensioentoezegging aan een dga onder de werkingssfeer van de PSW viel, zij het in een wettelijke uitzonderingspositie ¹⁸³, valt een dga

¹⁸¹ Dga's die verplicht deelnemen in een beroepspensioenregeling of een bedrijfstakpensioenfonds zijn reeds in hoofdstuk 2 behandeld en komen in dit hoofdstuk niet aan bod.

¹⁸² De Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen is per 1 april 2017 in werking getreden. Op grond van een delegatiebepaling is voorzien in een coulancetermijn van drie maanden waarin een eigen beheer vennootschap nog als toegelaten aanbieder van een fiscaal gefaciliteerd pensioen kan optreden. Dit geeft de dga's extra tijd voor het doorvoeren van de noodzakelijke aanpassingen, zoals het pensioen premievrij maken, de pensioenbrief aanpassen of een extern verzekerd pensioen naar eigen beheer overdragen. Pensioenopbouw in eigen beheer is tijdens de coulancetermijn onder voorwaarden mogelijk. Pensioenopbouw in eigen beheer dient dus uiterlijk 1 juli 2017 te zijn stopgezet, zie Nota van wijziging Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 6, p. 4, brief van de Staatssecretaris van Financiën Kamerstukken II 2016/2017, 34 552, nr. 38 en beleidsbesluit uitfasering PEB.

¹⁸³ In de PSW werd apart rekening gehouden met de dga, omdat een dga niet paste binnen de doelgroep van deze primair op werknemers gerichte wet. Op grond van de PSW was een werkgever die aan personen die verbonden zijn aan zijn onderneming een toezegging omtrent pensioen doet, onderworpen aan de verplichting om die toezegging onder te brengen bij een professionele verzekeraar of een pensioenfonds. Voor deze zogeheten verzekeringplicht gold een

in zijn geheel niet onder de werking van de PW ¹⁸⁴. Door het niet van toepassing zijn van de PW valt het pensioen van de dga niet onder de onderbrengingsplicht van artikel 23 PW en bestaat de mogelijkheid om pensioen in eigen beheer op te bouwen.

Het uitgangspunt van de PW is dat de wet van toepassing is op pensioenovereenkomsten die zijn gesloten tussen werkgevers en werknemers. Het feit dat de dga niet onder de PW valt, vloeit voort uit de definitie van het begrip werknemer in de PW. In artikel 1 PW is namelijk bepaald dat voor de toepassing van de PW en de daarop berustende bepalingen onder een werknemer wordt verstaan: 'degene die krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of publiekrechtelijke aanstelling arbeid verricht voor een werkgever, met uitzondering van de directeur-groootaandeelhouder en de werknemer die onder de werkingssfeer van een verplichtgestelde beroepspensioenregeling als bedoeld in de Wet verplichte beroepspensioenregeling valt'.

In de PW is een definitie van het begrip dga opgenomen. Ingevolge artikel 1 PW wordt voor de toepassing van de PW en de daarop berustende bepalingen onder een dga verstaan de direct of indirect persoonlijk houder, eventueel via certificaten, van ten minste 10% van de aandelen in de werkgever ¹⁸⁵. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen verschillende soorten aandelen. Met de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (hierna: Wet Flex BV) is de definitie van de dga in de PW aangescherpt met de eis dat aan de aandelen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden. Het is niet vereist dat de dga daadwerkelijk (statutair) bestuurder is van de vennootschap. De letter 'd' van directeur in de term dga speelt dus nog steeds geen rol.

Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat de belangrijkste reden om de dga geheel buiten de reikwijdte van de PW te brengen is dat een dga een werknemer in juridische zin is ¹⁸⁶ die de feitelijke macht heeft in een onderneming en daarom maatschappelijk kan worden

ontheffingsmogelijkheid indien het een toezegging betrof aan een dga, die ten opzichte van de werkgever schriftelijk had ingestemd met het eigen beheer en mits werd voldaan aan de bij ministeriële regeling vast te stellen regels opgenomen in de Regeling voorwaarden pensioentoezegging aan direct- en indirect- grootaandeelhouders. Mede gezien de inhoud van deze regeling bestond onduidelijkheid over de vraag of de overige bepalingen in de PSW van toepassing waren op de dga, zie Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3 (MvT), par. 2.3.

¹⁸⁴ Uitzondering op grond van artikel 3 lid 1 PW is de dga die onder de werkingssfeer van een door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling valt. Bovendien kunnen op 1 januari 2007 bestaande dga's ervoor gekozen hebben om de bestaande pensioenopbouw bij een professionele verzekeraar onder de werking van de PW voort te zetten.

¹⁸⁵ De term 'persoonlijk houder' brengt mee dat iemand die in gemeenschap van goederen is gehuwd met een grootaandeelhouder door dit enkele feit niet kwalificeert als dga in de zin van de PW. 'Indirect' slaat op de situatie dat de aandelen niet direct in de vennootschap van de werkgever worden gehouden, maar dat de betrokkene aandelen heeft in een vennootschap die aandelen heeft in de vennootschap van de werkgever, zie Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3 (MvT).

¹⁸⁶ Op grond van het arbeidsrecht van Titel 10 Boek 7 BW is de dga een werknemer.

beschouwd als eigenaar van de onderneming ¹⁸⁷. De hoedanigheid van werknemer wordt bij de dga door de wetgever van ondergeschikt belang geacht, waardoor het volgende in de memorie van toelichting op de PW wordt gesteld: 'Een dga heeft de bescherming van de PW niet nodig. Hij kan zijn eigen belangen ook in de rol van eigenaar behartigen. Er is immers geen sprake van feitelijke ondergeschiktheid aan het bestuur van de onderneming die de werkgeversrol vervult'. Volgens de wetgever vertoont de dga meer kenmerken van een zelfstandig ondernemer dan van een werknemer in loondienst.

Bovenstaande argumentatie van de wetgever is naar mijn mening niet in lijn met de definitie die in de PW aan het dga-begrip is gegeven. Zo kan mijns inziens niet worden gesteld dat een werknemer met een 10% aandelenbelang in zijn werkgever de feitelijke macht heeft in die onderneming. Dit lijkt mij pas het geval als de werknemer een aandelenbelang mét stemrecht van meer dan 50% heeft. Van den Dool en Heithuis geven aan dat, gezien vanuit de beschermingsgedachte die aan de PW ten grondslag ligt, de kwantitatieve grens van 10% naar hun mening te laag is ¹⁸⁸. Aangezien de beschermingsgedachte van de PW gelijkenissen vertoont met de verzorgingsgedachte van de werknemersverzekeringen ¹⁸⁹ zoeken Van den Dool en Heithuis aansluiting bij de premieheffing werknemersverzekeringen, waar voor de kwalificatie als dga, kort gezegd, de cumulatieve eis geldt van het zijn van statutair bestuurder én het houden van een meerderheidsbelang of nevensgeschikt belang ¹⁹⁰.

In het advies over de PW van de SER werd ook aangeraden om voor de afbakening van het dga-begrip in de PW aan te sluiten bij de werknemersverzekeringen ¹⁹¹. Volgens de SER wordt de dga daarmee nadrukkelijker in overeenstemming met zijn/haar maatschappelijke positie behandeld, die anders is dan de positie van werknemers ¹⁹². De SER geeft aan dat een afbakening van het dga-begrip in de PW conform de werknemersverzekeringen ervoor zorgt dat de belangen van de dga aan wie een pensioentoezegging in eigen beheer is gedaan voldoende zijn gewaarborgd op grond van zijn/haar zeggenschap (op basis van het aandelenbezit) binnen de onderneming die de pensioentoezegging doet en de vennootschap

¹⁸⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3 (MvT).

¹⁸⁸ R.P. van den Dool en E.J.W. Heithuis, 2009.

¹⁸⁹ De werknemersverzekeringen zijn: de Werkloosheidswet, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen en de Ziektewet. Deze verzekeringen worden uitgevoerd door het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna: UWV) en de Belastingdienst int de premies.

¹⁹⁰ In de werknemersverzekeringswetten is bepaald dat de arbeidsverhouding van de dga niet als dienstbetrekking wordt beschouwd, zie o.a. artikel 6 lid 1 onderdeel d Ziektewet. Door de afwezigheid van een dienstbetrekking is de dga niet verplicht verzekerd voor de werknemersverzekeringen. Wie als dga kwalificeert voor de werknemersverzekeringen is uitgewerkt in de Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016. Als uitgangspunt geldt dat de dga zijn ontslag kan tegenhouden.

¹⁹¹ SER, 2001, p. 79. Dit advies werd mede gedaan met het oog op harmonisatie van het dga-begrip.

¹⁹² De SER refereert hier aan het arrest Asscher, HvJ 27 juni 1996, C-107/94, waarin het HvJ heeft beslist dat de dga die enig aandeelhouder is zijn werkzaamheden niet uitoefent in het kader van een positie van ondergeschiktheid en dat hij derhalve ingevolge het EU-recht als een zelfstandig ondernemer kwalificeert.

waar de opbouw plaatsvindt, waardoor de dga dan de bescherming van de PW niet nodig heeft¹⁹³. Immers, door de zeggenschap is de pensioenaanspraak in materieel opzicht veiliggesteld, ook al is het pensioen afhankelijk van het reilen en zeilen van de onderneming. Desondanks hield de regering gezien de belangrijke economische functie van het in eigen beheer opbouwen van het pensioen voor de bedrijfsvoering van kleine en middelgrote ondernemingen, overeenkomstig het standpunt van MKB Nederland, vast aan het 10%-criterium zoals dat ook in de PSW gold¹⁹⁴. Ik ben met Van den Dool, Heithuis en de SER van mening dat, gezien vanuit de beschermingsgedachte van de PW, het 10%-criterium te laag is. Met de invoering van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen is de dga buiten de reikwijdte van de PW gebleven. Gezien vanuit het civiel-juridische kader is pensioenopbouw in eigen beheer dus nog steeds mogelijk. Aangezien de fiscale wetgeving hier sinds 1 april 2017 niet meer op aansluit, is dit weinig aantrekkelijk. Nu pensioenopbouw in eigen beheer dus geen reden meer is om de dga buiten de PW te houden, had het mijns inziens een goede zaak geweest om de dga met de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen onder de beschermende werking van de PW te brengen. Een dga die zijn toekomstvoorziening bij een professionele verzekeraar onderbrengt heeft dan te maken met dezelfde mogelijkheden en zekerheden als andere pensioendeelnemers. Dit lijkt mij, zeker voor de dga's met een aandelenbelang van minder dan 50%, terecht.

Tot slot is van belang dat ondanks dat het pensioen van een dga niet onder de reikwijdte van de PW valt, de Wet VPS wel van toepassing is op grond van artikel 1 van deze wet. De Wet VPS bepaalt dat de ex-partner van een dga recht heeft op verevening van de gedurende het partnerschap opgebouwde ouderdomspensioen¹⁹⁵¹⁹⁶. Bovendien heeft de ex-partner van een dga ingevolge de Wet VPS recht op een bijzonder nabestaandenpensioen.

4.3 Fiscaal kader

4.3.1 Werknemer en aanmerkelijk belanghouder

Voor de fiscale wetgeving is als zodanig de dga geen relevant figuur. Derhalve bestaat geen wettelijke definitie van het begrip dga in de Nederlandse fiscale wet- en regelgeving. De Wet IB 2001 kent wel een definitie van het begrip aanmerkelijk belang. Zo is ingevolge artikel 4.6

¹⁹³ SER, 2001, p. 79.

¹⁹⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr. 19.

¹⁹⁵ De verevening kan middels huwelijkse voorwaarden of echtscheidingsconvenant zijn uitgesloten.

¹⁹⁶ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat bij zowel het in eigen beheer opgebouwde ouderdomspensioen als bij het bijzonder nabestaandenpensioen het kapitaal dat nodig is voor het deel van de pensioenaanspraak dat toekomt aan de ex-partner, op verzoek, moet worden afgestort bij een externe pensioenverzekeraar, zie HR 9 februari 2007, LJN AZ6258. Dit geldt niet als de dga aannemelijk maakt dat afstorting de continuïteit van de onderneming in gevaar brengt. Echtscheidingssituaties waren, in verband met een uiteenlopende fiscale en commerciële waardering van pensioenverplichtingen, een knelpunt van pensioenopbouw in eigen beheer.

Wet IB 2001 een belastingplichtige aanmerkelijk belanghouder indien hij, kort gezegd, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect, ten minste 5% van het aandelenkapitaal bezit ¹⁹⁷. Voor de invulling van het begrip dga in de context van de Wet LB 1964 wordt bij het aanmerkelijk belang aangesloten, zie artikel 4 onderdeel d Wet LB 1964 en artikel 12a Wet LB 1964. Zo schrijft ook de Commissie Van Dijkhuizen: *‘als zij [aanmerkelijk belanghouders] tevens werkzaam zijn in de betreffende vennootschap worden zij aangeduid als dga’s’* ¹⁹⁸.

Met betrekking tot de arbeid die de dga verricht ten behoeve van de vennootschap waarin het aanmerkelijk belang wordt gehouden, kwalificeert hij als een werknemer in de zin van de Wet LB 1964 ¹⁹⁹. De dga is derhalve subjectief belastingplichtig voor de Wet LB 1964. Het kwalificeren als werknemer voor de Wet LB 1964 brengt mee dat de dga, door bij de eigen bv of nv een pensioenregeling aan te gaan die voldoet aan de voorwaarden van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 (artikel 18 tot en met artikel 19f Wet LB 1964), onder toepassing van de omkeerregeling een pensioen kan opbouwen. Voor fiscale facilitering dient een pensioen te worden verzekerd bij een toegestane pensioenverzekeraar, zoals uitgewerkt in artikel 19a Wet LB 1964. Een dga kan, zonder dat dit ingevolge de PW verplicht is, de pensioenverplichting onderbrengen bij een professionele pensioenuitvoerder. Tot 1 april 2017 bood artikel 19a Wet LB 1964 tevens de mogelijkheid aan een dga om de pensioenverplichting in eigen beheer te houden ²⁰⁰.

4.3.2 Pensioen in eigen beheer

Pensioenopbouw in eigen beheer dat in de jaren 70 van de vorige eeuw was geïntroduceerd als een faciliteit om de opbouw van een toekomstvoorziening te combineren met de

¹⁹⁷ Artikel 4.6 Wet IB 2001 kent vier categorieën aanmerkelijk belang. Relevant is dat voor de aanwezigheid van een aanmerkelijk belang geen samentelling van verschillende vermogenstitels plaatsvindt. In het extreme geval kan dit ertoe leiden dat een belastingplichtige een economisch belang heeft van bijna 15% in een vennootschap zonder dat hij als aanmerkelijk belanghouder kwalificeert, namelijk door dit belang te spreiden over 4,99% aandelen, koopopties die recht geven om 4,99% aandelen te verwerven en winstbewijzen die betrekking hebben op 4,99% van de jaarwinst. Voorbeeld ontleend aan E.J.W. Heithuis et al., 2013, p. 553.

¹⁹⁸ Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, juni 2013, p. 6-7.

¹⁹⁹ Op basis van een ‘echte’ dienstbetrekking of de fictieve dienstbetrekking van artikel 4 onderdeel d Wet LB 1964. Volgens de Hoge Raad is bij de arbeidsverhouding van een dga een gezagsverhouding aanwezig, zie HR 8 december 1943, nr. B. 7745. De Hoge Raad huldigt namelijk een formele gezagsverhouding en aangezien een dga in formele zin ondergeschikt is aan het hoogste orgaan van de rechtspersoon, de algemene vergadering, is sprake van een gezagsverhouding, zelfs als de dga 100% aandeelhouder is. Indien de dga zich om onzakelijke redenen geen of een ongebruikelijk laag loon toekent, is geen sprake van een ‘echte’ dienstbetrekking. De fictieve dienstbetrekking van artikel 4 onderdeel d Wet LB 1964 is dan van toepassing.

²⁰⁰ Het was mogelijk om zowel ouderdomspensioen, nabestaandenpensioen als arbeidsongeschiktheidspensioen in eigen beheer te houden. De nettopensioenregeling die vanaf 2015 is geïntroduceerd kon niet in eigen beheer worden uitgevoerd ingevolge artikel 5.17 lid 2 onderdeel c Wet IB 2001. De nettopensioenregeling hangt samen met de begrenzing van het pensioengevend loon per 1 januari 2015 en biedt een vorm van pensioenopbouw over het gedeelte van het salaris boven dit grensloon.

financiering van de onderneming²⁰¹ kon plaatsvinden door de pensioenverplichting onder te brengen in de werkmaatschappij waar de dga de dienstbetrekking vervult (intern eigen beheer) of in een andere entiteit, zoals een bv of stichting (extern eigen beheer)²⁰². Opbouw in eigen beheer leidde niet tot onttrekking van liquiditeiten aan de onderneming terwijl wel fiscaal voor een pensioen werd gereserveerd. Zo werd op de passiefzijde van de balans van de eigen beheer vennootschap een verplichting opgenomen om in de toekomst pensioen uit te keren aan de dga. Ten aanzien van deze pensioenverplichting golden aanvullende bepalingen die de waardering van de pensioenverplichting op de fiscale balans en de jaarlijks fiscaal aftrekbare dotaties beperkten. Zo moest de waardering van de pensioenverplichting plaatsvinden op basis van actuariële grondslagen waarbij werd uitgegaan van een rekenrente van ten minste 4%²⁰³, mocht geen rekening worden gehouden met toekomstige loon- of prijsstijgingen (indexatie) en gold een verbod op leeftijdsterugstelling op de meest recente sterftetafels. Bovenstaande fiscale waarderingsregels, in combinatie met de huidige maatschappelijke ontwikkelingen, zoals een toenemende levensverwachting en een dalende rentestand, hadden tot gevolg dat de pensioenverplichting bedrijfseconomisch gezien te laag werd gewaardeerd en een behoorlijk verschil bestond tussen de waardering van een eigen beheer pensioenverplichting volgens het fiscale recht en het civiele recht / Richtlijnen voor de jaarverslaggeving²⁰⁴.

Het verschil tussen de fiscale waardering en de commerciële waardering van de pensioenverplichtingen vormde de kern van de problemen die het pensioen in eigen beheer met zich bracht. Zo bestaan sinds de invoering van de Wet Flex BV op 1 oktober 2012 toetsen waaraan moet zijn voldaan op het moment van een dividenduitkering. De uitkeringstest, die in artikel 2:216 BW wettelijk is vastgelegd, had voor de dga tot gevolg dat bij iedere dividenduitkering moest worden gewaakt dat de uitkering niet leidde tot een uitholling van de in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraak. Als de aanspraak door de dividenduitkering werd uitgehold, stelde de Belastingdienst zich namelijk op het standpunt dat sprake was van een belaste afkoop van de pensioenaanspraak²⁰⁵, wat in fiscale zin verstrekkinge gevolgen had²⁰⁶. Door de diepe kloof tussen de fiscale en de commerciële

²⁰¹ Kamerstukken II 1978/79, 15539, nr. 6 (MvA).

²⁰² Deze vennootschappen waren ingevolge artikel 5 lid 2 onderdeel a Wet VpB 1969 niet vrijgesteld van VpB-heffing.

²⁰³ Waardering volgens een actuariële methode houdt in dat per balansdatum op actuariële basis volgens de verzekeringswiskunde wordt bepaald welk kapitaal nodig is om in de toekomst aan de pensioenverplichting te kunnen voldoen.

²⁰⁴ Op 1 april 2014 heeft de Raad voor de Jaarverslaggeving de nieuwe RJ-uiting 2014-4 'Pensioenvoorziening directeuren-grotaandeelhouder' uitgebracht.

²⁰⁵ Vraag & Antwoord 12-008 van 21 september 2012, www.belastingdienstpensioensite.nl.

²⁰⁶ De gehele pensioenaanspraak werd op grond van artikel 19b Wet LB 1964 in de belastingheffing betrokken. Op grond van artikel 30i AWR was tevens revisierente verschuldigd.

waardering kon onduidelijkheid bestaan bij de vraag of dividend kon worden uitgekeerd²⁰⁷. De hoge commerciële waarde van de pensioenverplichting leidde ook tot een dividendklem. De waarderingsverschillen zorgden, zoals in paragraaf 4.2 reeds aangegeven, tevens voor problemen bij echtscheidingssituaties. Daarnaast was de regeling van pensioen in eigen beheer volgens de staatssecretaris van Financiën (hierna: de staatssecretaris) te complex, waardoor de regeling met hoge uitvoeringskosten gepaard ging²⁰⁸. De financiële voordelen die met pensioenopbouw in eigen beheer werden behaald waren sterk verminderd door de beperkte ruimte om pensioen op te bouwen en het verlaagde vennootschapsbelastingtarief.

4.3.3 Wijziging dga-pensioen

Het speerpunt om de uitvoeringskosten voor de Belastingdienst aanzienlijk te verlagen, de verlaagde fiscale aantrekkelijkheid en de hiervoor beschreven knelpunten waren voor de staatssecretaris aanleiding om na te denken over een nieuwe toekomstvoorzieningsfaciliteit voor de dga. Het dossier kent zijn oorsprong in december 2012, waarbij de staatssecretaris op 18 december 2012 tijdens de plenaire behandeling van het Belastingplan 2013 toezegde om 'te kijken of er mogelijkheden zijn om de gevolgen van het huidige onderscheid tussen de commerciële en de fiscale waarderingsregels bij pensioen in eigen beheer te mitigeren'²⁰⁹.

In een nadien verschenen drietal brieven van de staatssecretaris zijn allereerst verscheidene oplossingsrichtingen aangedragen waarbij het behoud van de mogelijkheid om in eigen beheer een toekomstvoorziening op te bouwen steeds de insteek was, zoals de oudedagsbestemmingsreserve en het oudedagssparen in eigen beheer²¹⁰. Met de vierde brief die op 17 december 2015 verscheen, ontwikkelde de discussie zich in de richting van het geheel afschaffen van pensioen in eigen beheer²¹¹. Uiteindelijk verscheen op 1 juli 2016 de vijfde brief met daarin het definitieve voorstel van de staatssecretaris inzake de oplossingsrichting voor het pensioen in eigen beheer²¹². Er is gekozen voor uitfasering. Deze definitieve oplossingsrichting heeft geleid tot de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen die op 1 april 2017 in werking is getreden. Het was oorspronkelijk de bedoeling dat de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen, als onderdeel van het Belastingplan 2017, per 1 januari 2017 van kracht zou worden. Uit budgettaire overwegingen is, nadat het wetsvoorstel op 17 november 2016 door de Tweede Kamer was aangenomen, het uitfaseren van pensioen in

²⁰⁷ Dit was vooral het geval als kleine rechtspersonen op grond van artikel 2:396 lid 6 BW bij het opstellen van de vennootschappelijke jaarrekening de fiscale waarderingsgrondslagen toepasten.

²⁰⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33 752, nr. 75.

²⁰⁹ Handelingen I 2012/13, nr. 18, p. 97.

²¹⁰ Zie Kamerstukken II 2013/14, 33 752, nr. 75, Kamerstukken II 2013/14, 33 752, nr. 94 en Kamerstukken II 2014/15, 34 002, nr. 104.

²¹¹ Kamerstukken II 2015/16, 34 302, nr. 108.

²¹² Kamerstukken II 2015/16, 34 302, nr. 122.

eigen beheer voor onbepaalde tijd uitgesteld geweest en was vervolgens een novelle ingediend ²¹³. Aan de regelingen is geen terugwerkende kracht naar 1 januari 2017 toegekend ²¹⁴.

Ingevolge de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen is het sinds 1 april 2017 niet langer mogelijk om fiscaal gefaciliteerd pensioen in eigen beheer op te bouwen. De wet kent de volgende twee met uitfasering gepaard gaande tijdelijke ²¹⁵ afwikkelingsmogelijkheden ²¹⁶:

- Een fiscaal voordelige afkoopmogelijkheid voor reeds bestaande eigen beheer pensioenaanspraken, nadat fiscaal geruisloze (zonder heffing van vennootschapsbelasting, loonbelasting en revisierente) afstempeling van de commerciële waarde naar de lagere fiscale boekwaarde van de pensioenverplichting heeft plaatsgevonden ²¹⁷. De afstempeling houdt in dat de pensioengerechtigde en zijn/haar partner, mits de partner eveneens rechten kan ontlenen aan de pensioenaanspraak, gedeeltelijk afzien van hun pensioenrechten. Als loon uit vroegere dienstbetrekking in aanmerking te nemen afkoopwaarde geldt de fiscale balanswaarde van de gehele tegenover de afgekochte aanspraak staande verplichting vóór afstempeling. Van deze waarde blijft een in de tijd aflopend percentage buiten de belastingheffing (34,5% in 2017, 25% in 2018 en 19,5% in 2019). Dit voordeel wordt maximaal ²¹⁸ gegeven over de stand van de fiscale verplichting per 31 december 2015 om anticipatie-effecten te voorkomen. Er is geen revisierente verschuldigd.
- De mogelijkheid om reeds bestaande eigen beheer pensioenaanspraken, op het moment van fiscaal geruisloze afstempeling van de commerciële waarde naar de lagere fiscale waarde van de pensioenverplichting, om te zetten in een aanspraak ingevolge een

²¹³ Volgens de fiscale waarderingsregels mag pas rekening worden gehouden met een (toekomstige) indexatieverplichting op het moment dat de lasten zich daadwerkelijk voordoen, zie artikel 3.27 Wet IB 2001. De staatssecretaris vreesde voor een budgettaire derving indien indexatielasten ineens ten laste van de winst zouden kunnen worden gebracht bij afkoop of bij omzetting in een oudedagsverplichting. De vrees van de staatssecretaris bleek ongegrond, aangezien het voorgestelde artikel 34e Wet VpB 1969 bepaalde dat aftrek van de lasten van de toekomstige indexatie op het moment van afkoop of omzetting is uitgesloten. De staatssecretaris was bij nader inzien van mening dat deze aftrekbeperking te stringent was. Op grond van het ingediende wijzigingsvoorstel kunnen geactiveerde kosten en lasten die samenhangen met een pensioenaanspraak en die niet eerder in aftrek konden worden gebracht bij afkoop alsnog ineens in aanmerking worden genomen. Bij omzetting in een oudedagsverplichting kunnen de kosten in gelijke jaarlijkse delen tot de leeftijd van 87 jaar worden afgetrokken.

²¹⁴ De overige pensioenmaatregelen in de wet hebben wel terugwerkende kracht naar 1 januari 2017.

²¹⁵ Van april 2017 tot en met december 2019.

²¹⁶ Kamerstukken II 2016/17, 34 555.

²¹⁷ De afstempeling wordt niet gezien als een informele kapitaalstorting en leidt niet tot een verhoging van de verkrijgingsprijs van de aanmerkelijkbelangaandelen. Bovendien ontstaat voor de vennootschapsbelasting geen aftrekpost ter hoogte van het verschil tussen de commerciële waarde en de fiscale waarde van de pensioenverplichting.

²¹⁸ De afkoopmogelijkheid in combinatie met afstempeling geldt voor zowel pensioenaanspraken in de opbouwfase als voor reeds ingegane pensioenen. Bij reeds ingegane pensioenen wordt de korting berekend over de fiscale waarde op het afstempelingsmoment.

oudedagsverplichting. Deze mogelijkheid komt dga's tegemoet die wel hun pensioen in eigen beheer willen beëindigen, maar niet bereid zijn of niet de mogelijkheid hebben om afkoop te realiseren ²¹⁹. Aan de oudedagsverplichting kan uiteraard niet meer worden gedoteerd. De oudedagsverplichting moet wel in de opbouwfase en in de uitkeringsfase worden opgerent ²²⁰. De dga kan het gereserveerde bedrag op elk moment opeisen voor de aankoop van een lijfrente bij een professionele verzekeraar. Bij het bereiken van de AOW-leeftijd moet de reservering gedurende ten minste 20 jaar gelijkmatig worden uitgekeerd aan de dga.

Bij de hiervoor genoemde mogelijkheden tot afwikkeling is vereist dat de (gewezen) partner schriftelijk toestemming verleent. Zo wordt bereikt dat de pensioenrechten van de partner niet kunnen worden verlaagd zonder dat de partner zich hiervan bewust is. Voordat de partner akkoord gaat met de afkoop of de omzetting zal hij/zijn in het algemeen compensatie eisen voor het prijsgeven van de voorwaardelijke rechten ²²¹. Om schenkingsgevolgen te vermijden, moet de compensatie goed worden uitgewerkt ²²². Immers, onvoldoende compensatie kan leiden tot een schenking van de partner aan de dga en bovenmatige compensatie kan leiden tot een schenking van de dga aan de partner. De partnercompensatie roept veel vragen op, met name doordat naast de fiscale wetgeving ook de PW, de Wet VPS en het huwelijksvermogensrecht een rol spelen. De staatssecretaris is van mening dat van een belaste schenking geen sprake is indien de partners in algehele gemeenschap van goederen zijn gehuwd ²²³. Dit standpunt van de staatssecretaris is bij omzetting in een oudedagsverplichting mogelijk niet juist, aangezien de partner dan toch rechten kan verliezen ²²⁴. Bij huwelijksvoorwaarden meent de staatssecretaris dat sprake kan zijn van een belaste schenking, tenzij een passende compensatie voor de partner is overeengekomen voor de medewerking aan het afstempelen van de pensioenaanspraken en

²¹⁹ Bij omzetting in een oudedagsverplichting is immers niet direct loonbelasting verschuldigd, maar vindt belastingheffing pas plaats tijdens de uitkeringsfase.

²²⁰ Met het U-rendement dat maandelijks door het Verbond van Verzekeraars bekend wordt gemaakt.

²²¹ Het nabestaandenpensioen verdwijnt of wordt substantieel verlaagd en bij een eventuele echtscheiding bestaat geen recht meer op verevening van het gedurende het partnerschap opgebouwde ouderdomspensioen noch op het bijzonder nabestaandenpensioen. Deze rechten zijn voorwaardelijk aangezien de partner pas bij overlijden of bij echtscheiding uitoefenbare rechten heeft.

²²² G.M.C.M. Staats, TFO 2017/148.1, par. 3.5.1.

²²³ Kamerstukken I 2016/17, 34 552, nr. E, p. 69. Pensioenrechten waarop de Wet VPS van toepassing is, behoren niet tot de goederengemeenschap, maar tot het privévermogen. Bij afkoop valt zowel de afkoopsom als de waardestijging van de aandelen in de gemeenschap en die komen de dga en zijn partner dus ieder voor de helft toe, waardoor bij afstempeling en afkoop geen sprake is van een schenking volgens de staatssecretaris.

²²⁴ De waardestijging van de aandelen valt in de gemeenschap, maar er ontbreekt een in de gemeenschap vallende afkoopsom. De oudedagsverplichting valt niet langer onder de Wet VPS en de rechten daaruit gaan bij vooroverlijden niet automatisch over op de langstlevende partner. De partner kan zo rechten verliezen. De verloren rechten kunnen worden gecompenseerd middels dividenduitkeringen. R.P. van den Dool en H.F. van der Weerd-van Joolingen, WFR 2016/249, par. 3.

de daarmee gepaard gaande afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting²²⁵. De hoogte van de compensatie is niet eenvoudig te bepalen. Een afweging van de veelheid aan feitelijke omstandigheden bij een concreet geval ter bepaling van de hoogte van een eventuele compensatie, lijkt mij nagenoeg onmogelijk en zorgt voor een praktische onzekerheid ten aanzien van de afwikkelingsmogelijkheden. Vanuit het oogpunt van kwalitatief hoogwaardige wetgeving valt dit te betreuren.

Bij het prijsgeven van pensioenaanspraken door afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting, kunnen schenkingsaspecten ook een rol spelen ten aanzien van mede-aandeelhouders als de waarde van de aandelen in de eigen beheer vennootschap stijgen en de andere aandeelhouders de dga hier niet voor compenseren. De schenking bedraagt dan de feitelijke waardeverhoging van de aandelen die theoretisch bestaat uit het verschil tussen de fiscale en de commerciële waarde van de pensioenverplichting vóór afstempeling, immers na afkoop of omzetting heeft de vennootschap een minder grote verplichting²²⁶. Voor een schenking in de zin van artikel 1 Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) moet sprake zijn van een verarming aan de ene zijde en een verrijking aan de andere zijde en moet sprake zijn van een bevoordelingsbedoeling. De bevoordelingsbedoeling zal niet altijd aanwezig zijn. De staatsecretaris is van mening dat, zeker in de gevallen waarbij sprake is van een verwantschap tussen de dga en de mede-aandeelhouders, snel sprake zal zijn van een schenking²²⁷. De bevoordelingsbedoeling kan mijns inziens een reden zijn voor discussie, zodat de feiten steeds op hun merites moeten worden beoordeeld en zeker niet in alle gevallen sprake is van een schenking²²⁸.

De Belastingdienst dient binnen een maand na afstempeling op de hoogte te worden gebracht als gebruik wordt gemaakt van een afwikkelingsmogelijkheid²²⁹. Om oneigenlijk gebruik te voorkomen, kan, indien de opbouw van pensioen in eigen beheer in 2016 en 2017 gezamenlijk meer dan 150% hoger is dan de opbouw in 2015, voor het surplus geen geruisloze afstempeling en gebruik van een mogelijkheid tot afwikkeling plaatsvinden²³⁰.

De dga hoeft geen gebruik te maken van de in de wet geboden mogelijkheden tot gefaciliteerde afkoop of omzetting naar een oudedagsverplichting. De dga kan de situatie

²²⁵ Kamerstukken I 2016/17, 34 552, nr. G, p. 35.

²²⁶ Dit is anders als de aandelen een negatieve waarde hebben. Dan leidt de aangroei van de negatieve waarde tot nihil niet tot een schenking nu deze aangroei niet resulteert in een feitelijke waardeverhoging van de aandelen, zie R.P. van den Dool en H.F. van der Weerd-van Joolingen, WFR 2016/249, par. 3.1.

²²⁷ Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 5, p. 48.

²²⁸ Er is slechts sprake van een bevoordelingsbedoeling als iemand bewust bedoeld wordt verrijkt. Er is geen sprake van vrijgevigheid als de verrijking geen doel is, maar slechts een gevolg. Zie tevens R.P. van den Dool en H.F. van der Weerd-van Joolingen, WFR 2016/249, par. 3.1.

²²⁹ Dit kan via het informatieformulier dat beschikbaar is op de website van de Belastingdienst.

²³⁰ Kamerstukken II 2017/18, 34 662.

ook bij het oude laten, met dien verstande dat het sinds 1 april 2017 niet meer mogelijk is om fiscaal gefaciliteerd nieuwe aanspraken in eigen beheer op te bouwen of te doteren aan reeds bestaande eigen beheer pensioenaanspraken. De reeds bestaande in eigen beheer verzekerde aanspraken kunnen in eigen beheer verzekerd blijven, maar worden ‘bevroren’. Voor deze aanspraken blijft de oorspronkelijke regelgeving in de vennootschaps-, loon- en inkomstenbelasting gelden²³¹. Ook blijven het verschil tussen de commerciële en de fiscale waarde en de daarmee gepaard gaande knelpunten bestaan. Het opgebouwde pensioen dient op de pensioendatum of bij overlijden conform de pensioenovereenkomst te worden uitgekeerd. Overeengekomen indexaties mogen blijven plaatsvinden²³².

In het kader van het lijfrenteregime is van belang dat beëindiging van pensioen in eigen beheer met gebruikmaking van de gefaciliteerde afkoop niet leidt tot extra inhaalruimte voor de aankoop van een lijfrenteproduct. Zo blijft in de jaren waarin is gedoteerd aan het pensioen in eigen beheer, voor zover de opbouwruimte is benut, geen ruimte bestaan om premies voor een lijfrenteproduct af te trekken. Afgekocht pensioen kan dus niet worden ingehaald in de derde pijler²³³.

4.4 Analyse

4.4.1 Verzorgingsdoelstelling

Anders dan de reeds in paragraaf 3.3.3 besproken oudedagsreserve, vormde de opbouw van pensioen in eigen beheer daadwerkelijk een pensioenfaciliteit. Immers, de dga bouwde pensioenaanspraken op en bij niet-reguliere afwikkeling van de pensioenaanspraken, zoals bij afkoop, prijsgeven, vervreemding of zekerheidstelling traden fiscale sanctiebepalingen in werking²³⁴. Zo werd ingevolge artikel 19b Wet LB 1964 jo. artikel 13 lid 1 Wet LB 1964 de waarde in het economische verkeer van de gehele pensioenaanspraak tot het belastbare loon uit vroegere dienstbetrekking gerekend. Tevens werd op grond van artikel 30i lid 1 onderdeel a AWR in beginsel een revisierente van 20% van de waarde van de aanspraak in rekening gebracht. Deze sancties werden over het algemeen als dermate zwaar ervaren dat dga's ernaar streefden niet-reguliere afwikkeling te voorkomen. De sancties kwamen dus de waarborging van de pensioenaanspraken ten goede.

Bij de dga die de verplichting die voortvloeit uit de pensioenovereenkomst onderbrengt bij een van de onderneming gescheiden pensioenuitvoerder, worden de voor het pensioen

²³¹ Zie artikel 10a.18 Wet IB 2001, artikel 38n lid 1 Wet LB 1964 en artikel 34e Wet VpB 1969 (wetgeving sinds 1 april 2017).

²³² Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 2 (MvT).

²³³ Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 3 (MvT), p. 12.

²³⁴ Onder zeer beperkende voorwaarden bood artikel 19b lid 8 Wet LB 1964 de mogelijkheid om in een situatie van onderdekking een deel van het pensioen prijs te geven zonder dat dit tot heffing leidde.

bestemde middelen met een exclusieve pensioenbestemming buiten de risicosfeer van de onderneming gebracht en in die zin gewaarborgd. Bij pensioenopbouw in eigen beheer vonden slechts reserveringen op de balans van de eigen beheer vennootschap plaats zonder dat gelden de onderneming verlieten. De dga behield zo vrije beschikkingsmacht over het voor zijn toekomstvoorziening bestemde kapitaal, wat kon worden ingezet als werkkapitaal²³⁵. Dit kende als voordeel dat de pensioenopbouw geen druk legde op de liquiditeitspositie van de onderneming. Echter, het niet te miskennen nadeel was dat de pensioenaanspraak van de dga nauw verbonden bleef met het lot van de onderneming en derhalve niet was veiliggesteld. Zoals reeds onderkent door de wetgever in 1978: 'bij een déconfiture van de onderneming zal de vordering op de vennootschap dikwijls zeer dubieus blijken te zijn'²³⁶. Aangezien bij pensioen in eigen beheer over het pensioenkapitaal ondernemingsrisico werd gelopen, was het risico dat het pensioen niet is gewaarborgd bij eigen beheer groter dan bij een extern ondergebrachte pensioenaanspraak²³⁷. Dat in 2009 59% van de eigen beheer vennootschappen in een situatie van onderdekking verkeerde, was verontrustend en gaf aan dat menig dga niet zeker was of vanaf pensioendatum voldoende vermogen in de bv aanwezig was om levenslang pensioenuitkeringen uit de eigen bv te genieten²³⁸. Een ander probleem bij eigen beheersituaties was dat, ook al was voldoende vermogen aanwezig in de vennootschap, dit vermogen vaak niet liquide voorhanden was. In verband met het niet van toepassing zijn van de wet van de grote aantallen, kwam het ook zelden voor dat een eigen beheer vennootschap precies voldoende vermogen had gevormd om aan de pensioenverplichtingen te voldoen²³⁹. De risico's van lang leven en vroegtijdig overlijden dienden, om tot een adequate, levenslange toekomstvoorziening te komen voor de dga en zijn nabestaanden, aanvullend te worden verzekerd. Aangezien voor de dga geen wettelijke verplichting geldt tot het sluiten van een overlijdensrisicoverzekering, was het nabestaandenpensioen zelden voldoende gewaarborgd²⁴⁰. Bij pensioen in eigen beheer ontbrak het dus aan inkomenszekerheid. Bezien vanuit de verzorgingsdoelstelling van pensioen, namelijk een levenslange toekomstvoorziening, was bovenstaande uiterst kwalijk.

²³⁵ G.M.C.M. Staats et al., Werkgroep Ondernemerspensioen, 2015, p. 22.

²³⁶ Kamerstukken II 1978/79, 15 539, nr. 6 (MvA), p. 8.

²³⁷ Het wil uiteraard niet zeggen dat een verzekerde pensioenregeling per definitie tot een beter resultaat leidde dan een pensioenregeling in eigen beheer. Beleggen in de eigen onderneming kan een goed rendement opleveren en de crisis heeft laten zien dat ook professionele verzekeraars onder druk kunnen komen te staan, zie o.a. G.M.C.M. Staats, WFR 2011/287, p. 3. Echter, bij pensioen in eigen beheer was geen sprake van risicospreiding, zoals bij professionele verzekeraars wel het geval is. Pensioenopbouw in eigen beheer bracht derhalve grotere risico's met zich.

²³⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33 752, nr. 94.

²³⁹ Kamerstukken II 1993/94, 23 046, nr. 6, p. 4.

²⁴⁰ G.M.C.M. Staats et al., Werkgroep Ondernemerspensioen, 2015, p. 35.

Al bij de Kamerbehandeling van de Wet Brede Herwaardering was afschaffing van pensioenopbouw in eigen beheer overwogen. Aangezien de wetgever het benutten van het pensioenkapitaal binnen de onderneming als een maatschappelijke behoefte zag, was hier toen niet voor gekozen ²⁴¹. Bovendien refereerde de wetgever als argument voor behoud van pensioen in eigen beheer naar de oudedagsreserve voor de IB-ondernemer. Opvallend is dat de Commissie Van Soest juist het pensioen in eigen beheer aanhaalde als argument voor invoering van de oudedagsreserve ²⁴². Deze manier van argumentatie vormt een vicieuze cirkel en is derhalve niet sterk ²⁴³.

Bij pensioen in eigen beheer was sprake van innerlijk conflicterende belangen tussen enerzijds de wens om een veilige toekomstvoorziening op te bouwen en anderzijds de wens om te kunnen voldoen aan de financieringsbehoefte van de onderneming. Ik ben met Dieleman van mening dat het maatschappelijke belang van een goed en gewaarborgd pensioen zwaarder weegt dan het financieringselement ²⁴⁴. Immers, een gewaarborgd pensioen voorkomt dat de fiscus de fiscale claim op de pensioenaanspraak verliest en dat door de dga een beroep moet worden gedaan op de algemene middelen. Als de maatschappij minder inkomstenbelasting ontvangt en de dga een beroep doet op zorg- en/of huurtoeslag, komt het erop neer dat uiteindelijk de samenleving de rekening betaalt. Ik zie de afschaffing van het pensioen in eigen beheer dan ook als een welkome ontwikkeling.

Bij fiscaal gefaciliteerde afkoop van pensioenaanspraken in eigen beheer ingevolge de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen wordt, indien voorhanden, het nettobedrag uitgekeerd aan de dga die dit bedrag vervolgens naar keuze kan aanwenden. Hierbij is het niet ondenkbaar dat een deel van de afkoopsom niet alsnog wordt gespaard voor de oude dag, maar consumptief wordt aangewend. Aangezien de dga na pensionering een vervangend inkomen nodig heeft, is een goede financiële planning van het vrijgekomen pensioenvermogen cruciaal. De dga heeft, overeenkomstig normale werknemers, de mogelijkheid extern pensioen op te bouwen binnen de tweede pijler. Tevens kan een lijfrenteverzekering in de derde pijler worden gesloten. Daarnaast heeft de dga de mogelijkheid om het vrijgekomen vermogen in privé te beleggen voor de oude dag ²⁴⁵. Het is echter de vraag of de dga dit uit eigen beweging (voldoende) zal doen.

²⁴¹ Kamerstukken II 1992/93, 23 046, nr. 3, p. 3 (MvT).

²⁴² Rapport Commissie Van Soest, Kamerstukken II 1970/71, 11 259, nr. 2.

²⁴³ Dietvorst et al., *Werkgroep ANP*, 2013, p. 80.

²⁴⁴ B. Dieleman, *Proefschrift Erasmus Universiteit Rotterdam* 2012, p. 28.

²⁴⁵ Vanaf 1 januari 2017 is de tariefstructuur van de forfaitaire rendementsheffing in box 3 gewijzigd waardoor grote particuliere vermogens zwaarder worden belast. De mogelijkheid van een van de bv afgesplitste vrijgestelde beleggingsinstelling die het vrijgekomen vermogen van het afgekochte pensioen zonder heffing van vennootschapsbelasting belegt, kan een goede optie zijn, zie PWC, september 2016.

Er kan worden gesteld dat dit de eigen verantwoordelijkheid van de dga is. Echter, gezien het maatschappelijk belang van een adequate toekomstvoorziening voor de dga, is dit mijns inziens te kort door de bocht. Hoewel dit een breuk met het huidige beleid van eigen verantwoordelijkheid voor ondernemers inhoudt, moet worden onderzocht of een verplichte deelname van dga's (eventueel tot een bepaalde inkomensgrens) aan een toekomstvoorziening een potentiële oplossing is. Hier wordt in hoofdstuk 5 op teruggekomen.

4.4.2 Uitvoerbaar voor de overheid

Naar zeggen van de staatssecretaris was de uitvoerbaarheid van het pensioen in eigen beheer, gezien de hoge administratieve lasten en de toegenomen complexiteit, een niet te negeren probleem²⁴⁶. De lastige waarderings- en berekeningssystematiek, zoals de waardering van de pensioenverplichting met inachtneming van actuariële grondslagen, maakte dat bij de Belastingdienst te veel menskracht nodig was om het pensioen in eigen beheer uit te voeren. In verband met de hieraan verbonden uitvoeringskosten voor de Belastingdienst heeft de staatssecretaris aangegeven dat als belangrijkste uitgangspunt voor een aanpassing van de regeling van pensioen in eigen beheer gold dat de wet- en regelgeving en de uitvoering daarvan structureel eenvoudiger en begrijpelijker worden voor zowel de dga als de Belastingdienst²⁴⁷.

Ik ben met de staatssecretaris van mening dat de relatief grote hoeveelheid wet- en regelgeving die zag op het pensioen in eigen beheer zonder meer als ingewikkeld was aan te merken. Echter, zoals Kavelaars mijns inziens terecht kritisch bemerkt, waren de meeste discussiepunten rondom pensioen in eigen beheer, gelet op de ruimschootse ervaring en jurisprudentie van de Hoge Raad, inmiddels uitgekristalliseerd. Kavelaars ziet het argument 'niet uitvoerbaar voor de overheid', dat overigens niet te controleren valt, daarom als een merkwaardig argument²⁴⁸. Ook ik vind dit argument niet al te sterk.

Hoe dan ook, in lijn met het door de staatssecretaris genoemde belangrijkste uitgangspunt, dient de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen voor een structureel eenvoudigere uitvoeringspraktijk te zorgen. In de memorie van toelichting van deze wet is aangegeven: " Een verregaande vereenvoudiging, zowel voor de dga als voor de Belastingdienst, en het wegnemen van de knelpunten verbonden aan het pensioen in eigen beheer, worden pas gerealiseerd als zoveel mogelijk dga's op zo kort mogelijk termijn daadwerkelijk afscheid nemen van het pensioen in eigen beheer. Om dat te bewerkstelligen is het noodzakelijk om een afkoop van de pensioenaanspraken voor de dga aantrekkelijk te maken. Daarvoor is het noodzakelijk te voorzien in een fiscaal gefaciliteerde

²⁴⁶ Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 3 (MvT), p. 3.

²⁴⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 752, nr. 94.

²⁴⁸ P. Kavelaars, TaxLive, 12 november 2015.

afkoop. Daarin voorziet dit wetsvoorstel ²⁴⁹ ". Verderop in deze memorie van toelichting wordt aangegeven dat het afhankelijk is van een groot aantal factoren of de geboden fiscale faciliteit voordeliger is dan de situatie waarin een pensioen in eigen beheer regulier tot uitkering komt ²⁵⁰. Zo is het belasting- en premietarief voor AOW-gerechtigden in de eerste twee schijven lager in verband met de verlaagde AOW-premie. Bovendien wordt bij afkoop het netto vrijgekomen pensioenkapitaal belast in box 3 ²⁵¹, waarbij de per 1 januari 2017 gewijzigde rendementsheffing grote particuliere vermogens zwaarder belast. Een ander aspect waar rekening mee moet worden gehouden is de kans dat de dga en zijn (ex-) partner geen overeenstemming bereiken. Het is dus zeer de vraag of daadwerkelijk op grote schaal van de afkoopfaciliteit gebruik wordt gemaakt, waardoor het ook de vraag is of de gewenste complexiteitsreductie daadwerkelijk wordt behaald.

4.4.3 Toegankelijk en begrijpelijk voor de belastingplichtigen

Pensioenopbouw in eigen beheer was alleen toegankelijk voor onder de PW kwalificerende dga's. De dga behield zo vrije beschikkingsmacht over het voor zijn toekomstvoorziening bestemde kapitaal. Dit stond haaks op de situatie bij gewone werknemers en ondernemers zijnde beroeps- en bedrijfsgenoten die onder de Wvb of de Wet BPF 2000 vallen. Deze belastingplichtigen hebben immers geen enkele beschikkingsmacht over het opgebouwde pensioenkapitaal, terwijl zij evenwel de behoefte kunnen hebben om hun pensioenkapitaal in te zetten voor de financiering van bijvoorbeeld de eigen woning ²⁵². Hoewel de wetgever zich altijd principieel heeft verzet tegen mogelijkheden om pensioen af te kopen, wordt middels de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen een fiscaal gefaciliteerde afkoopmogelijkheid aan dga's geboden. Zoals Kavelaars aangeeft, is het de vraag of ook andere belastingplichtigen zullen gaan betogen dat zij hun pensioen gefaciliteerd moeten kunnen afkopen ²⁵³.

Volgens de staatssecretaris bracht pensioenopbouw in eigen beheer veel administratieve verplichtingen en lasten voor de dga met zich. Zo moest een dga professionele hulp inroepen bij onder andere de actuariële pensioenberekeningen, het aanpassen van de pensioenbrief als gevolg van gewijzigde fiscale kaders en de pensioenverevening bij echtscheidingsituaties ²⁵⁴. De hiermee gepaard gaande kosten maakten pensioenopbouw in eigen beheer minder aantrekkelijk. De Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen is evenwichtig, in die zin dat de wet voor alle betrokkene een

²⁴⁹ Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 3 (MvT), p. 7-8.

²⁵⁰ Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 3 (MvT), p. 14.

²⁵¹ Tenzij direct consumptie plaatsvindt, maar dan geldt 6% of 21% btw-heffing.

²⁵² G.J.B. Dietvorst, *PensioenMagazine* 2009/5.

²⁵³ P. Kavelaars, *Pensioen* juli 2016.

²⁵⁴ G.M.C.M. Staats et al., *Werkgroep Ondernemerspensioen*, 2015, p. 35.

werkbare oplossing biedt. Als men niet over voldoende liquiditeiten beschikt om gebruik te maken van de afkoopfaciliteit, kan men namelijk terugvallen op de oudedagsverplichting of de handhaving van het pensioen in eigen beheer zonder verdere opbouw²⁵⁵. In het kader van de toegankelijkheid voor de dga's is de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen dus geschikt. Echter, de optie van handhaving van het pensioen in eigen beheer gaat ten koste van het begrijpelijker/eenvoudiger maken van de wetgeving voor de belastingplichtigen. Immers, de verplichtingen ingevolge reeds opgebouwde pensioenaanspraken blijven op de balans staan. De dga's moeten daardoor jaarlijks kosten blijven maken ten behoeve van de jaarlijkse actuariële waardering van de pensioenverplichtingen. Bovendien blijven de in paragraaf 4.3 beschreven knelpunten bestaan. De pensioenovereenkomst betreft een overeenkomst tussen werkgever en werknemer, waardoor de wetgever de dga niet kan dwingen tot afkoop of omzetting.

4.4.4 In lijn met internationale en Europese regelgeving

Pensioenopbouw in eigen beheer vond onder toepassing van de omkeerregeling plaats als aan de in dat kader gestelde voorwaarden was voldaan. Derhalve vindt belastingheffing pas plaats op het moment dat het pensioen tot uitkering komt. Er rust dus een loonbelastingclaim op het opgebouwde pensioenkapitaal. Teneinde de claim op het in Nederland opgebouwde pensioenkapitaal veilig te stellen, golden aanvankelijk als voorwaarden dat de uitvoerders van de pensioentoezeggingen aan dga's in Nederland waren gevestigd en dat de pensioenverplichting tot het binnenlandse ondernemingsvermogen werd gerekend voor de heffing van de vennootschapsbelasting. Bij de regering bestond de angst dat deze beperking tot in Nederland gevestigde eigen beheer vennootschappen niet verenigbaar was met de vrijheid van vestiging van artikel 49 VwEU²⁵⁶. Deze angst leek mij volkomen terecht. De voorwaarden waren vervolgens in zoverre vervallen, doordat in artikel 19a lid 1 onderdeel e Wet LB 1964 uitdrukkelijk was bepaald dat ook in een andere lidstaat van de EU/EER gevestigde eigen beheer vennootschappen als uitvoerders konden optreden, onder de voorwaarde dat de pensioenverplichting aldaar tot het binnenlandse ondernemingsvermogen werd gerekend²⁵⁷. Aangezien voor deze buitenlandse vennootschappen dezelfde uitgangspunten dienden te gelden als voor de binnenlandse vennootschappen was bovendien vereist dat aannemelijk was dat de winst van de buitenlandse vennootschap volgens een naar Nederlandse begrippen reële heffing naar de winst werd belast. Nadere

²⁵⁵ Bij fiscaal gefaciliteerde afkoop dient de verschuldigde loonbelasting in één keer te worden voldaan. Gespreide betaling is niet mogelijk. Bovendien is gedeeltelijke afkoop geen optie.

²⁵⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3 (MvT).

²⁵⁷ Wet van 23 december 2009 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Overige fiscale maatregelen 2010), Stb. 2009, nr. 610. Om te voorkomen dat belastingplichtigen gebruik zouden gaan maken van de mogelijke onverenigbaarheid met het EU-recht is de regeling met terugwerkende kracht per 15 september 2009 in werking getreden.

voorwaarden waren opgenomen in artikel 10ca en artikel 10d Uitv. besl. LB 1965 welke bepalingen met name waren gericht op waarborging van regelmatige afwikkeling van het pensioen en zekerstelling van de heffing. De fiscale regelgeving op het gebied van pensioen in eigen beheer, zoals tot 1 april 2017 gold en daarna als overgangsrecht geldt, lijkt in dezen in lijn met het EU-recht.

Een internationaal aspect van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen is dat in grensoverschrijdende situaties problemen kunnen ontstaan. Het scenario betreft een aanspraakgerechtigde dga die niet (meer) fiscaal ingezetene is van Nederland en waarbij de pensioen-bv in Nederland is gevestigd. Zo kan de dga, afhankelijk van de fiscale wetgeving in de woonstaat, met belastingheffing aldaar worden geconfronteerd waardoor de uitfaseringsfaciliteiten, afhankelijk van het van toepassing zijnde verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, geen effect sorteren of zelfs nadelig uitwerken voor de dga.

Voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid over pensioenen en andere soortgelijke beloningen is in beginsel artikel 18 OESO-modelverdrag maatgevend. Uit paragraaf 5 van het OESO-commentaar blijkt dat dit artikel ook geldt voor een lump-sum betaling ter vervanging van periodieke uitkeringen die als pensioen zouden kwalificeren (afkoopsom). Op basis van paragraaf 6 van het commentaar kan worden gesteld dat ook een uitkering uit de oudedagsverplichting, op grond van de karakteristieken²⁵⁸, onder de reikwijdte van artikel 18 OESO-modelverdrag valt²⁵⁹. Het is de vraag of andere verdragsstaten deze Nederlandse kwalificatie volgen. Zij kunnen immers een andersluidende visie hebben²⁶⁰.

Krachtens artikel 18 OESO-modelverdrag komt de woonstaat van de pensioengerechtigde een exclusieve heffingsbevoegdheid toe, aangezien de pensioengerechtigde in de woonstaat gebruikmaakt van de openbare voorzieningen. Dit leidt tot dubbele niet-heffing in situaties waarbij de toekenning van de pensioenaanspraken is vrijgesteld, zoals in Nederland, en de aanspraakgerechtigde na emigratie de periodieke uitkeringen of de afkoopsom onbelast ontvangt. Nederland streeft derhalve vanaf 1998 bij verdragsonderhandelingen naar heffingsbevoegdheid voor de bronstaat in gevallen waarin het pensioen wordt afgekocht of waarin de woonstaat de uitkeringen aan een afwijkend regime onderwerpt. Het recente Nederlandse verdragsbeleid ingevolge de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 houdt in dat Nederland streeft naar het overeenkomen van een bronstaatheffing voor gefaciliteerd

²⁵⁸ De karakteristieken van de uitkeringen uit een oudedagsverplichting zijn o.a.: ingang bij de AOW-leeftijd, financiering middels opgebouwde pensioenaanspraken en vererving bij overlijden.

²⁵⁹ R.P. van den Dool en H.F. van der Weerd-van Joolingen, WFR 2016/249, par. 4.2.1. De staatssecretaris is ook van mening dat bij de oudedagsverplichting sprake is van pensioen zoals bedoeld in artikel 18 OESO-modelverdrag, zie Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 5, p. 14.

²⁶⁰ G.M.C.M. Staats, TFO 2017/148.1, par. 3.8.2.

opgebouwde pensioenen, voor zowel reguliere pensioenuitkeringen als voor afkoopsommen, onafhankelijk van de fiscale behandeling van de pensioenen in de woonstaat van de pensioengerechtigde²⁶¹. Bijgevolg kent Nederland verschillende pensioenverdragsbepalingen.

Indien in een verdrag de heffingsbevoegdheid met betrekking tot pensioenen exclusief aan de woonstaat toekomt, dit zal veelal in oudere verdragen het geval zijn, is Nederland helemaal niet heffingsbevoegd. Of en in hoeverre bij gebruikmaking van de afwikkelingsmogelijkheden uit de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen belastingheffing plaatsvindt in de woonstaat is volkomen afhankelijk van de fiscale wetgeving aldaar. Indien bijvoorbeeld bij de omzetting in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting volgens het nationale fiscale recht van de woonstaat sprake is van afkoop van het pensioen kan, ondanks de in Nederland geldende faciliteit, alsnog belastingheffing op het omzettingmoment plaatsvinden. Bovendien zal de woonstaat te zijner tijd over de uitkeringen uit de oudedagsverplichting heffen. Aangezien de belastingheffing volkomen wordt bepaald door de woonstaat, dient aan de hand van de in de woonstaat van toepassing zijnde fiscale wetgeving te worden bepaald of uitfasering wenselijk is, dan wel welke uitfaseringsvariant voorkeur heeft²⁶². De dga heeft enkel baat bij de Nederlandse uitfaseringsfaciliteit indien met betrekking tot de pensioenaanspraken nog een conserverende aanslag bestaat²⁶³. Ingevolge de uitfaseringfaciliteit wordt de conserverende aanslag namelijk verlaagd tot nihil²⁶⁴.

In de recentere verdragen is Nederland als bronstaat veelal (gedeeltelijk) heffingsbevoegd met betrekking tot de pensioenuitkeringen dan wel met betrekking tot niet-periodieke afwikkeling van pensioen. Zo is Nederland op grond van het verdrag met België uit 2001 heffingsbevoegd indien afkoop plaatsvindt voordat de uitkeringen zijn ingegaan. Als aan

²⁶¹ Een beperkte bronstaatheffing vormt een alternatief in het kader van een finaal compromis. De bronstaat mag dan enkel heffen tot een op voorhand vastgesteld maximumpercentage. De woonstaat kan dan desgewenst de pensioenuitkeringen ook belasten, onder verrekening van de door het verdrag gelimiteerde belasting die is geheven door de bronstaat, zie Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 54. De heffingswens van de staat waar het pensioen fiscaal gefaciliteerd is opgebouwd, wordt ook door de OESO erkend. Zo wordt sinds 2005 in het OESO-commentaar op artikel 18 OESO-modelverdrag over een bronstaatheffing gesproken.

²⁶² R.P. van den Dool en H.F. van der Weerd-van Joolingen. WFR 2016/249, par. 4.2.2.

²⁶³ Bij emigratie wordt ingevolge artikel 3.83 Wet IB 2001 de waarde in het economische verkeer van de opgebouwde pensioenaanspraken tot het loon gerekend en wordt revisierente in rekening gebracht. Het loon wordt vervolgens ingevolge artikel 2.8 Wet IB 2001 als te conserveren inkomen aangemerkt en op grond van artikel 25 lid 5 Wet IW 1990 wordt uitstel van betaling verleend.

²⁶⁴ Door de uitfaseringsfaciliteit wordt de conserverende aanslag verlaagd tot het bedrag dat ingevolge de Wet LB 1964 verschuldigd zou zijn op het uitfaseringmoment. Bovendien wordt krachtens artikel 26 lid 3 onderdeel b IW 1990 het resterende deel van de conserverende aanslag kwijtgescholden, indien aan de woonstaat het exclusieve heffingsrecht toekomt op het uitfaseringmoment. Deze systematiek voorkomt dat de verschuldigde belasting en revisierente samen hoger zijn dan de belasting en revisierente die de dga in de binnenlandse situatie zou moeten betalen, zie Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 5.

Nederland heffingsbevoegdheid toekomt, zal bij afstempeling met afkoop, indien sprake is van een conserverende aanslag, de verschuldigde belasting worden geheven door de conserverende aanslag in te vorderen tot het bedrag van de op het uitfaseringsmoment verschuldigde belasting. In de woonstaat kan evengoed belastingheffing plaatsvinden naar aanleiding van de afkoop, waarbij de woonstaat voorkoming moet verlenen voor de in Nederland geheven belasting. Het is echter de vraag of de woonstaat voorkoming verleent ingeval de in Nederland geheven belasting bestaat uit de geïnde belasting uit hoofde van de conserverende aanslag. De op grond van de conserverende aanslag verschuldigde belasting betreft immers Nederlandse belasting uit een eerder jaar. Het kan niet worden uitgesloten dat de woonstaat om die reden geen voorkoming zal verlenen ²⁶⁵. Voor het deel van de afkoopsom dat in Nederland, ingevolge de faciliteit, niet in de heffing wordt betrokken, bestaat ook de mogelijkheid dat de woonstaat geen voorkoming verleent, aangezien op dit punt sprake is van een 'vrijstelling'. Bij omzetting in een oudedagsverplichting bestaat het risico dat het gedeeltelijk heffingsbevoegde woonland de omzetting als een afkoop aanmerkt en daar belastingheffing aan verbindt. Aangezien Nederland op het omzettingmoment niet heft, kan het zijn dat de gedeeltelijk heffingsbevoegde woonstaat geen voorkoming verleent ²⁶⁶. Als de uitkeringen uit de oudedagsverplichting tevens in de woonstaat in de heffing worden betrokken, moet de woonstaat voor de reguliere uitkeringen voorkoming verlenen, mits de woonstaat de uitkeringen als pensioen kwalificeert. Zoals reeds aangegeven, is de kwalificatie in de woonstaat onzeker. Tot slot geldt ten aanzien van de afstempeling dat dit op grond van de Nederlandse wetgeving niet tot belastbaar loon leidt, maar de woonstaat kan een andere visie hebben. Voorgaande leidt ertoe dat bij verdragen waarbij Nederland gedeeltelijk heffingsbevoegd is het risico van (dubbele) belastingheffing bestaat bij toepassing van de uitfaseringsfaciliteiten. De uitfaseringsfaciliteiten verliezen in zoverre dus hun betekenis in grensoverschrijdende situaties.

De staatsecretaris heeft aangegeven dat onder toepassing van het belastingverdrag met België de gevolgen van de uitfasering van een pensioen in eigen beheer niet duidelijk zijn. Hij gaat daarom overleg plegen met de Belgische bevoegde autoriteiten ²⁶⁷.

4.5 Tussenconclusie

Op de hoofdregel dat pensioenen op grond van de PW moeten worden ondergebracht bij een professionele uitvoerder bestaat een belangrijke uitzondering, namelijk ten aanzien van de dga's. De fiscale wetgeving sloot hierbij aan tot de inwerkingtreding van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen. Deze wet is

²⁶⁵ R.P. van den Dool en H.F. van der Weerd-van Joolingen. WFR 2016/249, par. 4.2.3.

²⁶⁶ Als het woonland geen heffingsbevoegdheid heeft, kan dit land uiteraard niet heffen ongeacht of het heffingsbevoegde bronland heft.

²⁶⁷ Kamerstukken I 2016/17, 34 662, nr. B. Nota naar aanleiding van het verslag bij de novelle.

vanuit het toetsingscriterium 'verzorgingsdoelstelling' gewenst, echter er moet worden onderzocht of een verplichte deelname van dga's aan een toekomstvoorziening tot de mogelijkheden behoort. Hier kom ik in hoofdstuk 5 op terug. Of de wet tot de door de staatssecretaris zo gewenste complexiteitsreductie leidt, is onzeker. Als dga's ervoor kiezen om het pensioen in eigen beheer te handhaven zonder verdere opbouw wordt de wetgeving voor de dga's niet begrijpelijker en worden de knelpunten niet opgelost. Bij grensoverschrijdende situaties kunnen de in de wet geboden afwikkelingsmogelijkheden niet effectief zijn of zelfs nadelig uitwerken voor de dga's. Het is zaak dat hier snel duidelijkheid over komt.

5. De toekomst van het stelsel van toekomstvoorzieningen voor de ondernemer

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de toekomst van het stelsel van toekomstvoorzieningen voor de ondernemer centraal. Het huidige stelsel van toekomstvoorzieningen is niet toekomstbestendig. Hier zal allereerst in paragraaf 5.2 aandacht voor zijn. Daarbij wordt onderzocht of een arbeidsvormneutraal pensioenkader (hierna: ANP) gewenst is. Vervolgens wordt onderzocht hoe een dergelijk kader kan worden vormgegeven. In paragraaf 5.3 worden vanuit civiel-juridisch perspectief de mogelijkheden verkend om de verplichtstelling van de tweede pijler uit te breiden. Dit vraagstuk wordt uitgediept door tevens in te gaan op de actuele maatschappelijke kwestie of een verplichte verzekering tegen arbeidsongeschiktheid voor zelfstandigen gewenst is. Paragraaf 5.4 behandelt vervolgens het fiscale kader, waarbij, om tot een arbeidsvormneutraal kader te komen, aanpassingen worden besproken om de verschillen in behandeling tussen de verschillende deelnemers aan het arbeidsproces weg te nemen. Tevens worden mogelijkheden voor verbeteringen in de toekomst besproken. De deelvragen waarop in dit hoofdstuk wordt getracht een antwoord te formuleren zijn: 'Is, gezien vanuit de huidige verschillende mogelijkheden voor verschillende arbeidsvormen, een ANP gewenst?' en 'Hoe kan een ANP worden bereikt?' Paragraaf 5.5 sluit dit hoofdstuk af met een tussenconclusie.

5.2 Huidig stelsel is niet 'toekomstproof'

5.2.1 Recapitulatie opbouw mogelijkheden in het huidige stelsel van toekomstvoorzieningen voor de ondernemer

Zoals blijkt uit de voorgaande hoofdstukken van deze scriptie, kennen het civiel-juridische en het fiscale kader van de verscheidene categorieën ondernemers al lange tijd verschillende regels en mogelijkheden. Ondernemers zijn, anders dan de meeste werknemers, in beginsel zelf verantwoordelijk voor het aanvullen van hun AOW. Ondernemers bouwen enkel verplicht pensioen op in de tweede pijler, indien zij zijn gehouden deel te nemen aan de pensioenregeling van een specifieke beroepsgroep of bedrijfstak. Pensioenopbouw in de tweede pijler kan op vrijwillige basis plaatsvinden door de eerdere deelname aan een aanvullende pensioenregeling vrijwillig voort te zetten. Dga's kunnen ook pensioen opbouwen in de tweede pijler, aangezien zij in dienst zijn van de eigen bv of nv.

In de derde pijler kunnen ondernemers, net als alle belastingplichtigen, op vrijwillige basis gebruik maken van de verzekeringsproducten. De opbouw van een toekomstvoorziening in de derde pijler wordt alleen fiscaal gefaciliteerd indien sprake is van een pensioentekort in de tweede pijler. IB-ondernemers kunnen daarnaast gebruik maken van de mogelijkheid om de

stakingswinst om te zetten in een lijfrenteverzekering en de mogelijkheid om winst te reserveren middels de oudedagsreserve en deze reserve vervolgens om te zetten in een lijfrenteverzekering. Het stelsel van toekomstvoorzieningen voor de ondernemer, waarvan de structuur uit de jaren vijftig en zestig van de vorige eeuw dateert, bestaat thans uit een allegaartje van verschillende opbouw mogelijkheden met ieder een eigen historie en achtergrond, waarbij een gelijk speelveld voor de categorieën ondernemers ontbreekt. Tevens is de fiscale ruimte om een toekomstvoorziening op te bouwen voor werknemers ruimer dan voor ondernemers, waardoor dus sprake is van een ongelijke behandeling.

5.2.2 Veranderende tijdgeest en ontbreken toekomstvisie

Het maatschappelijk belang van een discussie omtrent de toekomstvoorziening van de ondernemer neemt toe nu sprake is van een veranderende en flexibeler wordende arbeidsmarkt. De veranderende arbeidsmarkt vormt binnen deze discussie een essentiële factor. Veel belastingplichtigen verrichten niet meer in vaste dienst arbeid. Zo is het aantal zzp'ers substantieel (gestegen) en blijken zzp'ers geen tijdelijk verschijnsel te zijn ²⁶⁸. Bovendien veranderen arbeidspatronen en loopbanen steeds meer ²⁶⁹. Werknemers worden ondernemers en omgekeerd. Daarnaast komt het gelijktijdig zijn van ondernemer én werknemer voor. Belastingplichtigen krijgen hierdoor bij de opbouw van hun toekomstvoorziening vaker met verschillende civiel-juridische en fiscale kaders te maken. Transitie gedurende de loopbaan kunnen ervoor zorgen dat er 'knippen' ontstaan bij de opbouw van een toekomstvoorziening ²⁷⁰. Daarbij komen de verschillende kaders de begrijpelijkheid en toegankelijkheid niet ten goede, waardoor ik een gelijke behandeling van de verschillende arbeidsrelaties vanuit het oogpunt van de veranderende en flexibelere arbeidsmarkt wenselijk acht.

Een ander, zeer belangrijk aandachtspunt binnen de discussie omtrent de toekomstvoorziening van de ondernemer is dat uit onderzoek blijkt dat zzp'ers over het algemeen geen of een te kleine toekomstvoorziening opbouwen in aanvulling op hun AOW en dat het met de toekomstvoorziening van zelfstandigen gemiddeld slechter is gesteld dan met de toekomstvoorziening van werknemers ²⁷¹. Dit blijkt uit onderzoek van de SER in oktober 2010 ²⁷². Het resultaat is tevens naar voren gekomen in het onderzoeksrapport van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: Ministerie van SZW) uit

²⁶⁸ CBS, Dossier ZZP, 2016.

²⁶⁹ G.J.B. Dietvorst et al., Werkgroep ANP, 2013, p.10.

²⁷⁰ Idem.

²⁷¹ Let wel: de verschillen binnen de groep zelfstandigen zijn groot. Dit is zeker het geval als rekening wordt gehouden met andere vermogenscomponenten die bijdragen aan de financiële positie na pensionering.

²⁷² SER, advies 10/04, oktober 2010. De SER verstaat onder een zzp'er een ondernemer in de zin van de Wet IB 2001, die geen personeel in dienst heeft.

januari 2013 en in onderzoek van de Stichting ZZZ Nederland²⁷³. Recent onderzoek van Netspar bevestigt nogmaals het beeld dat zelfstandigen vaak onvoldoende toekomstvoorziening opbouwen²⁷⁴. Zonder het treffen van adequate maatregelen ligt een welvaartsval op de pensioengerechtigde leeftijd voor een grote groep zelfstandigen in het verschiet.

Laatst is de mogelijkheid voor dga's om in eigen beheer pensioen op te bouwen afgeschaft zonder dat daarvoor een adequaat alternatief in de plaats is gesteld. Ik ben met Staats van mening dat bij dit proces te weinig aandacht is geweest voor de toekomst van het pensioen van de dga en de manier waarop daaraan effectief invulling moet worden gegeven²⁷⁵. Zo moet worden voorkomen dat de dga die gekozen heeft voor afkoop, het voor zijn pensioen bestemde geld na afkoop lichtvaardig verbrast en nadien bij de overheid aanklopt. Het pensioen van de dga mist dus een duidelijke toekomstvisie.

Het ontbreken van een lange termijn visie lijkt het probleem te zijn voor het gehele stelsel van toekomstvoorzieningen voor de ondernemer. Gezien de veranderende tijdgeest is dit stelsel niet meer 'toekomstproof' en dient een toekomstvisie op de toekomstvoorziening voor de ondernemer te komen. Deze toekomstvisie betreft zowel civielrechtelijke aspecten als fiscale aspecten, welke in het vervolg van dit hoofdstuk worden uitgewerkt.

5.3 Civiel-juridisch kader

5.3.1 Verantwoordelijkheid overheid

Een cruciale voorvraag bij de gedachtevorming over de toekomst van het stelsel van toekomstvoorzieningen is wat nu precies het doel van een toekomstvoorziening is. Dit doel is namelijk mede richtinggevend voor de vormgeving van het stelsel van toekomstvoorzieningen²⁷⁶. Zoals reeds naar voren gekomen in hoofdstuk 1 van deze scriptie, is een toekomstvoorziening in principe niets anders dan uitgesteld inkomen met als doelstelling de levensstandaard na pensionering te kunnen voortzetten²⁷⁷. Het is daarbij de vraag wat dit doel inhoudt voor de door de overheid te nemen verantwoordelijkheid. Dient het bieden van een 'levensstandaardbeveiliging' de norm te zijn²⁷⁸ of is de taak van de overheid voor de toekomst opgeschoven naar het enkel beschikbaar stellen van goede regelingen,

²⁷³ Ministerie SZW, 2013, hfd. 2 en Stichting ZZZ Nederland, 2014.

²⁷⁴ M. Mastrogiacomo, Netspar Brief, november 2016.

²⁷⁵ G.M.C.M. Staats, TFO 2017/148.1, par. 5.

²⁷⁶ E. Lujens et al., TPV 2015/10, par. 1.1.

²⁷⁷ De AOW zorgt ervoor dat gepensioneerden in Nederland niet als arm worden beschouwd, maar de aanvullende toekomstvoorzieningen moeten ervoor zorgen dat de levensstandaard na pensionering kan worden voortgezet, zie K. Goudswaard en K. Caminada, WRR 2017, p. 233.

²⁷⁸ Dit houdt het sociale zekerheidsdenken over pensioenen in dat stamt uit de jaren 70 van de vorige eeuw.

zodat belastingplichtigen zelf aan financiële planning kunnen doen²⁷⁹? Het huidige stelsel van toekomstvoorzieningen van de ondernemer lijkt op twee gedachten te hinken. Een deel van de ondernemers is onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenregeling gebracht en voor de overige ondernemers geldt eigen verantwoordelijkheid. De kwestie is of het aan de ondernemer moet worden overgelaten om al dan niet een adequate toekomstvoorziening op te bouwen. Er kan worden betoogd dat een toekomstvoorziening de eigen verantwoordelijkheid betreft²⁸⁰. Dit is mijns inziens te eenvoudig gesteld. Het is immers ook maatschappelijk van belang dat een gepensioneerde ondernemer over een adequate toekomstvoorziening beschikt²⁸¹.

Als men zelf verantwoordelijk is voor de aanvullende toekomstvoorziening, bestaat de kans dat een terugval in levensstandaard plaatsvindt na deelname aan het arbeidsproces. De in de voorgaande paragraaf aangehaalde onderzoeken bevestigen dat bij eigen verantwoordelijkheid doorgaans te weinig toekomstvoorziening wordt opgebouwd door zelfstandigen. Uit het onderzoek van het Ministerie van SZW blijkt dat de oorzaken van de beperkte opbouw van een toekomstvoorziening door zelfstandigen voornamelijk gedragsrechtelijk van aard zijn en niet specifiek typerend zijn voor de zelfstandigen, maar voor de mens in het algemeen gelden²⁸². Als oorzaken worden gegeven het gebrek aan zelfbeheersing, uitstelgedrag, onderschatting van de toekomstige financiële behoeften en een onjuiste inschatting van de risico-rendementsverhouding²⁸³. Bij het verder stimuleren van vrijwillige opbouw van een toekomstvoorziening wordt tegen deze gedragsaspecten aangelopen. Het onderzoek van het Ministerie van SZW concludeert zelfs dat het effect van het verder stimuleren van vrijwillige opbouw van een toekomstvoorziening onduidelijk is²⁸⁴.

De enige manier om ondernemers zonder meer voldoende toekomstvoorziening op te laten bouwen is het invoeren van een vorm van verplichtstelling. Ik ben daarom van mening dat de mogelijkheid van de verplichtstelling in de tweede pijler voor ondernemers verder moet worden onderzocht vanuit paternalistisch motief. Dit vindt in deze paragraaf allereerst plaats

²⁷⁹ E. Lutjens et al., TPV 2015/10, par. 1.1.

²⁸⁰ Zo benadrukte de Minister van SZW inzake het SER advies uit oktober 2010 dat zzp'ers zelf een nadrukkelijke keuze hebben gemaakt voor het nemen van eigen verantwoordelijkheid en dat een onderdeel hiervan het treffen van voldoende toekomstvoorzieningen betreft, zie Kamerstukken II 2010/11, 31 311, nr. 71, p. 2.

²⁸¹ Ondernemers die relatief weinig toekomstvoorziening hebben opgebouwd, zullen eerder een beroep moeten doen op collectieve voorzieningen en daarmee op de sociale solidariteit.

²⁸² De beperkte rationaliteit heeft bij zelfstandigen een grotere invloed op de opbouw van een toekomstvoorziening dan bij werknemers. Immers, zelfstandigen zijn, in tegenstelling tot de meeste werknemers, zelf verantwoordelijk voor de opbouw van hun aanvullende toekomstvoorziening.

²⁸³ Zie Ministerie SZW, 2013, hfd. 3 voor een nadere uitwerking van de vier mogelijke oorzaken waardoor mensen die zelf verantwoordelijk zijn voor de opbouw van hun toekomstvoorziening een beperktere opbouw hebben dan ze op lange termijn eigenlijk zouden willen.

²⁸⁴ Stimulatie vindt plaats door onder andere fiscale facilitering, verbetering van de transparantie van producten en advisering, zie Ministerie SZW, 2013, p. 4.

door binnen de huidige wettelijke systematiek te onderzoeken of de onderbrenging van een grotere groep zelfstandigen onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds mogelijk is. Subparagraaf 5.3.3 onderzoekt vervolgens de invoering van een algemene pensioenplicht. Aan een algemene pensioenplicht ligt een fundamentele heroverweging van de uitgangspunten van het stelsel van toekomstvoorzieningen ten grondslag. Immers, Nederland kent momenteel geen algemene wettelijke verplichting voor een werkgever om aan zijn werknemers pensioen toe te kennen. Er is wel sprake van verplicht pensioen als dit verplicht is vanuit de cao, de Wvb of de Wet BPF 2000. Een goede discussie over alternatieven binnen of voor de huidige verplichtstellingen kan leiden tot een versterking van de aanvullende toekomstvoorzieningen binnen Nederland. Bovendien kan aansluiting worden gevonden bij de ontwikkelingen en belangen van de huidige maatschappij. Gezien de onderzoeken waaruit naar voren komt dat zelfstandigen veelal een te lage toekomstvoorziening opbouwen, zal een vorm van verplichtstelling voor zelfstandigen in behoeften kunnen voorzien ²⁸⁵.

5.3.2 Mogelijkheden die de Wet BPF 2000 aan zelfstandigen kan bieden

De Wet BPF 2000 biedt thans de mogelijkheid om deelneming verplicht te stellen in een bedrijfstakpensioenfonds voor andere categorieën werkenden dan werknemers, op voorwaarde dat het één of meer bepaalde groepen van personen betreft die werkzaam zijn in de betrokken bedrijfstak, zie artikel 2 lid 1 Wet BPF 2000. Van deze mogelijkheid om ook zelfstandigen onder de werking van een verplichtstellingsbeschikking te scharen, wordt amper gebruik gemaakt ²⁸⁶. In samenhang met de te lage opbouw van een toekomstvoorziening door zelfstandigen zie ik dit als een gemiste kans. Ik onderzoek daarom of binnen de huidige wettelijke systematiek van de Wet BPF 2000 bezwaren kunnen worden geëlimineerd, zodat zelfstandigen in bepaalde sectoren kunnen worden bijgestaan in hun wens om een grotere toekomstvoorziening op te bouwen.

Op zelfstandigen die onder de werkingssfeer van een door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling vallen, is de PW van overeenkomstige toepassing ²⁸⁷. De opvatting hierachter is de beschermingsgedachte, namelijk dat voor (kleine) zelfstandigen, die sociaal en economisch gezien op min of meer gelijke voet staan met de werknemers in de bedrijfstak, de opbouw van aanvullend pensioen net als voor werknemers van groot belang is ²⁸⁸. Het zal niet verrassend zijn dat ik deze opvatting volmondig onderschrijf. Ik ben van mening dat zelfstandigen ook in de tweede pijler

²⁸⁵ J.C.M. van der Poel, VU Expertisecentrum Pensioenrecht, 2013, p. 154.

²⁸⁶ Alleen bij het Bedrijfstakpensioenfonds voor het Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf en het Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid zijn zelfstandigen verplicht aangesloten.

²⁸⁷ Met uitzondering van de artikelen 7 en 9.

²⁸⁸ Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 3 (MvT), p. 4.

een aanvullende toekomstvoorziening moeten opbouwen en de bescherming moeten genieten onder de Wet BPF en de PW, indien sociale partners dat voor werknemers in een specifieke bedrijfstak van belang achten ²⁸⁹.

Zoals reeds naar voren gekomen in paragraaf 2.2, streeft de Nederlandse wetgever met de verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen doelstellingen van sociale politiek en macro-economische politiek na. Zowel de bedrijfstak als de zelfstandigen kunnen er een belang bij hebben als zelfstandigen (vaker) onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds worden gesteld. Het is in het kader van de representativiteitsvereiste belangrijk dat zelfstandigen zich organiseren, zodat deelname in verplichtgestelde fondsen en daarmee deelname in aanvullende pensioenregelingen in meer bedrijfstakken kan worden verplicht voor zelfstandigen ²⁹⁰. Door zich te organiseren wordt tevens bereikt dat de belangen van zelfstandigen in voldoende mate worden gereflecteerd in de inhoud van de pensioenregeling ²⁹¹. Het verhogen van de organisatiegraad onder zelfstandigen vormt dus een aandachtspunt.

Uit de parlementaire geschiedenis valt op te maken dat als kritiekpunt op het onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds laten vallen van zelfstandigen werd aangehaald dat de premie te hoog zal zijn, zodat deze door zelfstandigen niet betaalbaar is. Aangezien de inhoud van de pensioenregeling het georganiseerde bedrijfsleven aangaat, vind ik dit kritiekpunt niet erg steekhoudend. Immers, sociale partners moeten worden geacht te kunnen beoordelen of de hoogte van de pensioenpremie is op te brengen door de zelfstandigen die deelnemen in het bedrijfstakpensioenfonds ²⁹².

Wat mijns inziens wel een reëel knelpunt vormt, is het feit dat het jaarlijkse inkomen van zelfstandigen sterk op en neer kan gaan. Het is de vraag of de bestaande pensioenregelingen binnen de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen afdoende zijn toegesneden op pensioenopbouw voor deelnemers met een dermate wisselend inkomen ²⁹³ ²⁹⁴. Indien dit niet zo blijkt te zijn, kan worden bekeken of een aparte zelfstandigenregeling mogelijk is die wordt uitgevoerd door het fonds als onderdeel van de verplichtstelling. Binnen de bestaande opzet van de Wet BPF 2000 kan dit leiden tot een van de regeling voor

²⁸⁹ J.C.M. van der Poel, VU Expertisecentrum Pensioenrecht, 2013, p. 151.

²⁹⁰ Binnen het huidige wettelijke kader is het aan de sociale partners om de verplichtstelling voor zelfstandigen open te stellen. Zij verzoeken immers de minister van SZW om deelname in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht te stellen.

²⁹¹ J.C.M. van der Poel, VU Expertisecentrum Pensioenrecht, 2013, p. 151.

²⁹² Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5 (MvA), p. 12.

²⁹³ J.C.M. van der Poel, VU Expertisecentrum Pensioenrecht, 2013, p. 153.

²⁹⁴ Tevens kan het vaststellen van de pensioengrondslag en de deeltijdfactor voor zelfstandigen niet op gelijke wijze gebeuren als voor werknemers. Ook hebben veel verplichte regelingen een arbeidsongeschiktheidspensioen, terwijl zzp'ers in beginsel niet in aanmerking komen voor deze werknemersvoorziening, zie E.H.E. Lewin en M.E.C. Boumans, PGGM, januari 2011, p. 33.

werknemers afwijkende premie, zie artikel 8 BPF 2000 ²⁹⁵. De pensioenregelingen van het BPF Bouw en het BPF Schilders, waarin thans zelfstandigen verplicht deelnemen, kunnen als voorbeeld worden genomen voor de vormgeving van andere pensioenregelingen als een uitbreiding plaatsvindt van de werkingssfeer naar zelfstandigen.

De Wet BPF 2000 biedt in haar huidige vorm niet de mogelijkheid om een verplichtstelling te realiseren voor zelfstandigen in het algemeen. Een verplichtstelling is alleen mogelijk voor zelfstandigen die werkzaam zijn binnen de bedrijfstak waarop de verplichtstelling ziet. Voor een 'zelfstandigen-brede toekomstvoorziening' moeten, binnen de huidige wettelijke systematiek, oplossingen buiten de tweede pijler worden gezocht ²⁹⁶.

5.3.3 Algemene pensioenplicht ongeacht arbeidsvorm

De meest vergaande en radicale beleidsoptie om zelfstandigen meer toekomstvoorziening op te laten bouwen, is de invoering van een algemene pensioenplicht. De huidige wettelijke systematiek die zich kenmerkt door een bedrijfstakgewijze of beroepsgroepgeoriënteerde ²⁹⁷ indeling van de tweede pijler biedt niet de mogelijkheid om alle zelfstandigen op verplichte basis toegang te verlenen tot de tweede pijler ²⁹⁸. Een algemene pensioenplicht houdt in dat rechtstreeks op grond van de wet iedere werkende wordt verplicht een aanvullende toekomstvoorziening op te bouwen, ongeacht de vorm waarin de arbeid wordt verricht. De pensioenplicht dekt dus zowel zelfstandigen (inclusief zzp'ers en resultaatgenieters), als werknemers die zich in de 'witte vlek' begeven ²⁹⁹.

Een algemene pensioenplicht kan op verschillende manieren worden vormgegeven. Zo kunnen werkenden verplicht worden gesteld om een vast gedeelte van hun inkomen voor de oude dag te reserveren. Dit deel van het inkomen kan bijvoorbeeld op een geblokkeerde rekening worden gezet ³⁰⁰. Hoe en waar vervolgens een aanvullende toekomstvoorziening wordt opgebouwd, kan aan de werkenden worden overgelaten. Een optie die minder keuzevrijheid behelst, betreft de verplichte deelname aan een voorgeschreven

²⁹⁵ J.C.M. van der Poel, VU Expertisecentrum Pensioenrecht, 2013, p. 153.

²⁹⁶ J.C.M. van der Poel, VU Expertisecentrum Pensioenrecht, 2013, p. 154.

²⁹⁷ De verplichtstellingen ingevolge de Wvb zijn momenteel werkbaar, omdat de bepaalde groepen beroepsgenoten goed kunnen worden afgebakend. Deze manier van verplichtstelling is voor andere groepen zelfstandigen, niet zijnde beroepsgenoten, praktisch lastig te regelen. Er moet immers worden vastgesteld voor welke categorie zelfstandigen de verplichtstelling moet gelden en een representatief gedeelte van die categorie dient de verplichte deelname aan te vragen. De beperkte organisatiegraad onder zelfstandigen geeft hierbij problemen. Bovendien zijn zelfstandigen veelal in verscheidene sectoren werkzaam. Dit leidt ertoe dat zij bij verschillende categorieën horen en niet is bepaald aan welke pensioenregeling zij moeten deelnemen, zie Ministerie SZW, 2013, par. 4.4.

²⁹⁸ E. Lutjens et al., TPV 2015/10, par. 6.

²⁹⁹ Werkgevers die geen pensioenregeling aan hun werknemers aanbieden worden aangeduid als witte werkgevers. Werknemers die niet aan een pensioenregeling deelnemen of die werkzaam zijn bij een witte werkgever vormen de witte werknemers.

³⁰⁰ Ministerie SZW, 2013, par. 4.4.

pensioenregeling³⁰¹ waarbij, analoog aan het systeem van de Nederlandse zorgverzekering³⁰², de keuze voor de uitvoerder vrij is. Tot slot, een optie die totaal geen keuzevrijheid bevat, maar wel de mogelijkheid biedt een solidaire regeling (met risicodelingsmechanismen) tot stand te brengen, betreft de verplichte aansluiting bij een nationaal pensioenfonds.

Bonenkamp et al. spreken zich uit voor een nationaal pensioenfonds voor alle werkenden als toekomstperspectief met het argument dat hierbij sprake is van een optimale risicodeling³⁰³.

Een nationale pensioenregeling voor alle werkenden sluit goed aan bij de huidige arbeidsmarkt die zich kenmerkt door mobiliteit. Immers, het pensioen blijft onveranderd als de positie op de arbeidsmarkt wijzigt. Een algemene pensioenplicht kent daarnaast als voordelen dat ongelijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden tussen zelfstandigen en verplicht pensioenopbouwende werknemers wordt beperkt en dat de keuze tussen arbeid verrichten als zelfstandige of als werknemer niet meer wordt verstoord³⁰⁴. Tot slot zorgt een algemene pensioenplicht ervoor dat alle werkenden, waaronder de zelfstandigen, een toereikende toekomstvoorziening opbouwen.

Echter, een algemene pensioenplicht kent ook niet te negeren bezwaren. Zo zullen veel zelfstandigen tegen deze beleidsoptie zijn, omdat zij waarde hechten aan de flexibiliteit, onafhankelijkheid en vrijheid die het ondernemerschap juist biedt. In lijn hiermee hebben al verscheidene zelfstandigenorganisaties te kennen gegeven dat zij zich verzetten tegen een verplichte aanvullende toekomstvoorziening voor zelfstandigen³⁰⁵. Als verzachtend alternatief zou een algemene verplichtstelling met de mogelijkheid van individuele opting-out dienst kunnen doen³⁰⁶. De opt-out mogelijkheid kan worden gebaseerd op het op een alternatieve wijze voorzien in een toekomstvoorziening, zoals een voorziening in de derde pijler³⁰⁷. Voordeel van een dergelijk systeem is dat beter kan worden omgegaan met differentiatie en derhalve meer recht wordt gedaan aan de heterogeniteit binnen de groep werkenden en meer specifiek binnen de groep zelfstandigen. De keerzijde is dat de

³⁰¹ Deelname kan verplicht worden gesteld tot een bepaalde inkomensgrens, zoals bijvoorbeeld de inkomensgrens bij de sociale verzekeringen, zie G.M.C.M. Staats et al., Werkgroep Ondernemerspensioen, 2015, p. 55.

³⁰² De Nederlandse zorgverzekering kenmerkt zich door de verzekerings- en acceptatieplicht. Ingezetenen van Nederland zijn verplicht zich te verzekeren en de verzekeraars zijn verplicht om de verzekeringsplichtigen te accepteren.

³⁰³ Zie voor een nadere uitwerking J. Bonenkamp et al., Netspar nea Paper nr. 44, 2011.

³⁰⁴ K. Goudswaard en K. Caminada, WRR 2017, p. 248, verwijzend naar De Nederlandsche Bank, 2015.

³⁰⁵ Zoals PZO, FNV Zelfstandigen, Stichting ZZP Nederland en ZZP Netwerk Nederland, zie K. Goudswaard en K. Caminada, WRR 2017, p. 248.

³⁰⁶ Gedragseconomische inzichten en empirisch onderzoek (o.a. R.H. Thaler en C.R. Sustain, Yale University Press, 2008) laten zien dat het presenteren van deelname als standaardoptie ertoe leidt dat op grotere schaal daadwerkelijk wordt deelgenomen aan de opbouw van een toekomstvoorziening.

³⁰⁷ E. Lutjens et al., TPV 2015/10, par. 3.

mogelijkheid van opting-out een collectieve regeling met solidariteitselementen uitsluit, aangezien een dussdanige regeling in verband met adverse selectie niet houdbaar is ³⁰⁸.

Toetsing van de algemene pensioenplicht aan de criteria van het toetsingskader geeft het volgende beeld. Aan de verzorgingsdoelstelling wordt voldaan, aangezien een adequate opbouw van een toekomstvoorziening plaatsvindt onder de waarborgen van de PW ³⁰⁹. Bovendien is door de verplichte deelname een pensioenregeling in de tweede pijler voor alle werkenden toegankelijk en komt bij een collectieve regeling met solidariteitselementen het risico niet tot uiting in de individuele pensioenpremie. Dit maakt dat ook werkenden met verhoogde risico's in staat zijn om een betaalbare toekomstvoorziening op te bouwen. Als vanuit het civiel-juridische kader arbeidsvormneutraliteit bestaat, in plaats van verscheidene regelingen voor verschillende werkenden, betekent dat een vereenvoudiging ten opzichte van de huidige systematiek. De uitvoerbaarheid voor de overheid betreft wel een aandachtspunt. Bij werknemers wordt de pensioenpremie ingehouden bij de werkgever. Bij zelfstandigen ontbreekt een zodanige relatie, waardoor de handhaving van de premie-inning bij zelfstandigen in de praktijk op problemen kan stuiten ³¹⁰. Dit maakt dat de overheid scherpe controles moet uitvoeren met daarmee gepaard gaande uitvoeringskosten. Bovendien zullen bij de invoering van een algemene pensioenplicht transitieproblemen optreden, die op voorhand goed moeten worden uitgewerkt. Tot slot dient in het kader van het toetsingscriterium 'in lijn met internationale en Europese regelgeving' te worden opgemerkt dat een pensioenplicht met opting-out mogelijkheid mogelijkwerwijs niet verenigbaar is met het Europese mededingingsrecht. Het is dan de vraag of de noodzaak van de verplichtstelling nog langer bestaat onder het Europese mededingingsrecht, indien de mogelijkheid wordt geboden tot opting-out ³¹¹.

Zoals reeds aangestipt, ligt aan een algemene pensioenplicht een fundamentele heroverweging van de uitgangspunten van het stelsel van toekomstvoorzieningen ten grondslag. Zo kent Nederland momenteel geen wettelijke pensioenplicht. Ook laat de overheid zich thans niet of nauwelijks in met de inhoud van pensioenregelingen, wat bij sommige van de hiervoor geschetste invullingen van een algemene pensioenplicht wel het

³⁰⁸ Oftewel, de deelnemers met goede risico's kunnen zich onttrekken, waardoor de kosten voor de achterblijvende slechte risico's onaanvaardbaar hoog worden. Dit is ook de oorzaak van het feit dat de vrijwillige voortzetting van een tweede pijlerpensioenregeling uit een voormalig dienstverband begrensd is in de tijd en slechts een tegemoetkoming gedurende een overgangsperiode vormt.

³⁰⁹ De PW biedt een significante bescherming aan degenen die onder de reikwijdte van deze wet vallen. Veel van de beschermende maatregelen uit de PW zijn toepasbaar op niet-werknemers als de toekomstvoorziening van het vermogen is afgescheiden, zie G.J.B. Dietvorst et al., *Werkgroep ANP*, 2013, p. 115.

³¹⁰ Ministerie SZW, 2013, par. 4.4.

³¹¹ In verband met adverse selectie kan het handhaven van het uitsluitende recht van een pensioenuitvoerder alleen goed werken middels de verplichtstelling, zie J.C.M. van der Poel, VU Expertisecentrum Pensioenrecht, 2013, p. 153.

geval zal zijn ³¹². Bovendien vormt de algemene pensioenplicht een fundamentele koerswijziging ten aanzien van het hedendaagse beleid van eigen verantwoordelijkheid voor ondernemers ³¹³. De afweging tussen paternalisme en keuzevrijheid en de uiteindelijke keuze om al dan niet een algemene pensioenplicht in te voeren is een politieke discussie en keuze. Ik sta niet afkeurend tegenover deze beleids optie. Echter, mocht de uitkomst van de discussie leiden tot voortzetting van de status quo, oftewel de opbouw van een toekomstvoorziening door ondernemers is hoofdzakelijk gebaseerd op vrijwilligheid, dan is het de vraag hoe de vrijwillige mogelijkheden kunnen worden verbeterd ³¹⁴. Dit wordt in paragraaf 5.4 vanuit het perspectief van het fiscale kader en met inachtneming van de veranderende tijdgeest onderzocht. Ter afsluiting is vermeldenswaardig dat begin 2015 specifiek voor zzp'ers nieuwe pensioeninitiatieven, zijnde bankspaarproducten in de derde pijler, zijn geïntroduceerd. Het zogenaamde ZZP pensioen is een vrijwillige, individuele regeling met de voordelen van collectief beleggen, waardoor de kosten relatief laag zijn. Het aantal deelnemers in deze regelingen is tot nu toe laag ³¹⁵.

5.3.4 Arbeidsongeschiktheidsvoorzieningen voor ondernemers

De problematiek en bijbehorende afwegingen waaraan in de vorige paragrafen aandacht is besteed, spelen in vergelijkbare mate op het terrein van de arbeidsongeschiktheidsvoorzieningen voor ondernemers ³¹⁶. Naast een voorziening voor de oude dag, dienen ondernemers zelf te zorgen voor een voorziening bij inkomensdaling door arbeidsongeschiktheid. Dit in tegenstelling tot werknemers die in geval van arbeidsongeschiktheid ingevolge artikel 7:629 BW gedurende de eerste twee jaar recht hebben op loondoorbetaling door hun werkgevers (in geval van een dga, door de eigen bv). Voor de gevallen waarin de loondoorbetalingsplicht voor de werkgever niet van toepassing is, bestaat de Ziektewet (hierna: ZW). Indien de werknemer na de wettelijke loondoorbetalingstermijn ten minste 35% arbeidsongeschikt is, bestaat recht op een uitkering ingevolge de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (hierna: WIA). De WIA is net als de ZW een werknemersverzekering.

Voor de verzekeringsplicht van de werknemersverzekeringen ³¹⁷ geldt de aanwezigheid van een dienstbetrekking als uitgangspunt. IB-ondernemers zijn dus niet verplicht verzekerd. In

³¹² Het ontwerpen van een standaardoptie voor zelfstandigen én werknemers is uitermate lastig.

³¹³ Kamerstukken II 2012/13, 31 311, nr. 97, p. 3.

³¹⁴ E. Lutjens et al., TPV 2015/10, par. 6.

³¹⁵ Zie NRC, 2017.

³¹⁶ Kamerstukken II 2012/13, 31 311, nr. 97, p. 3. Het aantal zelfstandigen is gestegen, terwijl de verzekeringsgraad onder zelfstandigen is gedaald. Hierdoor is een steeds kleiner aandeel van de werkenden verzekerd tegen de financiële gevolgen van arbeidsongeschiktheid.

³¹⁷ De werknemersverzekeringen zijn: de Werkloosheidswet (hierna: WW), de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (hierna: WAO), de WIA en de ZW. De WIA heeft de WAO opgevolgd. Degenen die voor 1 januari 2014 arbeidsongeschikt zijn geworden, vallen onder de WAO.

de werknemersverzekeringswetten is, in tegenstelling tot in de Wet LB 1964, bepaald dat de arbeidsverhouding van de dga niet als dienstbetrekking wordt beschouwd. Door de afwezigheid van een dienstbetrekking is ook de dga niet verplicht verzekerd voor de werknemersverzekeringen. Gezien het belang van het begrip dga, moet duidelijk zijn wie onder een dga wordt verstaan. In artikel 6 lid 5 ZW, artikel 6 lid 5 WAO en artikel 6 lid 4 WW zijn hieromtrent delegatiebepalingen opgenomen, waaraan uitvoering is gegeven in de Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder 2016 (hierna: de Regeling) ³¹⁸.

In artikel 2 van de Regeling wordt met een viertal bepalingen weergegeven wie voor de werknemersverzekeringen onder de dga wordt verstaan. Het gemeenschappelijke uitgangspunt van de drie eerstgenoemde bepalingen, die in deze scriptie niet in detail worden besproken, is dat de bestuurder ³¹⁹ (eventueel tezamen met zijn bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot) over zijn ontslag kan besluiten. De vierde bepaling betreft een situatie van nevengeschiedtheid doordat alle bestuurders in (nagenoeg) gelijke mate de enige aandeelhouders zijn. De basisfilosofie hierachter is de verzorgingsgedachte, namelijk dat er geen verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen hoeft te bestaan als de dga de feitelijke macht heeft bij besluiten over ontslag in de algemene vergadering van aandeelhouders, hij daaraan niet ondergeschikt is en daarmee geen sprake is van een reële gezagsverhouding ³²⁰.

De Regeling ziet enkel op statutaire (indirecte) bestuurders van een bv of nv en heeft derhalve geen betrekking op de niet-statutaire bestuurder, op familieleden van een statutaire bestuurder ³²¹ of op de aandeelhouder met een dienstbetrekking anders dan bestuurder. Aan de letter 'd' van directeur in de term dga komt bij de werknemersverzekeringen dus betekenis toe ³²². Zoals Kavelaars stelt, is dit een terecht criterium, indien als principieel uitgangspunt de vergelijking met de IB-ondernemer wordt gehanteerd. Immers, de IB-ondernemer is bestuurder en de persoon die de beslissingen neemt. Verder is Kavelaars van mening dat de Regeling moet vervallen, aangezien aan de mate van zeggenschap/inspraak geen eisen

³¹⁸ Voor de werknemersverzekeringen heeft de Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) zo'n 30 jaar geleden beslist dat de arbeidsverhouding van een bestuurder met een substantieel aandelenpakket in de vennootschap, uitgaande van een materieel gezagsverhoudingscriterium, niet als dienstbetrekking is aan te merken, zie CRvB 4 oktober 1985, RSV 1986/21. Echter, sinds 1 januari 2006 is de premieheffing werknemersverzekeringen een taak van de Belastingdienst geworden, waardoor de Hoge Raad beslissingsbevoegd is over premiezaken en derhalve over de beoordeling of sprake is van een dienstbetrekking voor de werknemersverzekeringen. De Hoge Raad hanteert een formele gezagsverhouding.

³¹⁹ Het gaat in de Regeling om de statutaire bestuurder van een bv of nv. Dit kan een rechtspersoon zijn. Dan wordt tevens als bestuurder aangemerkt de natuurlijke persoon die namens de rechtspersoon de werkzaamheden voor de vennootschap als bestuurder feitelijk verricht.

³²⁰ Toelichting bij de Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juli 2015, tot Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder 2016, Staatscourant nr. 19073 jaargang 2015.

³²¹ Tenzij zij zelf statutaire bestuurders zijn.

³²² Immers, als de bij de bv/nv werkende aandeelhouder geen statutaire bestuurder is, dan is hij zonder meer in dienstbetrekking.

worden gesteld bij de IB-ondernemer ³²³. De IB-ondernemer is namelijk zonder meer niet verplicht verzekerd. Voor de dga, in de zin van de werknemersverzekeringen, zal wel een minimum aandelen criterium moeten gelden, waarbij Kavelaars' voorkeur uitgaat naar 5% ³²⁴.

Ik onderschrijf Kavelaars' visie met betrekking tot een meer gelijke behandeling tussen IB-ondernemers en dga's op het gebied van regelingen in het kader van inkomensderving, zoals een arbeidsongeschiktheidsvoorziening. Echter, ik zie de discussie betreffende het ondernemerschap en sociale bescherming liever de kant opvallen van verplichte verzekeringen tegen arbeidsongeschiktheid voor alle werkenden. Immers, zo worden ondernemers beschermd tegen zichzelf ³²⁵ en wordt een minimuminkomen bij arbeidsongeschiktheid gegarandeerd zonder een beroep op de samenleving ³²⁶. Bovendien wordt op deze manier arbeidsvormneutraliteit bereikt en voorkomen dat zelfstandigen oneerlijk concurreren met werknemers. Hoe een dergelijke verplichtstelling dient te worden vormgegeven vergt nader onderzoek. Daarbij zal aandacht moeten zijn voor de zelfstandigen voor wie het lastig is een betaalbare, private arbeidsongeschiktheidsverzekering te vinden in verband met gezondheidsproblemen, een risicovol beroep of het reeds op leeftijd zijn ³²⁷.

5.4 Fiscaal kader

5.4.1 Belang fiscale wetgeving en ANP

De fiscale wetgeving vormt een bruikbaar instrument om de opbouw van een aanvullende toekomstvoorziening te sturen en stimuleren. Dit komt tot uitdrukking in de omkeerregeling die, onder voorwaarden, in zowel de tweede als de derde pijler van kracht is ³²⁸. Door premieaftrek te verschaffen, de aanspraken vrij te stellen en pas belasting te heffen bij de uitkeringen, wordt de opbouw van een toekomstvoorziening fiscaal gestimuleerd ³²⁹. De

³²³ P. Kavelaars, WFR 2009/449, par. 6.

³²⁴ Het 5%-criterium is arbitrair, maar sluit aan bij de aanmerkelijkbelangregeling. Aangezien in brede zin is gekozen voor het 5%-criterium is het verdedigbaar. Kavelaars geeft aan dat het 5%-criterium zelfstandig moet worden beoordeeld en dat de positie van familieleden daarbij geen rol moet spelen, zie P. Kavelaars, TFO 2009/65, par. 3.

³²⁵ Het arbeidsongeschiktheidsrisico vormt een lastig in te schatten, klein risico met grote financiële gevolgen. Dit risico moet mijns inziens niet onder het ondernemersrisico worden geschaard.

³²⁶ Uit recent onderzoek van het CPB blijkt dat een kwart van de zelfstandigen bij het voordoen van volledige arbeidsongeschiktheid onvoldoende financiële middelen heeft om in een minimuminkomen te voorzien. Daarbij heeft meer dan de helft van de zelfstandigen onvoldoende alternatieve inkomensbronnen voor een vervangend inkomen op WIA-niveau. Vijf procent van de zelfstandigen heeft zelfs helemaal geen mogelijkheden om in een minimuminkomen te voorzien. Zie CPB, Policy Brief 2016/11. Deze zelfstandigen zullen een beroep op de algemene of bijzondere bijstand moeten doen, wat neerkomt op een beroep op de samenleving (risicoafwenteling).

³²⁷ Verplichte verzekeringen garanderen de toegankelijkheid voor deze categorie zelfstandigen, zie SER, advies 10/04, oktober 2010, p. 100. Voor deze categorie zelfstandigen bestaat momenteel een vangnetverzekering.

³²⁸ De fiscale aftopping van het pensioengevend loon/de premiegrondslag, zoals ingegaan op 1 januari 2015, beperkt de werking van de omkeerregeling.

³²⁹ In combinatie met de progressieve belastingtarieven en het niet verschuldigd zijn van AOW-premie na de AOW-leeftijd.

omkeerregeling doet tevens recht aan de inkomensbeleving van belastingplichtigen, daar alleen belastingheffing plaatsvindt over het inkomen waarover belastingplichtigen feitelijk kunnen beschikken. Het niet nakomen van regels en onbedoeld gebruik, waardoor de pensioenaanspraak niet wordt afgewikkeld zoals de wetgever voor ogen heeft, worden vanuit de verzorgingsgedachte fiscaal bestraft en derhalve ontmoedigd ³³⁰.

De status quo in het Nederlandse stelsel van toekomstvoorzieningen is dat werknemers over het algemeen verplicht pensioen opbouwen in de tweede pijler, terwijl de opbouw van een aanvullende toekomstvoorziening door ondernemers hoofdzakelijk is gebaseerd op een vrijwillige keuze en plaatsvindt in de derde pijler. Het doel van de fiscale wetgeving met betrekking tot het pensioen in de tweede pijler en de lijfrenten in de derde pijler is gelijk, namelijk het fiscaal faciliteren van het uitstellen van inkomen om tot een adequate toekomstvoorziening te komen waardoor de levensstandaard van de belastingplichtigen wordt beveiligd. Het belang van een adequate toekomstvoorziening is naar mijn oordeel voor iedereen gelijk en vormt tevens een maatschappelijk belang ³³¹. Ik ben daarom van mening dat iedereen die actief aan het economische proces deelneemt in staat moet zijn om een daaraan gerelateerde en adequate toekomstvoorziening op te bouwen, waarbij alle belastingplichtigen te maken hebben met gelijke fiscale ondersteuning in de opbouwfase en een gelijke fiscale behandeling in de uitkeringsfase. Dit komt neer op een arbeidsvormneutraal fiscaal kader waarbij de spelregels in de tweede en de derde pijler in zowel de opbouw- als de uitkeringsfase gelijk zijn.

Zoals naar voren gekomen in de voorgaande hoofdstukken, hebben de huidige verschillen in de opbouw- en uitkeringsfase van de tweede en derde pijler een historische achtergrond en zijn de pijlers in fiscale zin de afgelopen jaren al sterk naar elkaar toe bewogen. Mijns inziens moet dit proces worden voortgezet in de vorm van een fiscale gelijkschakeling. Zeker nu sprake is van een veranderende en flexibeler wordende arbeidsmarkt en het huidige fiscale kader daar niet voldoende op is ingesteld. Een ANP neemt tevens fiscale pensioenprikkel weg om een bepaalde positie op de arbeidsmarkt in te nemen en voorkomt zo verstoring van de keuze van belastingplichtigen ³³². Bovendien brengt het huidige fiscale kader een verscheidenheid aan wet- en regelgeving met zich. De wetgeving is daarbij voor sommige regelingen zeer gecompliceerd en uitgebreid wat de uitvoerbaarheid en het overzicht niet ten goede komt. Uniforme fiscale voorwaarden en regelgeving voor alle werkenden dragen bij aan een vereenvoudiging en maken het fiscale kader derhalve overzichtelijker ³³³.

³³⁰ M.R. Visser en A.H.H. Bollen, *Pensioenmagazine* 30(5), p. 8.

³³¹ Economische onafhankelijkheid voorkomt immers een beroep op overheidsvoorzieningen.

³³² K. Goudswaard en K. Caminada, *WRR* 2017, p. 250. De fiscaliteit is een middel dat mag worden ingezet voor de stimulatie van pensioenopbouw, maar de fiscaliteit mag geen doel zijn.

³³³ G.M.C.M. Staats et al., *Werkgroep Ondernemerspensioen*, 2015, p. 53.

De wens om voor alle belastingplichtigen met inkomen uit arbeid een gelijke fiscale behandeling met betrekking tot hun toekomstvoorziening in te voeren, volgt dus uit de niet te rechtvaardigen en, gezien de gewijzigde tijdgeest, niet gewenste verschillen. Én uit de vereenvoudigingswinst die, afgezien van de overgangsproblematiek ³³⁴, op termijn kan worden behaald. Ik pleit daarom voor fiscale wetgeving die iedere belastingplichtige gelijke mogelijkheden biedt om een fiscaal gefaciliteerde toekomstvoorziening op te bouwen, ongeacht de manier waarop aan het arbeidsproces wordt deelgenomen. Verschillende regels of voorwaarden zijn daarbij slechts toegestaan indien dit onvermijdelijk is of indien daarvoor steekhoudende argumenten zijn. Zodoende moeten de bijzondere opbouwvormen van toekomstvoorzieningen voor ondernemers, zoals de oudedagsreserve, de stakingslijfrente en het voormalige pensioen in eigen beheer ter discussie worden gesteld. Als ondernemers en werknemers materieel dezelfde fiscale mogelijkheden moeten krijgen, komt dit neer op een zoektocht naar een fiscaal kader waarin de tweede en de derde pijler zowel in de opbouw- als in de uitkeringsfase gelijk zijn ³³⁵. In het vervolg van deze paragraaf ga ik naar dit fiscale kader op zoek, waarbij de criteria van het toetsingskader mijn leidraad vormen.

5.4.2 Bijzondere opbouwvormen van toekomstvoorzieningen voor ondernemers

Per 1 april 2017 is het ingevolge de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen voor dga's niet meer mogelijk om pensioen in eigen beheer op te bouwen. Aan deze wet is, zoals bekend, een lange voorbereidingstijd vooraf gegaan. Gedurende deze periode is de discussie beperkt gebleven tot het dga-pensioen en is niet gekozen voor een integrale herbeoordeling van het stelsel van toekomstvoorzieningen ³³⁶. Dit zie ik als een gemiste kans. De oudedagsreserve en de stakingslijfrente moesten mijns inziens direct in de discussie worden betrokken.

Gezien de bij het pensioen in eigen beheer innerlijk conflicterende belangen tussen enerzijds de wens om een veilige toekomstvoorziening op te bouwen en anderzijds de wens om te kunnen voldoen aan de financieringsbehoefte van de onderneming, heb ik mij in paragraaf 4.4 vanuit het toetsingscriterium 'verzorgingsdoelstelling', wat als uitgangspunt kent dat een toekomstvoorziening met voldoende waarborgen omkleed moet zijn, positief uitgelaten over het afschaffen van pensioenopbouw in eigen beheer. Vanuit ditzelfde toetsingscriterium bezien, is mijn kritiek op de oudedagsreserve nog groter. Immers, de oudedagsreserve leidt door de wetssystematiek in veel gevallen niet tot een adequate toekomstvoorziening ³³⁷,

³³⁴ Tijdelijke ongemakken zoals overgangsproblematiek dienen niet in de weg te staan aan een verbetering van het fiscale kader op lange termijn. Bovendien is overgangsproblematiek inherent aan wetwijzigingen. Zie tevens M.R. Visser en A.H.H. Bollen, *Pensioenmagazine* 30(5), p. 11.

³³⁵ G.J.B. Dietvorst et al., *Werkgroep ANP*, 2013, p. 6.

³³⁶ De staatssecretaris wilde eerst de discussie over het pensioen in eigen beheer voeren en gaf aan dat afhankelijk van de oplossingsrichting uitstraling naar de oudedagsreserve in beeld kan komen.

³³⁷ De oudedagsreserve moet niet verplicht worden omgezet in een toekomstvoorziening.

terwijl het pensioen in eigen beheer daar in theorie wel toe leidt, zij het dat in de praktijk de dekking vaak tekort schiet in verband met de marktomstandigheden en dat veel risico wordt gelopen door het gebrek aan risicospreiding³³⁸. Ook de stakingslijfrente komt het mijns inziens voor een adequate toekomstvoorziening vereiste poortje van de verzorgingsdoelstelling niet door in verband met het ontbreken van afgescheiden fondsvorming in de opbouwfase.

Werknemers kunnen niet over de voor hun pensioen bestemde gelden beschikken. De oudedagsreserve, de stakingslijfrente en de voormalige pensioenopbouw in eigen beheer leiden derhalve tot een afwijkende behandeling tussen werknemers enerzijds en dga's/IB-ondernemers anderzijds. Voor deze ongelijke behandeling bestaan vanuit de criteria van mijn toetsingskader geen steekhoudende argumenten. Het toetsingscriterium 'verzorgingsdoelstelling' vereist namelijk dat de voor een toekomstvoorziening bestemde middelen aan de directe invloedssfeer en zeggenschap van de belastingplichtigen worden onttrokken³³⁹. Tevens is vanuit het oogpunt van eenvoudige en eenduidige wetgeving een, bij voorkeur gelijktijdige en gecoördineerde, uitfasering van de genoemde bijzondere opbouw mogelijkheden voor ondernemers gewenst. Tot slot zal door het vervallen van de stakingslijfrente bij de eigen bv de in paragraaf 3.4.4. gesignaleerde belemmering in de zin van het VwEU verdwijnen. De mogelijkheid om binnen de eigen onderneming een toekomstvoorziening op te bouwen is evenzeer niet noodzakelijk om iedereen die actief aan het economische proces deelneemt in staat te stellen fiscaal gefaciliteerd een adequate toekomstvoorziening op te bouwen. Immers, alle belastingplichtigen, waaronder dus ook de ondernemers, hebben de mogelijkheid om fiscaal gefaciliteerd een externe toekomstvoorziening op te bouwen in de derde pijler. Ik besef mij ten zeerste dat voor sommige ondernemers de feitelijke mogelijkheden tot externe verzekering beperkt zijn. Dit roept op tot nader onderzoek om de externe verzekeringsmarkt te verbeteren³⁴⁰. Uitwerking hiervan gaat het bestek van deze scriptie te buiten.

Bovenstaande maakt dat ik geen verdere toekomst zie voor de oudedagsreserve, de stakingslijfrente en pensioenopbouw in eigen beheer in een ANP waarbij wordt gestreefd naar het voldoen aan de toetsingscriteria van mijn toetsingskader. Het afschaffen van de verscheidene regelingen voor de verschillende categorieën ondernemers is een goede stap in het voorsorteren naar een fiscaal ANP. De wetgever dient hierbij echter een stap verder te

³³⁸ G.M.C.M. Staats, TFO 2017/148.1, par 5.2.

³³⁹ G.M.C.M. Staats et al., Werkgroep Ondernemerspensioen, 2015, p. 38.

³⁴⁰ Zie tevens mijn aanbeveling in paragraaf 6.2. De Werkgroep Ondernemerspensioen beveelt nader onderzoek aan naar een premiepensioeninstelling voor ondernemers, waarbij het met behulp van leningen van de premiepensioeninstelling mogelijk is om te investeren in de eigen onderneming, zie G.M.C.M. Staats et al., Werkgroep Ondernemerspensioen, 2015, p. 67.

gaan. Dit betreft het op elkaar afstemmen van het pensioenkader (tweede pijler) en het lijfrenteregime (derde pijler).

5.4.3 Gelijktrekken tweede en derde pijler

In een ANP dient het fiscale kader voor pensioen (tweede pijler) gelijk te zijn aan het fiscale kader voor lijfrenten (derde pijler). Hoewel het lijfrenteregime sinds de Wet Brede Herwaardering van 1992 qua vormgeving meer gelijkenissen is gaan vertonen met het pensioenregime, zijn beide regimes in zowel de opbouwfase als de uitkeringsfase momenteel niet gelijk. Zo lopen de fiscale opbouwruimtes (maximale premiepercentages en de inhaalmogelijkheden van niet-benutte ruimte) en de fiscale spelregels uiteen. De opbouwruimte in de tweede pijler is ruimer dan in de derde pijler³⁴¹. Ook kent het pensioenregime, in tegenstelling tot het lijfrente regime, de mogelijkheid om een demotie in de periode van tien jaar voorafgaand aan de pensioendatum geen invloed te laten hebben op de pensioenpositie en moet voor de aftrek in de derde pijler jaarlijks een pensioentekort worden aangetoond, terwijl voor de aftrek in de tweede pijler een dergelijke toets ontbreekt. Onder andere deze verschillen moeten in het nieuw te ontwikkelen fiscale kader worden weggenomen.

a. Opbouwfase

Om ervoor te zorgen dat ondernemers dezelfde fiscale ruimte als werknemers krijgen voor de opbouw van een toekomstvoorziening, dienen de fiscale lijfrenteruimte en de fiscale pensioenruimte op dezelfde wijze te worden bepaald. In de literatuur zijn hier verschillende aanpassingsvoorstellen voor aangedragen. De Commissie Kappelle heeft in hun rapport een blauwdruk voor een nieuw fiscaal kader ontworpen, waarbij de bepaling van deze ruimte is gebaseerd op de systematiek van een middelloonregeling in de tweede pijler³⁴². Zoals Kavelaars aangeeft, is voor het gelijkerwijs behandelen van de tweede en de derde pijler de keuze voor een middelloonsysteem het fraaist vanuit het oogpunt van uitvoerbaarheid³⁴³. Echter, de verwachting is dat in een nieuw pensioenstelsel de beschikbare premiereregeling meer de norm wordt³⁴⁴. Nu ik op zoek ben naar een fiscaal kader dat gericht is op de toekomst, ligt het mijns inziens meer voor de hand om in het Witteveenkader de directe

³⁴¹ In de tweede pijler is een maximaal gefaciliteerd opbouwpercentage van het loon van toepassing, gebaseerd op het Witteveenkader. De derde pijler kent een vast maximaal premiepercentage van 17% van de premiegrondslag, verminderd met de AOW-franchise en is afhankelijk van reeds opgebouwde toekomstvoorzieningen.

³⁴² H.M. Kappelle et al., 2011, h. 7.

³⁴³ Aan een beschikbaar premiestelsel liggen subjectieve uitgangspunten ten grondslag, zie P. Kavelaars, TPV 2011/20, H. 4.

³⁴⁴ Aangezien beschikbare premiereregelingen, waarbij sprake is van kosten- en risicobeperking bij de werkgever, veelvuldig voorkomen, blijken deze regelingen in maatschappelijke behoefte te voorzien, zoals reeds aangeduid in P. Kavelaars, TPV 2011/20, H. 4.

spiegeling aan en relatie met uitkeringsregelingen los te laten³⁴⁵. Dit leidt tot een fiscaal kader waarbij de fiscale toetsing plaatsvindt op premieniveau in plaats van op aanspraakniveau³⁴⁶. De daarmee gepaard gaande implicatie is dat bij zowel beschikbare premiereregelingen als uitkeringsregelingen niet meer kan worden bijgestort bij tegenvallende beleggingsresultaten, tenzij fiscale premieruimte resteert. In hun paper dragen Starking, Dietvorst en Visser verschillende manieren aan waarop de premiebenadering kan worden vormgegeven.

Zo kan de premiebenadering praktisch worden vormgegeven door een natuurlijk maximum. Ingeval de omkeerregeling toepassing vindt op basis van een natuurlijk maximum, worden er in feite geen kwantitatieve beperkingen opgelegd in de fiscale wetgeving. Uitgangspunt bij deze benadering is dat sociale partners/deelnemers niet meer dan noodzakelijk of wenselijk aan de opbouw van een toekomstvoorziening zullen besteden³⁴⁷. De afweging tussen het opgeven van tegenwoordig inkomen ten opzichte van (onzeker) toekomstig inkomen, waarbij de voorwaarden gelden dat het afgezonderde inkomen niet vroegtijdig en onbelast beschikbaar kan komen, zorgt voor een natuurlijke rem³⁴⁸. Potentieel gevaar bij deze systematiek is de buitenlandlek. Door emigratie naar een land waar de uitkeringen niet of laag worden belast, kan misbruik worden gemaakt van de regeling. Zoals tevens naar voren gekomen in paragraaf 4.4.4, streeft Nederland met het recente verdragsbeleid naar een volledige bronstaatheffing, waardoor de omvang van dit lek kan worden beperkt. Een andere mogelijkheid betreft een omkeerregeling op basis van een beperkt natuurlijk maximum. Door in de wet enkel een maximum bedrag aan jaarlijks aftrekbare premie op te nemen, wordt misbruik beperkt en recht gedaan aan het idee achter de huidige fiscale aftopping van het pensioengevend loon en de premiegrondslag³⁴⁹. Een fiscaal kader met een (beperkt) natuurlijk maximum brengt in feite een (beperkt) toetsvrije aftrek met zich³⁵⁰. Dit zorgt voor een goede uitvoerbaarheid en toegankelijkheid. Aangezien, in zuiver binnenlandse situaties, elke euro die wordt afgetrokken in de vorm van een belaste periodieke uitkering wordt

³⁴⁵ Dit houdt een fundamentele herziening van het Witteveenkader in, waarbij een omschakeling plaatsvindt van aanspraakdenken naar premiedenken, zie B. Starink, G.J.B. Dietvorst en M.R. Visser, 2016, Netspar, par 3.2.

³⁴⁶ De fiscale keuring vindt dan eenmalig aan de voordeur plaats en niet meer bij ingang of bijzondere gebeurtenissen (eventtoetsen). B. Starink, G.J.B. Dietvorst en M.R. Visser, 2016, Netspar, par 3.2.

³⁴⁷ B. Starink, G.J.B. Dietvorst en M.R. Visser, 2016, Netspar, par 3.2.

³⁴⁸ Indien geen sprake is van een verplichtstelling zal in veel gevallen, om gedragseconomische redenen, te weinig premies worden afgetrokken en afgezonderd. Op dit aspect ben ik in paragraaf 5.3 al uitgebreid ingegaan.

³⁴⁹ Een maximum aan de fiscaal gefaciliteerde opbouw van een toekomstvoorziening is mijns inziens terecht. Een toekomstvoorziening dient een inkomensvoorziening te zijn. Bij opbouw van een toekomstvoorziening boven een bepaald niveau kan worden gesteld dat niet meer sprake is van een inkomensvoorziening, maar van vermogensvorming. Bij welk niveau vermogensopbouw optreedt, is een politiek vraagstuk. Zie G.J.B. Dietvorst et al., Werkgroep ANP, 2013, p. 121.

³⁵⁰ G.J.B. Dietvorst, Interpolis Pensioenlezing 2008, p. 6.

terugontvangen, ziet Kappelle geen reden om de aftrek zeer gedetailleerd te regelen ³⁵¹. Ondanks dat ik mij niet voor een natuurlijk maximum uitspreek, wijs ik de methode, gezien bovenstaande argumentatie, niet af.

De fiscaal maximale jaarpremie voor alle toekomstvoorzieningen gezamenlijk kan ook op individuele basis worden vastgesteld als percentage van de premiegrondslag ³⁵². Factoren zoals de fiscale richtleeftijd, de inbouw van een voor iedereen op gelijke wijze bepaalde AOW-franchise en de rekenrente vertalen zich in de premiehoogte. De Wet LB 1964 schrijft momenteel voor beschikbare premieregelingen een aantal uitgangspunten voor aan de hand waarvan de individuele maximale premie moet worden bepaald. De Minister van Financiën heeft vervolgens premiestaffels afgegeven die als fiscaal maximum dienen. Deze premies nemen toe met de leeftijd. Starking, Dietvorst en Visser zien een gelijkblijvende individuele maximale premie ook als een optie ³⁵³. Zij geven aan dat het voordeel van individuele maximale premies is dat sociale partners vrij zijn om de pensioenregeling vorm te geven, zolang de kostprijs op individuele basis niet boven het gestelde maximum uitkomt ³⁵⁴. Bovendien zorgt de gelijke fiscale behandeling in de tweede en de derde pijler ervoor dat de koppeling tussen de beide pijlers eenvoudiger wordt. Ook is dit systeem budgettair beheersbaar. Volgens het drietal moeten deelnemers, net als nu in de tweede pijler, de mogelijkheid behouden om niet-benutte fiscale ruimte in een later jaar alsnog onbeperkt in te halen.

Deze onbeperkte inhaalmogelijkheid wordt ook in het middelloonsysteem van de Commissie Kappelle via de benadering van een zuivere tekortenregeling ³⁵⁵ voorgesteld en kent volgens Kavelaars de nodige problemen. Een onbeperkte doorschuifmogelijkheid naar volgende jaren biedt ondernemers de gelegenheid om het geld in de onderneming te houden en op een bepaald moment een toekomstvoorziening aan te kopen, ook voor de jaren in het

³⁵¹ H.M. Kappelle, 2005, p. 25.

³⁵² De premiegrondslag van werknemers zal het pensioengevend loon zijn. Voor IB-ondernemers kan de grondslag gelden, zoals bepaald voor de zelfstandige ondernemers die verplicht onder een beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling vallen, zie artikel 3.18 lid 4 Wet IB 2001. Zoals reeds betoogt in paragraaf 2.4.3. heeft een actuelere grondslag volgens de t-1 methode mijn voorkeur.

³⁵³ De invoering van een gelijke, leeftijdsonafhankelijke premie kent problemen in de transitiefase. De individuele actuariële premie van belastingplichtigen met een leeftijd hoger dan 45 jaar is namelijk hoger dan de voor iedereen gelijke premie. 45-plussers gaan dan premie tekort komen. Deze transitieproblematiek kan worden ondervangen door een geleidelijke overgang van de huidige progressieve premies naar de uiteindelijk gelijkblijvende premies. Zie B. Starink, G.J.B. Dietvorst en M.R. Visser, 2016, Netspar, par 3.2.2.1.

³⁵⁴ B. Starink, G.J.B. Dietvorst en M.R. Visser, 2016, Netspar, par 3.2.2.1.

³⁵⁵ Bij een zuivere tekortenregeling bepaalt de wetgever het maximaal fiscaal te begeleiden ambitieniveau. Per jaar wordt bekeken welk niveau van een toekomstvoorziening bij het inkomen in het desbetreffende jaar past. Van dit niveau wordt het niveau van de reeds opgebouwde toekomstvoorzieningen afgetrokken en het (eventuele) verschil mag in de resterende jaren tot de pensioenrichtleeftijd fiscaal gefaciliteerd worden opgebouwd. Via deze methode kan ook een tekort in de eerste pijler worden ingehaald.

verleden waarin niets is opgebouwd, door de afstorting van alle niet gebruikte maximale jaarpremies aan een professionele uitvoerder³⁵⁶. Echter, Kavelaars geeft aan dat dan geen sprake meer is van een fiscaal voordeel van geleidelijke pensioenopbouw gedurende het leven, waardoor het weinig zinvol is om nog een afstorting te doen³⁵⁷. Hij geeft aan dat het dan zinvoller is om het kapitaal geheel zelf te sparen, aangezien bij zelf sparen het risico van kapitaalverlies door vooroverlijden niet wordt gelopen en men ook niet wordt geconfronteerd met kosten van de uitvoerder. Gezien de premieaftrek en de progressieve belastingtarieven in combinatie met het niet verschuldigd zijn van AOW-premie na de AOW-leeftijd, blijf ik wel een fiscaal voordeel zien. Het probleem van kapitaalverlies door vooroverlijden kan worden omzeild door een bancaire product overeen te komen. Het resterende bedrag bij overlijden komt dan toe aan de erfgenamen. Het mijns inziens grootste nadeel van een onbeperkte uitstelmogelijkheid is dat belastingplichtigen daadwerkelijk zullen gaan uitstellen. Dit komt de waarborging van een toekomstvoorziening niet ten goede. Een eventuele verplichtstelling om jaarlijks een minimum bedrag af te storten kan soelaas bieden. Het civiel-juridische kader en het fiscale kader kunnen op dit punt dus niet los worden gezien. Een ander nadeel wat Kavelaars aanstipt, betreft de uitvoerbaarheid³⁵⁸. Zo moet gedurende vele jaren, per belastingplichtige, de niet gebruikte ruimte worden geadmistreerd. Een goed functionerend pensioenregister kan mijns inziens een goede basis vormen om een onbeperkte doorschuifmogelijkheid administratief beheersbaar te houden.

Ondanks dat met een (beperkt) natuurlijk maximum de grootste vereenvoudigingswinst kan worden behaald, ben ik van mening dat in het toekomstige fiscale kader waar premiedenken de standaard wordt, op individueel niveau een fiscaal maximale jaarpremie moet worden vastgesteld, al dan niet leeftijdsafhankelijk. Zo blijft ook de compenserende werking van de derde pijler behouden. Het fiscale kader dient zowel te gelden voor premieovereenkomsten als voor uitkeringsovereenkomsten, waardoor bij uitkeringsovereenkomsten de toe te zeggen uitkering per jaar wisselt. Een belangrijk punt van aandacht betreft de overgang van het huidige naar het nieuwe pensioencontract³⁵⁹.

b. Uitkeringsfase

Een ANP vereist ook in de uitkeringsfase gelijke fiscale spelregels in de tweede en derde pijler. De huidige fiscale wetgeving is ingesteld op het principe dat indien een toekomstvoorziening fiscaal gefaciliteerd wordt opgebouwd, de garantie moet bestaan dat het gespaarde bedrag daadwerkelijk als toekomstvoorziening wordt aangewend. Dit brengt

³⁵⁶ Bijvoorbeeld op het moment dat liquiditeiten voorhanden zijn, zoals bij de verkoop van de onderneming of aandelen.

³⁵⁷ P. Kavelaars, TPV 2011/20, par. 4.

³⁵⁸ Idem.

³⁵⁹ B. Starink, G.J.B. Dietvorst en M.R. Visser, 2016, Netspar, par 3.2.3.

de nodige voorwaarden met zich en leidt tot gedetailleerde wet- en regelgeving. In de huidige maatschappelijke discussie wordt meermaals geopperd om belastingplichtigen zelf meer de regie te geven over de uitkering van hun toekomstvoorziening. Zo is de Commissie Kappelle bereid de afkoopmogelijkheid uit te breiden, op voorwaarde dat sprake is van een voorgeschreven bestedingsdoel³⁶⁰. Daarbij kan worden gedacht aan zorg- of woonkosten (aflossing hypotheek). De gedachtegang van een flexibelere uitkeringsfase voor de toekomstvoorzieningen onderschrijf ik. Mijns inziens moeten er, vanuit het toetsingscriterium 'verzorgingsdoelstelling', wel een tweetal voorwaarden gelden. Zo moet een minimumdeel van de toekomstvoorziening levenslang worden uitgekeerd en mag enkel het meerdere worden afgekocht³⁶¹. Ook mag gedeeltelijke afkoop niet plaatsvinden voordat de belastingplichtige de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt. Op deze manier behoudt de toekomstvoorziening het karakter van een voorziening voor levensonderhoud vanaf de pensioenleeftijd³⁶².

Een aparte kwestie betreft de rol van bancaire- en beleggingsinstellingen als uitvoerders in de tweede en derde pijler. Vanuit de 'verzorgingsgedachte' passen deze instellingen niet als uitvoerders in de uitkeringsfase. Strikt genomen is namelijk van een gewaarborgde toekomstvoorziening geen sprake als de uitkeringen niet levenslang zijn en het langlevensrisico kan alleen worden gedekt door levensverzekeraars en pensioenfondsen³⁶³. Bij een bancaire product wordt 'levenslang' vertaald naar een wettelijke minimale duur van ten minste twintig jaar gerekend vanaf de AOW-leeftijd. Aangezien op deze manier een levenslange uitkering zo goed mogelijk wordt benaderd, zie ik dit niet als een grote belemmering. Bijstelling aan de toenemende levensverwachting is mijns inziens wel noodzakelijk. De werkgroep Ondernemerspensioen heeft naar aanleiding van hun onderzoek aanbevolen om pensioensparen bij de bank mogelijk te maken³⁶⁴. Ook Staats geeft aan geen wezenlijke reden te zien waarom een bank niet ook in de tweede pijler als uitvoerder kan optreden³⁶⁵. Banken toelaten als aanbieders van tweede pijlerpensioenregelingen vergroot de mogelijkheden en verbetert de transparantie en wijs ik derhalve niet af.

³⁶⁰ H.M. Kappelle et al., 2011, h. 7.

³⁶¹ Om te voorkomen dat de maatschappij hinder ondervindt aan de afkoop, dient de levenslange uitkering op een dusdanig niveau te zijn dat geen recht ontstaat op inkomensafhankelijke voorzieningen, zoals de huur- of zorgtoeslag, zie G.M.C.M. Staats et al., Werkgroep Ondernemerspensioen, 2015, p. 63.

³⁶² P. Kavelaars, TPV 2011/20, par. 3.

³⁶³ Bancaire producten kennen geen verzekeringselementen, zie G.J.B. Dietvorst et al., Werkgroep ANP, 2013, p. 119.

³⁶⁴ G.M.C.M. Staats et al., Werkgroep Ondernemerspensioen, 2015, p. 67.

³⁶⁵ G.M.C.M. Staats, TFO 2017/148.1, par 5.4.

5.4.4 Toekomstvoorzieningen in de volle breedte

In deze scriptie ben ik vooral uitgegaan van een enge benadering. Zoals reeds aangestipt in het eerste hoofdstuk van deze scriptie, betreft een interessante ontwikkeling in het denken over toekomstvoorzieningen dat niet langer wordt gesproken over een driepijlersysteem, maar over een vijfpijlersysteem. Bij een toekomstvisie op het stelsel van toekomstvoorzieningen voor de ondernemer past daarom dat in de volle breedte wordt nagedacht over toekomstvoorzieningen. Zo stipt Kavelaars het betrekken van het vermogen in box 3 en de eigen woning in de toekomstvoorziening aan ³⁶⁶. Momenteel ontbreekt bij het sparen in box 3 een fiscale facilitering. Anderzijds is geen sprake van een beschermde pensioenbestemming, wat een grote vrijheid en flexibiliteit met zich brengt ³⁶⁷. Elling en Kroonenberg spreken zich uit voor een 'oudedagsvrijstelling' in box 3 ³⁶⁸. Ik betwijfel of daarmee de juiste weg wordt ingeslagen, aangezien zonder nadere voorwaarden in de derde pijler een te groot beroep wordt gedaan op de eigen verantwoordelijkheid van belastingplichtigen. In box 3 is namelijk niets geregeld om belastingplichtigen tegen hun beperkt rationele gedrag te beschermen. Het integreren van het vijfpijlersysteem in het nieuwe denken over toekomstvoorzieningen is voor de toekomst een goede ambitie, zeker nu voor de afschaffing van het pensioen in eigen beheer geen adequaat alternatief in de plaats is gesteld. De uitwerking moet echter wel goed worden doordacht.

5.5 Tussenconclusie

Op het stelsel van toekomstvoorzieningen voor de ondernemer dient een duidelijke toekomstvisie te komen, zowel met betrekking tot het civiel-juridische kader, als het fiscale kader. Een adequate toekomstvoorziening om na pensionering de levensstandaard te kunnen voortzetten voor alle werkenden, ongeacht arbeidsvorm vormt de richtinggevende hoofdlijn voor een toekomstbestendig stelsel van toekomstvoorzieningen. Een algemene, wettelijke pensioenplicht is daarbij de meest radicale vorm van paternalisme en vormt een fundamentele breuk met de principes die aan het huidige stelsel ten grondslag liggen. Een minder vergaande vorm betreft de uitbreiding van de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Vergelijkbare problematiek en afwegingen spelen bij arbeidsongeschiktheidsvoorzieningen voor ondernemers. Hoe de afweging tussen paternalisme en keuzevrijheid moet uitvallen is een politieke vraag en kan niet in algemene zin worden beantwoord. Ik sta niet afkeurend tegenover een algemene pensioenplicht en verplichte verzekeringen tegen arbeidsongeschiktheid voor alle werkenden.

³⁶⁶ P. Kavelaars, TPV 2011/20, par. 4.

³⁶⁷ A.H.H. Bollen-Vandenboorn et al., MBB nr. 6, 2014, par. 4.3

³⁶⁸ M.J.G. Elling en H. Kroonenberg, Vp-bulletin 2014/45, p. 17.

Onafhankelijk van de uitkomst van deze afweging, dient het fiscale kader voor alle vormen van toekomstvoorzieningen in zowel de opbouw- als de uitkeringsfase voor alle belastingplichtigen gelijk te zijn. In een ANP waarin wordt gestreefd naar het zoveel mogelijk voldoen aan de toetsingscriteria van het toetsingskader van deze scriptie, is geen ruimte voor de bijzondere regelingen van ondernemers. Er dient dus afscheid te worden genomen van zowel de oudedagsreserve als de stakingslijfrente en pensioenopbouw in eigen beheer dient niet geherintroduceerd te worden. Tevens gaat mijn voorkeur uit naar een nieuw fiscaal kader waarin op individueel niveau, al dan niet een leeftijdsafhankelijke, maximale, jaarpremie wordt vastgesteld. Ik vind dat de overgangsproblematiek die hierbij optreedt niet in de weg moet staan aan een verbetering van het stelsel van toekomstvoorzieningen op de lange termijn. Om gedragseconomische redenen zal het enkel fiscaal faciliteren van de opbouw van toekomstvoorzieningen niet tot de gewenste resultaten leiden. Het civiel-juridische en het fiscale kader zijn hierdoor niet geheel los van elkaar te zien.

6. Conclusie en aanbevelingen

6.1 Conclusie

In Nederland vindt de opbouw van een toekomstvoorziening traditioneel plaats door middel van een driepijlersysteem, waarbij de drie pijlers zich achtereenvolgens het best laten omschrijven als de wettelijke sociale zekerheidsregelingen, het werknemerspensioen en de vrijwillige privévoorzieningen. Het huidige stelsel van toekomstvoorzieningen kent voor verscheidene vormen van arbeid verschillende opbouw mogelijkheden en daarmee gepaard gaande regelgeving. De vraag die de aanleiding vormde voor het schrijven van deze scriptie is of de opbouw mogelijkheden voor toekomstvoorzieningen voor werknemers en verschillende categorieën ondernemers gelijk moeten zijn. Derhalve stond de volgende probleemstelling in deze scriptie centraal:

Is één civiel-juridisch en fiscaal pensioen kader voor alle werkenden (beroeps- en bedrijfsgenoten, IB-ondernemers en werknemers, waaronder de dga) wenselijk en zo ja, hoe dient dit kader te worden vormgegeven?

Om de wenselijkheid van een ANP te kunnen beoordelen, heb ik eerst het huidige civiel-juridische en fiscale kader van toekomstvoorzieningen voor de verschillende categorieën ondernemers onderzocht en beoordeeld vanuit de criteria van het toetsingskader. Hierbij is tevens de achtergrond en totstandkoming van het huidige stelsel inzichtelijk gemaakt. Uit mijn analyse kan het volgende overzicht worden opgemaakt. De symbolen hebben de volgende betekenissen: ✓ staat voor 'voldoet', ✗ staat voor 'voldoet niet' en — staat voor 'niet van toepassing'.

	Verzorgingsdoelstelling	Uitvoerbaar overheid	Toegankelijk belastingplichtigen	Internationale / Europese regelgeving
Beroeps- en bedrijfstakpensioen	✓	✓	✗	✓
Vrijwillige voortzetting	✓	✓	✗	—
Lijfrenteregime	✓	✓	✓	✓
Oudedagsreserve	✗	✗	✗	✓
Stakingslijfrente	✗	✓	✓	✗
Pensioen in eigen beheer *	✗	✗	✗	✓

* Voormalige wet- en regelgeving.

De oudedagsreserve, de stakingslijfrente en het pensioen in eigen beheer voldoen niet aan het toetsingscriterium 'verzorgingsdoelstelling'. Deze regelingen kennen een tweeledig doel. Namelijk een toekomstvoorziening opbouwen én voldoen aan de financieringsbehoefte van de onderneming. Deze doelstellingen zijn mijns inziens tegenstrijdig. An sich ben ik geen

tegenstander van fiscale steunmaatregelen die ondernemers tegemoet komen in hun financieringsbehoefte. Echter, ik ben van mening dat deze maatregelen moeten bestaan uit afzonderlijke, voor dat doel in het leven geroepen faciliteiten in plaats van uit faciliteiten voor de opbouw van een toekomstvoorziening. Gedacht kan worden aan een belastingreductie, zoals de zelfstandigenaftrek of MKB-winstvrijstelling.

Eén civiel-juridisch en fiscaal pensioenkader voor alle werkenden, ongeacht de arbeidsverhouding, blijkt gewenst vanuit de niet te rechtvaardigen verschillen. De verschillen zijn, gezien de huidige tijdgeest die zich kenmerkt door een veranderende en flexibeler wordende arbeidsmarkt, bovendien niet wenselijk. Tevens kan een ANP op termijn voor een vereenvoudigingswinst zorgen. Een eventueel nieuw kader dient zo goed mogelijk te voldoen aan de criteria van het toetsingskader.

Het toetsingscriterium 'verzorgingsdoelstelling' maakt dat in een toekomstbestendig ANP geen ruimte is voor de oudedagsreserve, de stakingslijfrente en pensioenopbouw in eigen beheer. Een gelijke fiscale behandeling in de opbouwfase kan worden bereikt door jaarlijks een individuele, maximale jaarpremie vast te stellen die geldt voor de opbouw van alle vormen van toekomstvoorzieningen. Deze jaarpremie kan al dan niet leeftijdsafhankelijk worden vastgesteld. Met betrekking tot de uitkeringsfase ben ik tot een tweetal wijzigingsvoorstellen gekomen. Allereerst moet de uitkering van toekomstvoorzieningen, onder voorwaarden, flexibeler worden. Daarnaast raad ik aan om bancaire instellingen net als in de derde pijler, in de tweede pijler toe te laten als uitvoerders. De invoering van een algemene, wettelijke pensioenplicht en verplichte arbeidsongeschiktheids-voorzieningen voor ondernemers zijn politieke keuzes. Ik keur deze beleidsopties niet af, ondanks de fundamentele breuk met het principe van keuzevrijheid voor ondernemers.

6.2 Aanbevelingen

Met mijn onderzoek in deze scriptie hoop ik een bijdrage te hebben geleverd aan de onderzoeken naar een beter en eenvoudiger civiel-juridisch en fiscaal kader voor toekomstvoorzieningen en het actuele maatschappelijke debat over toekomstvoorzieningen voor de ondernemer. Beleidsmakers moeten worden aangemoedigd om een toekomstbestendige weg in te slaan. Naar aanleiding van mijn onderzoeksresultaten wil ik een aantal aanbevelingen tot nader onderzoek doen.

Allereerst wil ik de aanbeveling doen om onderzoek te doen naar de problematiek betreffende de toekomstvoorziening van de ondernemer in andere landen. Aangezien het niet aannemelijk is dat sprake is van geïsoleerde Nederlandse problematiek, ligt het in de lijn der verwachting dat van andere landen kan worden geleerd en dat hun aanpak inspirerend kan werken voor het Nederlandse stelsel.

Daarnaast heb ik in deze scriptie gepleit voor het afschaffen van de oudedagsreserve en de stakingslijfrente en het niet herintroduceren van pensioenopbouw in eigen beheer. Ik heb daarbij reeds in paragraaf 5.4.2. aangegeven dat dit standpunt niet los gezien kan worden van nader onderzoek naar een verbetering van de externe verzekeringsmarkt, zodat iedere belastingplichtige daadwerkelijk de mogelijkheid heeft om tot externe verzekering over te gaan. Nader onderzoek op dit gebied beveel ik dan ook van harte aan.

Bij een toekomstvisie op het stelsel van toekomstvoorzieningen voor de ondernemer past een ruime benadering. Integratie van de vierde en vijfde pijler in het denken over toekomstvoorzieningen vormt daarom een goede toekomstambitie. De uitwerking van deze integratie moet nader worden onderzocht om op dit punt een goede weg in te slaan.

Indien wordt overwogen om over te gaan tot de invoering van een algemene pensioenplicht met opting-out mogelijkheid, raad ik aan om de verenigbaarheid met het Europese mededingingsrecht nader te onderzoeken. Hier bestaan mogelijk fricties.

Tot slot dient bij de overgang naar een nieuw civiel-juridisch of fiscaal kader bijzondere aandacht te zijn voor de overgangsproblematiek. Deze problematiek heeft meer aandacht nodig dan dat ik in deze scriptie heb kunnen geven.

Literatuurlijst

Naslagwerken

- Bollen-Vandenboorn A.H.H., Bessems L.G.L., Broers B.T., van Bijnen H.P.M., Dietvorst J.B., Hansen N., Schonewille P.H., Starink B., Weerepas J.G.A.M. en Winter N.M. (2015). *Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*. Den Haag: SDU Juridisch.
- Dietvorst, G.J.B. (1995) *Fiscale oudedagsreserve: integreren met zelfstandigenaftrek of stroomlijnen?* Deventer: Kluwer.
- Dietvorst, G.J.B. (2003). *Lijfrenten*. Deventer: Kluwer.
- Heithuis, E.J.W., Kavelaars, P. & Schuver, B.F. (2013). *Inkomstenbelasting. Inclusief hoofdzaken loonbelasting en premieheffing*. Deventer: Kluwer.
- Hoogeveen, M.J. (2011). *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*. Den Haag: SDU.
- Lubbers A.O. & Meussen G.T.K. (2012). *Hoofdzaken winst uit onderneming*. Deventer: Kluwer.
- Lutjens, E. (2016). *Asser 7-XI Pensioen*. Asser-serie.
- Nationaal Kompas Volksgezondheid (2014). *Wat is in Nederland de levensverwachting?* Versie 4.17, 23 juni 2014. Bilthoven: Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu.
- Poelmann, E. (2009). *Enige fiscale aspecten van de oudedagsreserve*. Dissertatie UVA, Hilversum.
- Pötgens, F.P.G. (2017). *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*. Deventer: Kluwer.
- Schuurman B.G.J. & Stevens L.G.M. (2015). *Pensioen in de loonsfeer*. Deventer: Kluwer.
- Stevens, L.G.M. (2013). *Elementair Belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*. Deventer: Kluwer.
- Stoeldraijer L., Duin van C., Janssen F. (2012). *Bevolkingsprognose 2012–2060: Model en veronderstellingen betreffend de sterfte*. Den Haag, Heerlen: CBS, 2012.
- Visser, M. R. (2008). *Verslag van de 7e Interpolis Pensioenlezing*. In Verslag van de 7e Interpolis Pensioenlezing. (p. 1-17). Unknown Publisher.

Websites

- www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/pensioen/inhoud/opbouw-pensioenstelsel
- www.dnb.nl/toezichtprofessioneel/de-consument-en-toezicht/registers/PWPNF/?&page=1&filter_value=Beroepspensioenfonds&filter_type=categorie#overzicht
- www.belastingdienst.nl/rekenhulpen/lijfrentepremie/
- www.belastingdienstpensioensite.nl.
- Kavelaars, P. *Predicaat 'niet uitvoerbaar' voor Belastingdienst: Slaat de balans door?* www.taxlive.nl, publicatiedatum: 12 november 2015.

Officiële publicaties

- van As D., Boumans M., van Dijk, F., van Loon, M. (2013). *Pensioenvoorzieningen zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) in de tweede pijler*. Den Haag, 14 maart 2013.
- Besluit van 7 april 2003, nr. DGB2002/2707M
- *Besluit van 16 maart 2007 Inkomstenbelasting, loonheffingen, pensioen; niet-ingehouden pensioenbijdragen*. Nr. CPP 2007/482M.
- *Besluit van 22 december 2011 tot wijziging van enige fiscale uitvoeringsbesluiten*. Staatsblad 2011, nr. 677.
- *Besluit van 6 november 2015 Loonheffingen. Pensioenen; opbouw, eigen beheer, vervroegen en uitstellen van de pensioendatum, aanwijzingen en overgangsrecht*. Staatscourant 2015, nr. 40404.
- Commissie inkomstenbelasting en toeslagen (2013). *Naar een activerender belastingstelsel*, Den Haag, 17 juni 2013.
- Centraal Bureau voor de Statistiek, *Spaarrekeningen; spaarvormen stand per 31 december 2008-2012*. Den Haag/Heerlen, 13 maart 2014.
- Centraal Plan Bureau, *Zelfstandigen en arbeidsongeschiktheid*. CPB Policy Brief 2016/11.
- De Nederlandsche Bank (2015). *Position paper DNB ten behoeve van de nationale pensioendialoog*, Amsterdam: DNB.
- Dietvorst G.J.B. & Visser M.R. (2009). *Pensioen ZZP'er is niet zo bijzonder! Een inventarisatie van het fiscale en juridische pensioenkader voor zelfstandigen zonder personeel*. Brochures toekomstvoorzieningen. Universiteit van Tilburg / CompetenceCentre for Pension Research 2009.
- Europese Commissie (2012). *Witboek Een agenda voor adequate, veilige en duurzame pensioenen*, COM(2012)55 final.

- Hoogeveen, M.J. (2011). *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*. Tilburg University.
- Kappelle, H.M. (2005). *Sturen of volgen? Fiscaal instrumentalisme bij pensioenen en lijfrenten*. Vrije Universiteit Amsterdam.
- Kappelle, H. M., Dietvorst, G. J. B., De Lange, P. M. C., Greef, R. M. J. M., Hendriks, M. J. M., & Schouten, E. A. P. (2011). *Fiscale behandeling van oudedagsvoorzieningen, het kan beter, eerlijker, efficiënter en eenvoudiger. (Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap; No. 242)*. Deventer: Kluwer.
- van der Lecq, F. & Oerlemans, A. (2009). *Zelfstandigen zonder pensioen*. Paper Netspar 24, Tilburg.
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, brief van 7 september 2007, kenmerk AV/PB/2007/29843.
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (in samenwerking met het Ministerie van Financiën en het Ministerie van Economische Zaken). *Pensioen van zelfstandigen. Onderzoek naar de oorzaken van beperkte pensioenopbouw van zelfstandigen en mogelijke oplossingsrichtingen hiervoor*. Januari 2013.
- Ministeriële regeling SZW van 19 december 1997, V-N 1998/13.20.
- Nota naar aanleiding van het nader verslag, Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3
- *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*, 11 februari 2011, Ministerie van Financiën.
- van der Poel, J.C.M. (2013). *De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen*. Publicaties Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam, nummer 2013-1.
- PWC (2016). *Pensioen in eigen beheer vereist actie*. September 2016.
- *Regeling voorwaarden pensioentoezegging aan direct- en indirect- grootaandeelhouders*, Stcrt. 2000, 242, SV/VP/00/81973.
- *Regeling aanwijzing directeur-grootaandeelhouder 2016*, Staatscourant nr. 19073 jaargang 2015.
- Sociaal-Economische Raad (1968). *Advies inzake het ontwerp van wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenfonds*. 's-Gravenhage, d.d. 18 oktober 1986, nr. 10.
- Sociaal-Economische Raad (2001). *Advies over de nieuwe pensioenwet*, Publicatienummer 6, 18 mei 2001, p. 79.

- Sociaal-Economische Raad (2010). *Zzp'ers in beeld. Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel*. 's-Gravenhage, d.d. 15 oktober 2010, nr. 4.
- Starink, B., Dietvorst, G.J. B., Visser, M.R. (2016). *De Fiscaliteit en Pensioen. Naar een Nieuw Fiscaal Pensioenkader?* Netspar Industry Series, februari 2016.
- Stichting Beroepspensioenfonds Loodsen (2015), *Wijziging Pensioenstatuten 2004 en 1988*. Brief van 15 januari 2015 met kenmerk NLC/MT/4596 aan het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
- Stichting ZZP Nederland, *stand van zaken*, december 2014, zie <https://www.zzp-nederland.nl/>
- Werkgroep Arbeidsvormneutraal pensioenkader: G.J.B. Dietvorst e.a. (2013). *Arbeidsvormneutraal pensioenkader: een logische vervolgstap*. Brochures Toekomstvoorzieningen Tilburg University. Tilburg, juli 2013.
- Werkgroep Ondernemerspensioen: Staats, G.M.C.M. e.a. (2015). *De toekomst van het pensioen van de ondernemer*. Tilburg, november 2015.
- *Wet van 12 december 1991, tot wijziging van het fiscale regime voor onderhoudsvoorzieningen en spaarvormen alsmede van het fiscale regime voor verzekeraars en directiepensioenlichamen (Brede Herwaardering-I)*. Staatsblad 1991, nr. 697.
- *Wet van 23 december 2009 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Overige fiscale maatregelen 2010)*, Staatsblad 2009, nr. 610.

Parlementaire geschiedenis

- Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 3.
- Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5.
- Kamerstukken I 1948/49, 785, vel 79.
- Handelingen I 1948/49, 785, vel 81.
- Kamerstukken II 1969/70, 10 216, nr. 3.
- Kamerstukken II 1969/70, 10 216, nr. 5.
- Kamerstukken II 1970/71, 11 259, nr. 2.
- Kamerstukken II 1978/79, 15539, nr. 6.
- Kamerstukken II 1988/89, 21 198, nr. 3.
- Kamerstukken II, 1998/99, 26 727, nr. 3.

- Kamerstukken II 1990/91, 21 189, nr. 10.
- Kamerstukken II 1991/92, 21 198, nr. 3.
- Kamerstukken II 1992/93, 23 046.
- Kamerstukken II 1993/94, 23 046, nr. 6.
- Kamerstukken II 1999/00, 27 073, nr. 3.
- Kamerstukken II 2000/01, 27 073, nr. 3.
- Kamerstukken II 2003/04, 29 481, nr. 3.
- Kamerstukken II 2003/04, 29 760, nr. 3.
- Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3.
- Kamerstukken II 2005/06, 30 432, nr. 3.
- Kamerstukken II 2006/07, 30 413, nr. 75
- Kamerstukken I 2006/07, 30 413, nr. C.
- Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3.
- Kamerstukken II 2012/13, 31 311, nr. 97.
- Kamerstukken II 2012/13, 33 403, nr. 3.
- Handelingen I 2012/13, nr. 18.
- Kamerstukken II 2013/14, 33 752, nr. 75.
- Kamerstukken II 2013/14, 33 752, nr. 94.
- Kamerstukken II 2014/15, 34 002, nr. 104.
- Kamerstukken II 2015/16, 34 302, nr. 108.
- Kamerstukken II 2015/16, 34 302, nr. 122.
- Kamerstukken II 2016/2017, 34 552, nr. 38.
- Kamerstukken I 2016/17, 34 552, nr. E.
- Kamerstukken I 2016/17, 34 552, nr. G.
- Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 2.
- Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 5.
- Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 6.
- Kamerstukken II 2017/18, 34 662.

- Kamerstukken I 2016/17, 34 662, nr. B.

Vakliteratuur

- Bakker, D.W. (2015). *Hoofdstuk 11, De directeur-groootaandeelhouder*. Pensioengids 2015, Deventer: Kluwer, p. 339 – 353.
- Bollen-Vandenboorn, A.H.H., Boumans, M.E.C., van Ginkel, G., Janssen, E.H.M. (2014). *Drieluik 'De fiscale behandeling van pensioensparen' – Deel III: Zelfstandig (pensioen)sparen als alternatief*. Maandblad Belasting Beschouwingen nummer 6, juni 2014.
- Bonenkamp, J., Meijdam, L., Ponds, E. & Westerhout, E. (2011). *Het pensioenfonds van de toekomst: risicodeling en keuzevrijheid*, Netspar nea Paper nr, 44, Tilburg.
- Dieleman, B. (2012). *Fiscale versus vennootschappelijke waardering van pensioenverplichtingen. Valuation of pension obligation; tax law versus accounting standards*. Proefschrift Erasmus Universiteit Rotterdam.
- Dieleman, B. (2013). *Herziening fiscaal kader beroepspensioenen*. Weekblad voor Fiscaal Recht 2013, nr. 680.
- Dietvorst, G.J.B. (2009). *Pensioen in eigen beheer en oudedagsreserve niet meer van deze tijd?* PensioenMagazine 2009/05.
- Dietvorst, G.J.B. (2010). *Van drie naar vijf pensioenpijlers*. Vermogende Particulieren bulletin 2010-12.
- van den Dool, R.P. en Heithuis, E.J.W. (2009). *De fiscale positie van de dga*. Deventer: Kluwer.
- van den Dool, R.P. en van der Weerd-van Joolingen, H.F. (2016). *Uitfaseren pensioen in eigen beheer, schenkings- en verdragsaspecten*. Weekblad voor Fiscaal Recht 2016, nr. 249.
- Elling, M.J.G. & Kroonenberg, H. (2014). *De IB-ondernemer en zijn oudedagsvoorziening*. Vp-bulletin 2014/45, p. 12-17.
- Gielink, J.A. (2013). *Fiscale kaders voor IB-ondernemers in bedrijfstak- of beroepspensioenregeling*. Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 2013/44, nr. 5.
- van Ginkel, G. & Boumans, M.E.C. (2012). *De 10-jaars vrijwillige voortzetting voor zelfstandigen nu ook fiscaal gefacilieerd*. Pensioen Magazine 2012/03.
- Goudswaard, K. & Caminada, K. (2017). *Pensioen voor zelfstandigen*. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Den Haag.

- Hoppers, F. (2015). *Witteveenkader en zelfstandigen beroeps- en bedrijfstakregelingen*. Praktijkblad Salarisadministratie nummer 4, 27 februari 2015.
- Janse, M.C.D. & Starink, B. (2011). *Wijziging fiscaal kader beroepspensioenregelingen per 2015: heiligt het doel de middelen?* Pensioen Magazine 2011/05.
- Jansen, J.J.M. (2005). *Actualiteiten op het gebied van de stakingsproblematiek*. Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemersrecht 2005/159.
- Jansens van Gellicum, J.A. & Ostermann, T.H. *Fiscale (on)mogelijkheden van pensioen over de grens*. Pensioen Magazine 2007/5.
- Kappelle, H.M. (2006). *Is het Nederlandse pensioenstelsel (inmiddels) Europa-proof?*, Weekblad voor Fiscaal Recht 2006/350.
- Kavelaars, P. (1999). *Beroepspensioenregelingen en fiscale facilitatie*. Weekblad voor Fiscaal Recht 1999, nr. 444.
- Kavelaars, P. (2007). *EU en directe belastingen*. Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemersrecht 2007/1.
- Kavelaars, P. (2009). *De dga in de loonbelasting-, de sociale verzekerings-, de pensioen- en de internationale sfeer*. Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht 2009 nr. 65, p. 65-70.
- Kavelaars, P. (2011). *Fiscale behandeling van oudedagsvoorzieningen*. Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 2011, nr. 20.
- Kavelaars, P. (2016). *Kavelaars' Column Eigen beheer in spagaat?* Pensioen nummer 2 juli 2016.
- Lutjens, E., Boumans, M.E.C., van der Poel, M.J.C.M., Schouten, E.A.P. Tomeij, M.C.W. & Witte, I.R.W. (2015). *Pensioen in de toekomst. Reactie op SER-advies: nog niet klaar voor de toekomst*. Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken nr. 10.
- Nijman, T.E. & Oerlemans, A.G. (2008). *Maatwerk in Nederlandse pensioenproducten*. Paper Netspar 8.
- Snel-van Hoorn, B. (2011). *Uitbreiding fiscale facilitering vrijwillige voortzetting pensioenopbouw*. PensioenAlert 5 december 2011, nr. 10.
- Spanjers, M.P.A. (2016). *Hete aardappel pensioen in eigen beer*. Weekblad Fiscaal Recht, Parlementair 2016, nr. 7.
- Staats, G.M.C.M. (2011). *Wat moet er gebeuren met het pensioen in eigen beheer?* Weekblad Fiscaal Recht 2011, nr. 287.

- Staats, G.M.C.M. (2017). *Het einde van het dga-pensioen*. Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemersrecht 2017, nr. 148.1.
- Thaler, R.H. & Sunstein, C.R. (2008). *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven: Yale University Press.
- Visser, M. R. & Bollen, A.H.H. (2012). *Kies voor arbeidsvormneutraliteit in nieuw fiscaal pensioenkader*. PM: Pensioenmagazine, 30(5), p. 6-11.
- Wolvers, S. (2008). *Van harmonisatie naar coördinatie; Communautaire soft law of het gebied van de directe belastingen*. Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht 2008/3.

Presentaties/seminars

- Dietvorst, G.J.B. (2008). *Kan de derde pijler beter?* Universiteit van Tilburg. Interpolis Pensioenlezing d.d. 12 december 2008.
- van der Poel, J.C.M. (2013). *De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen. Getoetst aan het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging*. Vrije Universiteit Amsterdam. Publieke presentatie onderzoeksresultaten d.d. 17 mei 2013.
- Visser, M. (2014). *De pensioenschijf van vijf: er is méér dan pensioen*. Maastricht University. Pensioenseminar 27 januari 2014.

Rechtspraakoverzicht

- CRvB 4 oktober 1985, RSV 1986/21.
- Hof Arnhem 22 maart 2002, nr. 99/3531.
- HR 8 december 1943, nr. B. 7745.
- HR 28 juni 1967, nr. 15 744, BNB 1967/220.
- HR 8 juli 1998, nr. 33 258, BNB 1998/280.
- HR 9 februari 2007, LJN AZ6258.
- HR 26 november 2010, nr. 09/04697, BNB 2011/81.
- HVJ 11 augustus 1995, C-80/94 (Wielockx arrest).
- HvJ 27 juni 1996, C-107/94 (Asscher arrest).
- HVJ 28 april 1998, C-118/96 (Safir arrest).
- HVJ 11 maart 2004, C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant).
- HvJ 21 september 1999, C-67/96 (Albany arrest).
- HvJ 21 september 1999, C-115/97 – 117/9 (Brentjens arrest).
- HvJ 21 september 1999, C-219/97 (Drijvende Blokken arrest).
- HvJ 12 september 2000, C-180/98 – 184/98 (Pavlov arrest).
- HvJ 18 maart 2010, C-440/08 (Gielen arrest).