

# Analyse gebrekkige pensioenopbouw dga's en zzp'ers

TPV 2019/2

## 1. Inleiding

Sinds 1 juli 2017 zitten de directeur-grotaandeelhouder (hierna dga) en de zzp'er in hetzelfde (pensioen)schuitje. Sindsdien is het voor beide groepen nauwelijks mogelijk om pensioen op te bouwen en zijn zij aangewezen op sobere derdepijlerproducten. Dit terwijl het merendeel van de werknemers in Nederland dat niet in loondienst is, tot een van deze twee groepen behoort. Bij de dga wordt de gebrekkige pensioenopbouw veroorzaakt door de inwerkingtreding van nieuwe wetgeving, zijnde de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen (hierna de Wet PEB). Bij de zzp'er wordt dit mede veroorzaakt door het uitblijven van nieuwe wetgeving, met als recente ontwikkeling de stukgelopen onderhandelingen over de herziening van het pensioenstelsel.

In deze bijdrage analyseer ik de fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw door dga's en de fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw door zzp'ers. De opbouw van deze bijdrage is als volgt. In par. 2 analyseer ik de laatste stand van zaken omtrent de Wet PEB. In par. 3 behandel ik (het gebrek aan) de mogelijkheden voor pensioenopbouw door zzp'ers. In par. 4 doe ik aanbevelingen voor het verbeteren van pensioenopbouw door dga's en zzp'ers. Par. 5 bevat de samenvatting en conclusies van deze bijdrage. In deze bijdrage ga ik niet in op het pensioen van beroepsgenoten alsmede niet fiscaal gefaciliteerde mogelijkheden tot pensioenopbouw van dga's en zzp'ers, tenzij anders vermeld.

## 2. Stand van zaken pensioen dga

### 2.1. Algemeen

In tegenstelling tot het pensioen van werknemers, mag het pensioen dat aan de dga is toegezegd, in eigen beheer worden uitgevoerd. Een pensioen in eigen beheer wordt in nagenoeg alle gevallen door de werkmaatschappij of door een holdingvennootschap uitgevoerd. Voor inwerkingtreding van de Wet PEB waren er ruim 140.000 vennootschappen met een pensioen in eigen beheer.

De problemen omtrent het pensioen in eigen beheer kunnen in drie soorten worden opgesplitst: complexiteit, verschillen tussen de fiscale en commerciële waardering en het niet kunnen nakomen van de pensioenverplichtingen. Voor een nadere toelichting op deze problemen, verwijst ik naar mijn eerdere bijdrage in dit tijdschrift.<sup>2</sup>

### 2.2. Fiscaal gunstige afkoopregeling

Het vorige kabinet heeft door middel van de Wet PEB een regeling in het leven geroepen die dga's moet stimuleren om het pensioen in eigen beheer af te kopen. Alleen al in 2017 hebben bijna 43.000 dga's van deze afkoopregeling

gebruikgemaakt.<sup>3</sup> Bij de afkoopregeling wordt het pensioen eerst afgewaardeerd tot de fiscale waarde. Ten tweede wordt bij afkoop loonheffing geheven over een deel van de fiscale waarde van het pensioen, waarbij de revisierente van 20% achterwege blijft. Hierna bespreek ik de belangrijkste aspecten van beide stappen.<sup>4</sup>

De eerste stap van de afkoopregeling, het afwaarderen oftewel afstempelen van het pensioen van de commerciële waarde naar de fiscale waarde, geschiedt volgens de Wet PEB zonder loonheffing, revisierente en vennootschapsbelasting. Daarbij wordt conform art. 38n Wet LB 1964 in beginsel aangesloten bij de balanswaarden op het moment van afstempelen. Echter, om tegen te gaan dat dga's in 2016 of 2017 alsnog forse dotaties aan het pensioen in eigen beheer zouden doen om een fiscaal voordeel te behalen, is in art. 38q Wet LB 1964 een anti-misbruikbepaling opgenomen. Overigens kan afstempelen wel tot schenkbelasting leiden indien en voor zover de aandelen van de vennootschap die het pensioen uitvoert, niet in handen zijn van de dga.<sup>5</sup>

De tweede stap van de afkoopregeling betreft het afkopen van de fiscale waarde van het pensioen. In de Wet PEB is geregeld dat bij die afkoop in 2017 loonheffing werd geheven over 65,5% van de fiscale waarde van het pensioen. Dit percentage, opgenomen in art. 38o Wet LB 1964, bedroeg 75% in 2018 en bedraagt 80,5% in 2019. Art. 38n Wet LB 1964 schrijft voor dat bovengenoemde kortingspercentages bij nog niet ingegane pensioenen worden berekend over de fiscale waarde van het pensioen per 31 december 2015. Bij reeds ingegane pensioenen bedraagt de fiscale waarde van het pensioen het laatste van de waarde per 31 december 2015 en de waarde op het moment van afkoop. Met het bovenstaande is ook gelijk gezegd dat de afkoopregeling een looptijd van circa drie jaar heeft.

Het deel van het aan de dga toegezegde pensioen dat bij een verzekeraar is ondergebracht, kan in principe niet met behulp van de afkoopregeling worden afgekocht. De Belastingdienst heeft in een handreiking aangegeven hoe om te gaan met de situatie dat het deel van het pensioen van de dga in eigen beheer wordt uitgevoerd en een deel van het pensioen van de dga bij een verzekeraar is ondergebracht.<sup>6</sup>

Belangrijk voordeel van de afkoopregeling is de beperking van de administratieve lasten, waarbij onder andere aan kosten van de actuaire, accountant en belastingadviseur moet worden gedacht. Een ander voordeel van de afkoopregeling is dat de dga, door een afkoop, de vrije beschikking kan krijgen over de liquide middelen die voorheen voor het pensioen in eigen beheer moesten worden gereserveerd. Dit brengt echter ook het risico met

1 Dr. B. Dieleman is als belasting- en pensioenadviseur verbonden aan Loyens & Loeff N.V.

2 B. Dieleman, 'Definitief einde pensioen in eigen beheer', *TPV* 2017/10.

3 *Kamerstukken II* 2017/18, Beantwoording Kamervragen door de Staatssecretaris van Financiën, d.d. 14 mei 2018.

4 Zie [www.belastingdienstpensioensite.nl](http://www.belastingdienstpensioensite.nl) voor een overzicht van het gepubliceerde beleid omtrent de Wet PEB.

5 *Kamerstukken II* 2015/16, 34555, 3, MvT, par. 3.6.5.

6 Belastingdienst, 'Handreiking fiscale behandeling elders verzekerd pensioen', d.d. 7 juli 2017.

zich dat de dga bovengenoemde middelen voor consumptieve doeleinden aanwendt en er daardoor geen gelden meer beschikbaar zijn voor een gedegen oudedagsvoorziening.

Een probleem van de afkoopregeling is de positie van de (ex-)partner. Op grond van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding kan de aanspraak op partnerpensioen van de (ex-)partner van een dga namelijk niet zonder instemming van die (ex-)partner worden verminderd. Op grond van bovengenoemde wet geldt voorts dat de ex-partner in principe recht heeft op de helft van het tijdens het geregistreerd partnerschap of huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen. Tevens heeft de ex-partner na het onverhoopt overlijden van de dga recht op een zogenoemd bijzonder nabestaandenpensioen. Bovengenoemde wettelijke bepalingen zijn niet van toepassing indien de partners dit in de huwelijkse of partnerschapsvoorwaarden hebben uitgesloten.

In aanvulling op het bovenstaande voorziet de Wet PEB in een instemmingsrecht van de (ex-)partner bij de keuze voor de afkoopregeling. Dit instemmingsrecht geldt voor alle (ex-)partners, mits de (ex-)partner recht heeft op een deel van het opgebouwde pensioen van de dga.<sup>7</sup> Hiervoor moet er tijdens het partnerschap een pensioen in eigen beheer door de dga zijn opgebouwd en moet de (ex-)partner hier nog steeds recht op hebben.

Als de partner akkoord gaat met de keuze van de dga voor afkoop, zal dit logischerwijs schriftelijk worden vastgelegd. Van belang is dat in beginsel eenzelfde keuze moet worden gemaakt voor het deel van het pensioen dat aan de dga toekomt en het deel dat aan de (ex-)partner toekomt. Als de (ex-)partner niet akkoord gaat met afkoop, rest de dga weinig anders dan het pensioen te laten voortbestaan oftewel niets te doen. In dat geval wordt geen pensioen meer opgebouwd. De wetgever heeft erkend dat er, ondanks diverse argumenten waarom de (ex-)partner akkoord zou kunnen gaan met afkoop, gevallen zullen resteren waarbij de (ex-)partner niet instemt.<sup>8</sup>

Tenzij de dga en zijn partner in gemeenschap van goederen gehuwd zijn of er sprake is van huwelijkse of partnerschapsvoorwaarden met een finaal verrekenbeding, zal de (ex-)partner veelal willen worden gecompenseerd om hem of haar tot bovengenoemde instemming te bewegen. De (ex-)partner geeft bij afkoop immers een voorwaardelijk recht op ouderdomspensioen en partnerpensioen op. Er is (slechts) sprake van een voorwaardelijk recht omdat er in het geval van ouderdomspensioen sprake moet zijn van een scheiding en in het geval van partnerpensioen sprake moet zijn van overlijden van de dga. Aanvankelijk was er veel onduidelijkheid over de wijze van compensatie van de (ex-)partner, maar deze onduidelijkheid is gedurende de laatste maanden van 2017 grotendeels weggenomen. Zo is duidelijk geworden dat bij de hoogte van de compensatie rekening mag worden gehouden met het feit dat een eigenbeheervenootschap in onderdekking verkeert.<sup>9</sup> Voorts is duidelijk geworden dat een compensatie in de vorm van een betaling aan de partner op het

moment van afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting, niet nodig is. In het geval van te veel of te weinig compensatie van de (ex-)partner kan er volgens de wetgever voorts sprake zijn van een belaste schenking.

Indien voor afkoop wordt gekozen, dient de dga de Belastingdienst te verwittigen. De Belastingdienst heeft hiervoor een informatieformulier ontwikkeld. Dit formulier dient uiterlijk één jaar na het besluit van de dga (en de venootschap) tot afkoop bij de Belastingdienst te worden ingediend, waarbij ten tijde van het indienen van het formulier aan alle in het formulier opgenomen informatieverplichtingen dient te zijn voldaan.<sup>10</sup> Het formulier dient door zowel de dga als door de (ex-)partner die recht heeft op een deel van het pensioen, te worden ondertekend.

De in het buitenland wonende dga die gebruik wil maken van de afkoopregeling, dient zich er van bewust te zijn dat de woonstaat mogelijk ook over de afkoop van het pensioen wil heffen. Hierdoor kan het voorkomen dat gebruikmaken van de afkoopregeling per saldo weinig tot geen fiscaal voordeel oplevert.<sup>11</sup> Voor de in België wonende dga zijn de fiscale gevolgen redelijk uitgekristalliseerd, zij het dat ook in dit geval het fiscale voordeel van de afkoopregeling beperkt is.<sup>12</sup>

### 2.3. Oudedagsverplichting

Als alternatief voor de afkoopregeling kan de dga opteren voor omzetting van het pensioen in eigen beheer in een zogenoemde oudedagsverplichting. Alleen al in 2017 hebben ruim 27.000 dga's hiervoor geopteerd.<sup>13</sup> Evenals de afkoopregeling bestaat de oudedagsverplichting uit twee stappen. Ten eerste wordt het pensioen in eigen beheer afgestempeld tot de fiscale waarde en vervolgens uiterlijk per 31 december 2019 omgezet in een oudedagsverplichting. Daarbij geldt dat evenals bij de afkoopregeling, de omzetting naar een oudedagsverplichting zonder loonheffing, revisierente en venootschapsbelasting geschiedt en dat schenkbelasting verschuldigd is indien en voor zover de aandelen van de venootschap niet in handen van de dga zijn. Ten tweede wordt de oudedagsverplichting opgerent tot pensioendatum en dient met de op pensioendatum opgebouwde verplichting een pensioen of lijfrente te worden aangekocht.<sup>14</sup>

Oprenting van de oudedagsverplichting geschiedt op basis van een wettelijk voorgeschreven rendement, meer specifiek het U-rendement.<sup>15</sup> Via oprenting wordt duidelijk welk deel van het rendement van een venootschap aan het pensioen moet worden toegerekend en welk deel aan het overige ondernemingsvermogen. De keuze voor

7 Kamerstukken II 2016/17, 34662, 5, nota n.a.v. verslag, par. 5.

8 Kamerstukken II 2015/16, 34555, 3, MvT, par. 3.5.

9 Kamerstukken I 2015/16, 34555, A MvA, p. 68 e.v.

10 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 18 oktober 2018, nr. 2018-23862.

11 B. Dieleman & J. Post, 'Internationale aspecten uitfaseren pensioen in eigen beheer', *MBB* 2018-03.

12 C.A.H. Luijken, 'Afkoop van pensioen door in België wonende dga', *TPV* 2018/15.

13 *Kamerstukken II* 2017/18, Beantwoording Kamervragen door de Staatssecretaris van Financiën, d.d. 14 mei 2018.

14 Zie voor een nadere toelichting op de oudedagsverplichting; G.M.C.M. Staats, 'Het pensioen in eigen beheer voorbij', *WFR* 2017/140, par. 4.

15 *Kamerstukken II* 2015/16, 34555, 3, MvT, artikelsgewijs commentaar art. 38p Wet LB 1964.

het U-rendement is discutabel, aangezien deze al jaren lager is dan 0,5%.<sup>16</sup> Overigens laat de lopende maatschappelijke discussie over de marktrente voor pensioenfondsen zien dat het moeilijk is om een geschikt alternatief voor het U-rendement te vinden.

De oudedagsverplichting wordt in beginsel uitgevoerd door de vennootschap die het pensioen in eigen beheer uitvoerde tot het moment van omzetting (in de oudedagsverplichting). Echter, volgens de Wet PEB kan de dga de oudedagsverplichting op elk gewenst moment opeisen om de aankoop van een lijfrenteproduct bij een verzekeraar te bedingen. Indien niet voor het bedingen van een lijfrenteproduct bij een verzekeraar wordt gekozen, dient de oudedagsverplichting volgens art. 38p Wet LB 1964 uiterlijk vanaf het bereiken van de AOW-leeftijd te worden aangewend om de dga gedurende een periode van twintig jaar van een gelijkmatige uitkering te voorzien. De dga kan er ook voor kiezen om de uitkeringen uit hoofde van de oudedagsverplichting eerder of later te laten ingaan dan de voor hem of haar geldende AOW-leeftijd en in dat geval wordt de periode van twintig jaar evenredig verlengd of verkort. Het nog niet uitgekeerde deel dient in dat geval wederom tegen het U-rendement te worden opgerent. Aankoop van een lijfrente of verwerving van een periodieke uitkering vormt geen belastbaar feit, het verkrijgen van de corresponderende uitkering daarentegen wel. Indien de oudedagsverplichting niet voor een van bovengenoemde doelen wordt aangewend, valt deze vrij. Gevolg hiervan is een met art. 19b Wet LB 1964 vergelijkbare sanctie en 20% revisierente.

Indien de dga voor een oudedagsverplichting heeft gekozen en overlijdt voordat de wettelijke uitkeringsperiode van in beginsel twintig jaar vanaf de AOW-leeftijd is verstreken, komt het restant van de oudedagsverplichting volgens art. 38p Wet LB 1964 toe aan de erfgenamen van de dga. De Belastingdienst heeft in een handreiking aangegeven hoe de verdeling van de oudedagsverplichting over de erfgenamen kan en moet geschieden.<sup>17</sup>

Evenals bij de afkoopregeling kan de positie van de partner roet in het eten gooien bij de oudedagsverplichting. Voor zover de Wet verevening pensioen bij scheiding niet van toepassing zou zijn op de oudedagsverplichting, is in de Wet PEB een instemmingsrecht voor de (ex-)partner geregeld.<sup>18</sup> Dit betekent dat alleen met instemming van de (ex-)partner voor de oudedagsverplichting kan worden geopteerd. Zonder instemming blijft het opgebouwde pensioen in stand. Evenals bij de afkoopregeling dient de Belastingdienst te worden geïnformeerd bij de keuze voor de oudedagsverplichting via het eerder besproken informatieformulier.

## 2.4. Niets doen

In de parlementaire geschiedenis van de Wet PEB is relatief weinig aandacht besteed aan het in stand laten van het pensioen in eigen beheer en dit vervolgens tot uitke-

ring te laten komen, oftewel niets doen. Toch is het de algemene inschatting dat een groot deel van de dga's met een pensioen in eigen beheer voor niets doen opteert. De eerste praktijkervaringen leren dat hiervoor drie belangrijke redenen zijn. Ten eerste zijn er dga's die wel voor afkoop willen opteren, maar dit niet kunnen doen omdat zij te weinig liquide middelen hebben om de bijbehorende belastingclaim te voldoen. Ten tweede zijn er dga's die voor de afkoopregeling of de oudedagsverplichting willen opteren, maar hiervoor niet de vereiste instemming van de (ex-)partner kunnen verkrijgen. Ten derde vinden sommige dga's het belangrijk dat zij jaarlijks een substantiële pensioenuitkering ontvangen in plaats van een lagere uitkering via een oudedagsverplichting of een eenmalige uitkering die vervolgens in box 3 belast is.

Indien voor niets doen wordt gekozen en de dga nog pensioen opbouwde, moest de opbouw van het pensioen vóór 1 juli 2017 zijn stopgezet. In dit kader is van belang dat voor deze datum de bijbehorende besluitvorming is opgesteld en uitgevoerd. Nadat de opbouw van pensioen is stopgezet, moet dit nog wel worden opgerent en geïndexeerd. Het bovenstaande betekent dat een groot deel van de tot 2017 geldende wetgeving omtrent het pensioen in eigen beheer nog jaren van toepassing blijft.

## 2.5. Alternatieve vormen van pensioenopbouw

Indien de dga pensioen wenst op te bouwen, is hij of zij sinds de inwerkingtreding van de Wet PEB aangewezen op alternatieven voor het pensioen in eigen beheer. Indien de dga werknemers in dienst heeft en hiervoor een pensioenregeling heeft getroffen, is het mogelijk om in die pensioenregeling te gaan deelnemen. Dit ondanks dat de dga volgens de Pensioenwet geen werknemer is. De fiscale facilitering verloopt dan, evenals het pensioen van werknemers, via hoofdstuk IIB Wet LB 1964. Een ander alternatief, is deelname in een bedrijfstakpensioenregeling. Dit ligt mijns inziens niet voor de hand aangezien hiervoor een wijziging van de in par. 3.2 te bespreken verplichtstelling nodig is. Verder is het voor de dga niet mogelijk om pensioen op te bouwen bij een ppi omdat een ppi enkel openstaat voor werknemers zoals gedefinieerd in de Pensioenwet. Daar komt bij dat pensioenopbouw via een verzekeraar in praktijk veelal geen valide optie meer is voor de dga.<sup>19</sup>

Het meest voor de hand liggende alternatief voor het pensioen in eigen beheer moet in de derde pijler worden gezocht. Dit betreft in principe een (bancaire) lijfrente zoals bedoeld in art. 3.124 t/m 3.127 Wet IB 2001. Hoewel het buiten de reikwijdte van deze bijdrage valt om alle details van fiscaal gefaciliteerde lijfrenten te bespreken, merk ik op dat art. 3.127 Wet IB 2001 in een fiscaal gefaciliteerde premie voor lijfrenten van ten hoogste 13,3% van de premiegrondslag voorziet. Dit terwijl deze premiegrondslag op hoofdlijnen gelijk is aan de pensioengrondslag die in hoofdstuk IIB Wet LB 1964 is opgenomen. Dit maakt dat participatie in een lijfrente tot een veel lagere oudedagsvoorziening leidt dan deelname aan een pen-

16 Belastingdienst, 'Overzicht U-rendementen en marktrenten', [www.belastingdienstpensioensite.nl](http://www.belastingdienstpensioensite.nl), 2018.

17 Belastingdienst, 'Handreiking oudedagsverplichting aanspraken bij overlijden', d.d. 4 april 2018.

18 Kamerstukken II 2015/16, 34555, 3, MvT, par. 3.5.

19 B. Dieleman, 'Verzekeraar ziet 50.000 dga's niet staan', *FD Pensioenpro* 19 december 2016.

sioenregeling. Ter illustratie, uit openbare gegevens blijkt dat in 2019 de pensioenpremie bij pensioenfonds ABP 24,9% van de pensioengrondslag bedraagt.

### 3. Stand van zaken zzp-pensioen

#### 3.1. Algemeen

Hoewel in het maatschappelijke debat vaak de indruk wordt gewekt dat alle zzp'ers geen pensioen hebben opgebouwd, valt dit op zich mee. Volgens het CBS waren er eind 2016 circa namelijk 867.000 zzp'ers en heeft circa 77% van deze groep pensioen opgebouwd. Dit percentage kan mede worden verklaard doordat veel zzp'ers op enig moment in hun carrière in loondienst zijn geweest. De hoogte van het te bereiken pensioen laat bij de zzp'er te wensen over. Van degenen die pensioen hebben opgebouwd, is dit in circa 28% van de gevallen een pensioen dat in een uitkering van meer dan € 4000 bruto per jaar resulteert. Dit terwijl 87% van de werknemers pensioen heeft opgebouwd en van deze groep circa 50% een pensioen heeft dat in een uitkering van meer dan € 4000 bruto per jaar resulteert.<sup>20</sup> Uit onderzoek van Netspar blijkt verder dat het bruto vervangingspercentage, zijnde de verwachte pensioenuitkering gedeeld door het gemiddelde bruto huishoudinkomen, bij werknemers gemiddeld 83% bedraagt en dat dit percentage bij zzp'ers gemiddeld 76% bedraagt.<sup>21</sup> Zonder een oordeel te geven over de vraag of een pensioen van € 4000 bruto per jaar (in aanvulling op de AOW) in een voldoende oudedagsvoorziening resulteert en over de vraag welk vervangingspercentage voldoende is, laten bovengenoemde percentages zien dat zzp'ers minder vaak en een lager pensioen opbouwen. Wel constateer ik dat niet kan worden gesteld dat zzp'ers per definitie geen of onvoldoende pensioen opbouwen. De zzp'er valt in beginsel niet onder de Pensioenwet. Dit kan onder andere worden opgemaakt uit de definitie van pensioenovereenkomst van art. 1 PW, zijnde hetgeen tussen werkgever en werknemer is overeengekomen betreffende pensioen. Dit maakt dat de zzp'er in beginsel geen pensioen kan opbouwen. Echter, zzp'ers kunnen via art. 3 PW alsnog onder de reikwijdte van de Pensioenwet komen te vallen. Dit is volgens het hiervoor genoemde artikel het geval indien zzp'ers verplicht zijn om deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds. Ter volledigheid merk ik op dat een heel klein deel van de zzp'ers verplicht pensioen opbouwt op grond van de Wet verplichte beroeps-pensioenregeling.

#### 3.2. Deelname via de Wet Bpf 2000

Verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenfonds kan volgens art. 2 Wet Bpf 2000 worden gerealiseerd indien sociale partners hiertoe een verzoek doen bij de Minister van SZW. Sociale partners zijn in beginsel vrij om te bepalen op welke typen werkenden de verplichtstelling van toepassing is, mits sociale partners een belangrijke meerderheid van die werkenden vertegenwoordigen bij het verzoek dat zij indienen. Van een belangrijke meerder-

heid is volgens de Beleidsregels toetsingskader Wet Bpf 2000 in ieder geval sprake, indien sociale partners ten minste 60% van de bedrijfstak vertegenwoordigen. Sociale partners kunnen wettelijk gezien dus met succes om een verplichtstelling voor alle werkenden in een bedrijfstak inclusief zzp'ers verzoeken, indien ten minste 60% van al deze werkenden hier voorstander van is. Een juridische rechtvaardiging kan hiervoor worden gevonden in de gedachte achter de Wet Bpf 2000, zijnde het treffen van een bedrijfstakbrede pensioenvoorziening.<sup>22</sup>

Maar liefst 75% van alle werkenden in Nederland bouwt verplicht pensioen op via een bedrijfstakpensioenfonds.<sup>23</sup> Daarentegen zijn er slechts een paar bedrijfstakpensioenfonds waar zzp'ers onder de verplichtstelling vallen. De meest bekende zijn Bpf Schilders en Bpf Bouw. Dit betekent dat het overgrote deel van de verplichtstellingen enkel op werknemers in een bepaalde bedrijfstak ziet. De naar mijn inschatting belangrijkste oorzaak hiervoor is de vrees van sociale partners dat bij het indienen van een verzoek tot verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenregeling van alle personen die werkzaam zijn in een bedrijfstak, de wettelijk vereiste belangrijke meerderheid niet wordt gehaald. Overigens is het wel hebben van een belangrijke meerderheid van de bedrijfstak die uit alle werkenden bestaat, geen garantie voor een vlekkeloze verplichte pensioenopbouw door zzp'ers. Zo wordt op 6 februari 2019 de uitspraak van de rechtbank verwacht over de door vertegenwoordigers van zzp'ers aangespannen procedure tegen Bpf Schilders inzake de verplichte deelname van zzp'ers bij dit bedrijfstakpensioenfonds.<sup>24</sup> Het onder de verplichtstelling scharen van zzp'ers kan, behoudens de vraag of zzp'ers dit willen, ook praktische problemen met zich brengen. De twee meest relevante zaken zijn de vaststelling van de pensioengrondslag en het handhaven van de verplichte deelname. Wat betreft de pensioengrondslag geldt dat inherent is aan een zzp'er, dat deze geen loon en daarmee geen pensioengevend loon heeft. Sociale partners zullen hiervoor dus een alternatief moeten vinden dat relatief eenvoudig is vast te stellen en controleerbaar is. Dit alternatief voor het pensioengevend loon beweegt idealiter mee met inkomensschommelingen van zzp'ers.<sup>25</sup> Bpf Schilders gebruikt bijvoorbeeld als minimum pensioengevend loon de door de zzp'er behaalde winst van drie kalenderjaren terug. Dit is naar mijn mening toegestaan op grond van de Pensioenwet en daarnaast vergelijkbaar met de systematiek die volgens de Wet verplichte beroeps-pensioenregeling geldt voor beroepsgenoten.

Het handhaven van verplichte deelname door zzp'ers impliceert onder andere dat het betreffende bedrijfstakpensioenfonds al dan niet via de sociale partners in beeld heeft wie actief is in de bedrijfstak. Echter, hoewel zzp'ers wettelijk verplicht zijn om zich in te schrijven bij de

20 CBS, Witte vlek op pensioengebied, 2016.

21 Netspar, 'Zicht op zzp-pensioen', *Netspar Design Paper* 91, 2017, par. 7.

22 M.E.C. Boumans, 'Het FNV KIEM-arrest en de verplichte deelname van zelfstandigen in een Bpf', *TPV* 2016/21.

23 DNB, Persbericht – ontwikkelingen in de pensioenuitvoering van de beroepsbevolking, 7 december 2017.

24 Bpf Schilders, Uitspraak rechtszaak uitgesteld naar 6 februari 2019, Nieuwsbericht van 19 december 2019.

25 E. Soetendal & M. Boumans, 'Een passende pensioenoplossing voor zzp'ers', *PM* 2018-8/9.

Kamer van Koophandel, betekent dit niet automatisch dat het betreffende bedrijfstakpensioenfonds hiervan tijdig en juist wordt bericht. Tevens moet er bereidheid zijn bij het bedrijfstakpensioenfonds om het ten onrechte niet deelnemen in de bedrijfstakpensioenregeling te handhaven. Niet ondenkbaar is dat die bereidheid er soms niet is, omdat de administratieve lasten van een dergelijke handhaving, vergeleken met werknemers, relatief hoog zijn.

### 3.3. **Vrijwillige voortzetting pensioenopbouw na uitdiensttreding**

Art. 54 PW voorziet in een vrijwillige voortzetting van pensioenopbouw na het einde van de dienstbetrekking. Deze wettelijke bepaling voorziet onder meer in een vrijwillige voortzetting van een periode van drie jaar, zonder nadere voorwaarden. Hieronder kunnen de zzp'er vallen, maar ook andere groepen werkenden en werklozen. Art. 54 PW bevat daarnaast een vrijwillige voortzetting voor een periode van in totaal tien jaar voor degenen die na het einde van de dienstbetrekking, ondernemer zoals bedoeld in art. 3.8 Wet IB 2001 worden. Laatstgenoemde bepaling is nadrukkelijk voor zzp'ers en andere ondernemers geschreven. Indien gewenst dient de zzp'er de keuze voor de vrijwillige voortzetting binnen negen maanden bij het pensioenfonds te melden. Waarom voor een periode van negen maanden is gekozen blijkt niet direct uit de parlementaire behandeling.<sup>26</sup> Bij vrijwillige voortzetting wordt de pensioenpremie niet langer door de voormalige werkgever betaald. Anders gezegd, bij vrijwillige voortzetting moet de zzp'er de volledige pensioenpremie zelf betalen.

Uit onderzoek blijkt dat 85% van de bedrijfstakpensioenfondsen in een vrijwillige voortzetting na einde dienstbetrekking voorziet, hetzij dat de periode regelmatig wordt gemaximeerd op drie jaar. Aan het beperken van de vrijwillige voortzetting liggen vermoedelijk vooral doelmatigheidsredenen van pensioenfondsen ten grondslag. Uit bovengenoemd onderzoek blijkt echter dat van alle zzp'ers, slechts circa 650 van de vrijwillige voortzetting gebruiken.<sup>27</sup> Ik kan mij echter voorstellen dat dit aantal beperkt is vanwege het wettelijke vereiste dat binnen negen maanden na einde dienstbetrekking voor de vrijwillige voortzetting moet worden geopteerd. Veel zzp'ers zitten dan vermoedelijk nog in de opstartfase van de onderneming met beperkte financiële mogelijkheden.

### 3.4. **Fiscale facilitering van het pensioen van zzp'ers**

Vanwege het feit dat inherent aan zzp'ers is dat zij geen belastbaar loon hebben, moet de fiscale facilitering van pensioenopbouw door zzp'ers, wettelijk gezien, op een andere wijze geschieden dan de fiscale facilitering van pensioenopbouw door werknemers. Immers, door het niet hebben van belastbaar loon komt de zzp'er in principe niet toe aan loonheffing op grond van de Wet LB 1964,

hetgeen fiscale facilitering van pensioen via hoofdstuk IIB Wet LB 1964 onmogelijk maakt.<sup>28</sup>

Ondanks het bovenstaande is het zzp-pensioen wel dege-lijk fiscaal gefaciliteerd en wel via de Wet IB 2001. Uitgangspunt hiervoor is art. 1.7 Wet IB 2001. Aldaar is namelijk opgenomen dat als pensioenregeling mede wordt aangemerkt, een pensioenregeling op grond waarvan wordt deelgenomen op grond van de Wet Bpf 2000. In par. 3.2 constateerde ik reeds dat pensioenopbouw van zzp'ers via de Wet Bpf 2000 kan geschieden.

Deelname in een pensioenregeling zoals bedoeld in art. 1.7 Wet IB 2001, maakt dat toegekende pensioenaanspraken niet tot het belastbaar inkomen behoren op grond van art. 3.13 Wet IB 2001 en dat pensioenuitkeringen in box 1 van de inkomstenbelasting worden betrokken via art. 3.100 Wet IB 2001. De Wet IB 2001 zegt echter niets concreets over de aftrekbaarheid van de betaalde pensioenpremies. Dit laatste is echter mogelijk op grond van het in art. 3.8 Wet IB 2001 verankerde winstbegrip. Voor zover er onduidelijkheid zou zijn of pensioenpremies inderdaad tot dit winstbegrip kunnen worden gerekend, merk ik op dat de Hoge Raad de aftrekbaarheid van pensioenpremies in de inkomstenbelasting, hetzij in het geval van beroepsgenoten, reeds lang geleden heeft bevestigd.<sup>29</sup>

Bijzonder aan de fiscale facilitering van pensioen door zzp'ers, is dat de Wet IB 2001 voor zover mij bekend geen beperkingen kent ten aanzien van de te betalen pensioenpremies en op te bouwen pensioenaanspraken. Dit terwijl de fiscale facilitering van pensioen door werknemers tot in detail is geregeld in hoofdstuk II Wet LB 1964. Hetzelfde geldt voor beroepsgenoten.<sup>30</sup> Wel dient te worden bedacht dat zzp'ers, als zij al verplicht deelnemen in een bedrijfstakpensioenregeling, in eenzelfde bedrijfstakpensioenregeling deelnemen als werknemers in de betreffende bedrijfstak. Hierdoor is het onwaarschijnlijk dat onevenredig dan wel ongewenst veel pensioenopbouw door zzp'ers plaatsvindt bij verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenregeling.

De fiscale facilitering van de vrijwillige voortzetting van pensioenopbouw is voor zzp'ers in het Besluit van 24 november 2017 geregeld.<sup>31</sup> In dit Besluit worden zeven voorwaarden gesteld aan vrijwillige voortzetting van pensioenopbouw. De essentie van deze voorwaarden is dat het moet gaan om een continuering van de pensioenopbouw voor zover er niet op een andere wijze pensioen of een derdepijlerproduct wordt opgebouwd. Het doel van de vrijwillige voortzetting mag niet zijn extra pensioen opbouwen over reeds verstreken dienstjaren of het werkstelligen van een eerdere pensioeningangsdatum.

### 3.5. **Alternatieven voor pensioenopbouw door zzp'ers**

Indien pensioenopbouw niet mogelijk is, is de zzp'er aangewezen op een derdepijlerproduct, wat in principe een

26 Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, MvT, artikelsgewijs commentaar.

27 Kamerstukken II 2015/16, 32043, 339, Brief van de Staatssecretaris van SZW.

28 Het valt buiten de reikwijdte van deze bijdrage om in te gaan of personen die claimen zzp'er te zijn, in praktijk geen werknemer zijn en zo ja, wat hiervan de consequenties zijn.

29 HR 28 juni 1967, *BNB* 1967/220.

30 B. Dieleman, 'Herziening fiscaal kader beroepspensioenen', *WFR* 2013/680.

31 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 24 november 2017, nr. 2017-126948, par. 2.3.

(bancaire) lijfrente is. Volgens cijfers van het CBS neemt circa 11% van de zzp'ers deel in een dergelijk derdepijlerproduct.<sup>32</sup>

Ten aanzien van de omvang van oudedagsvoorzieningen uit de derde pijler geldt mijns inziens hetzelfde als uiteengezet in par. 2.5. Het belangrijkste is de naar mijn mening beperkte fiscale facilitering, zijnde 13,3% van de premiegrondslag. Wetende dat deze premiegrondslag op hoofdlijnen hetzelfde wordt vastgesteld als de pensioengrondslag zoals opgenomen in hoofdstuk IIB Wet LB 1964, leidt een maximale premie van 13,3% tot een veel lagere oudedagsvoorziening dan deelname in een pensioenregeling. Dit maakt derdepijlerproducten, evenals voor de dga, een onvolwaardig alternatief voor de zzp'er die geen pensioen kan opbouwen.

#### 4. Aanbevelingen

In par. 2.5 heb ik geconcludeerd dat sinds de inwerkingtreding van de Wet PEB, voor de meeste dga's weinig tot geen mogelijkheden tot pensioenopbouw zijn. Dit acht ik onwenselijk, omdat dit kan leiden tot een mogelijke substantiële inkomensterugval van deze ondernemers vanaf pensionering. In par. 3.1 heb ik voorts geconcludeerd dat zzp'ers minder vaak en minder veel pensioen hebben opgebouwd dan werknemers. Ook dit vind ik onwenselijk vanwege de te verwachten substantiële inkomensterugval vanaf pensionering. De in par. 3.1 genoemde cijfers omtrent het gebrek aan (voldoende) pensioenopbouw door zzp'ers, rechtvaardigen mijns inziens echter geen algehele wettelijke pensioenplicht voor zzp'ers. Een dergelijke pensioenplicht kennen we overigens ook niet voor werknemers. Daarnaast is het zo dat er via de Wet Bpf 2000 en in mindere mate via art. 54 PW reeds wettelijke mogelijkheden zijn om in pensioenopbouw voor zzp'ers te voorzien, hetzij dat die om eerder in deze bijdrage besproken motieven weinig worden benut. Verder ben ik met name vanwege het belang van een goede oudedagsvoorziening, geen voorstander van ruimere afkoopmogelijkheden voor het pensioen van dga's en zzp'ers dan de afkoopmogelijkheden voor het pensioen van werknemers. Met inachtneming van het bovenstaande pleit ik voor de vijf volgende maatregelen.

Ten eerste pleit ik ervoor dat sociale partners worden gestimuleerd om de verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenregeling dusdanig te wijzigen, dat deze voor alle werkenden in de bedrijfstak, inclusief zzp'ers, geldt. Belangrijkste element lijkt vooralsnog het vereiste dat een dergelijk wijzigingsverzoek namens een belangrijke meerderheid van de betreffende bedrijfstak moet worden ingediend. Een concrete wetswijziging zou kunnen zijn om aan het begrip van belangrijke meerderheid een ander percentage te koppelen dan thans is opgenomen in de Beleidsregels toetsingskader Wet Bpf 2000. Hiervoor is mijns inziens wel nader onderzoek nodig. Ook dient te worden overwogen, of een iets soberdere pensioenregeling met lagere premies een bijdrage levert aan het behalen van de belangrijke meerderheid. Als er

eenmaal een belangrijke meerderheid is, lijkt het vaak gehoorde argument dat zzp'ers tegen een verplichte pensioenopbouw zijn, niet meer valide. Bijkomend voordeel van meer zzp'ers laten deelnemen in een bedrijfstakpensioenregeling, is het beperken van de problemen omtrent de doorsneesystematiek.<sup>33</sup>

Met bovengenoemd voorstel ga ik verder dan het voorneemen uit het regeerakkoord om vrijwillige deelname in een bedrijfstakpensioenregeling te stimuleren.<sup>34</sup> Dit voorneemen is wat mij betreft te vrijblijvend en daarmee niet effectief. Elders in de literatuur wordt hier hetzelfde over gedacht.<sup>35</sup> Het gebrek aan effectiviteit geldt mijns inziens ook voor het veelgehoorde alternatief van een verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenregeling met een mogelijkheid tot opt-out.

Ten tweede pleit ik, in navolging van Lutjens,<sup>36</sup> voor het verlengen van de termijn van art. 54 PW die geldt voor het door de zzp'er kenbaar maken van de wens tot vrijwillige voortzetting van de pensioenopbouw. Gedacht kan worden aan een termijn van bijvoorbeeld twaalf of achttien maanden. Hierdoor acht ik de kans groter dat de zzp'er de opstartfase voorbij is en financiële middelen beschikbaar heeft voor pensioenopbouw.

Ten derde acht ik van belang dat er een duidelijk en eenvoudig fiscaal kader in de Wet IB 2001 wordt gecreëerd voor pensioenopbouw door zzp'ers. Thans is dit namelijk een bonte verzameling van bepalingen en geldt strikt genomen geen maximum voor de fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw door zzp'ers. Duidelijke en eenvoudige regels stimuleren naar mijn verwachting de pensioenopbouw door zzp'ers.

In navolging van de werkgroep ondernemingspensioen,<sup>37</sup> pleit ik er ten vierde voor dat de dga pensioen kan opbouwen bij een ppi. Dit maakt dat er in ieder geval één type pensioenuitvoerder is die openstaat voor de dga. Deze maatregel acht ik wat minder geschikt voor zzp'ers. De dga kan namelijk een arbeidsovereenkomst hebben en valt onder de loonheffing, maar de zzp'er niet. Overigens heeft minister Koolmees recentelijk aangegeven dat hij bereid is om te kijken naar een speciaal pensioenfonds voor zzp'ers, bijvoorbeeld in de vorm van een apf of een ppi.<sup>38</sup>

Ten vijfde pleit ik voor een verruiming van het wettelijke regime van fiscaal gefaciliteerde derdepijlerproducten. Zoals in par. 2.5 is aangegeven, leidt het huidige maximale premiepercentage van 13,3% van de premiegrondslag namelijk tot veel minder opbouw van oudedagsvoorzieningen dan opbouw van pensioen. Een verhoging van het maximale premiepercentage komt zowel de dga als de zzp'er ten goede.

33 B. Dieleman, 'Doorsneesystematiek inruilen voor degressieve pensioenopbouw is onverstandig', *FD Pensioenpro* 29 januari 2018

34 *Kamerstukken II* 2017/18, 34700, 34, Regeerakkoord 2017-2021, par. 2.2.

35 E. Soetendal & M. Boumans, 'Een passende pensioenoplossing voor zzp'ers', *PM* 2018-8/9.

36 E. Lutjens, 'Maak pensioenopbouw zzp'ers mogelijk binnen het huidige pensioenstelsel', *FD Pensioenpro* 29 november 2016.

37 Werkgroep Ondernemingspensioen, *De toekomst van het pensioen van de ondernemer*, Tilburg University, 2015.

38 *Kamerstukken II* 2018/19, Aanhangsel nr. 1038, Antwoorden op vragen Lid Van Weyenberg.

32 CBS, Witte vlek op pensioengebied, tabel nr. 6, 2016.

## 5. Samenvatting en conclusies

Ik concludeer dat bijna twee jaar na de inwerkingtreding van de Wet PEB, de details van de afkoopregeling en de oudedagsverplichting redelijk zijn uitgekristalliseerd. Tevens blijkt dat een groot deel van de dga's dat ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet PEB een pensioen in eigen beheer had, ondertussen voor afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting heeft gekozen. Wel is het zo dat door de inwerkingtreding van de Wet PEB, de mogelijkheden tot pensioenopbouw door dga's, zeer beperkt zijn geworden en de dga vooral aangewezen is op sobere derdepijlerproducten.

Geconcludeerd kan worden dat zzp'ers minder vaak en minder veel pensioen hebben opgebouwd dan werknemers. Echter, dit verschil is naar mijn mening niet dusdanig groot dat dit een algehele wettelijke pensioenplicht voor zzp'ers rechtvaardigt. Er is wetgeving op grond waarvan een zzp'er verplicht kan worden gesteld om deel te nemen in een bedrijfstakpensioenregeling, maar hier wordt om diverse redenen te weinig gebruik van gemaakt. Voorts is de regelgeving voor vrijwillige voortzetting van pensioenopbouw na uitdiensttreding relatief beperkt en is de fiscale wetgeving omtrent pensioenopbouw door zzp'ers onduidelijk en onvolledig. Dit maakt dat de zzp'er, in navolging van de dga, vooral is aangewezen op sobere derdepijlerproducten.

Om te voorkomen dat dga's en zzp'ers worden geconfronteerd met een onwenselijke inkomensterugval na pensioenering, pleit ik voor een vijftal maatregelen. Dit betreffen:

1. het stimuleren van het wijzigen van de verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen naar alle werkenden in de bedrijfstak,
2. het verruimen van de periode waarin voor vrijwillige voortzetting kan worden geopteerd,
3. het creëren van een eenvoudig en duidelijk fiscaal kader voor pensioenopbouw door zzp'ers,
4. het openstellen van de ppi voor de dga; en
5. het verhogen van het maximale premiepercentage voor derdepijlerproducten.