

Flantinfo is het driemaandelijks informatiebulletin van flantua-verheij
14e jaargang, nr. 3 - september 2002

DGA ONDERNEMER VOOR OB

In de vorige Flantinfo schreven wij over een uitspraak van de Hoge Raad betreffende het ondernemerschap van een directeur/groot-aandeelhouder (dga) voor de omzetbelasting. Deze uitspraak heeft de gemeederen danig in beweging gebracht. De staatssecretaris van Financiën heeft naar aanleiding van kamervragen in een besluit zijn visie op de gevolgen van deze uitspraak gegeven. Er is meer duidelijkheid gekomen, maar nog niet alle vragen zijn beantwoord.

Ondergeschikt?

Als de dga een salaris van zijn vennootschap ontvangt, kan de fiscus het standpunt innemen dat zelfs dat salaris belast dient te worden met omzetbelasting. Dat is een merkwaardige situatie.

In het kader van de loonbelasting is de dga een werknemer, voor wie de vennootschap loonbelasting op zijn salaris moet inhouden en afdragen. In het kader van de omzetbelasting is het salaris een vergoeding voor de diensten die de dga als ondernemer aan zijn vennootschap heeft geleverd.

Iedere belastingwet houdt er zijn eigen definities op na. En, zo blijkt hier, die kunnen haaks op elkaar staan.

Cruciaal bij de kwalificatie van de vergoeding (salaris of omzet?) is de zeggenschap die de dga in zijn vennootschap heeft. Volgens de

Europese regels worden namelijk van het ondernemerschap uitgesloten:

'loontrekkenden en andere personen, voorzover die met hun werkgever een arbeidsovereenkomst zijn aangegaan of enige andere juridische band hebben waaruit een verhouding van ondergeschiktheid ontstaat ten aanzien van de arbeids- en bezoldigingsvoorwaarden en de verantwoordelijkheden van de werkgever.'

Hoe zit dat nu bij een dga? Als directeur van de vennootschap wordt hij aangesteld en eventueel ontslagen door de vergadering van aandeelhouders. Niet zelden is de dga de enige aandeelhouder. In die situaties kan niet gesproken worden van 'een verhouding van ondergeschiktheid'.

De Hoge Raad heeft de conclusie getrokken dat als een dga meer dan 50% van de aandelen (en de zeggenschap) heeft, van de hierboven genoemde ondergeschiktheid geen sprake is. Met andere woorden: die dga's zijn ondernemer in het kader van de omzetbelasting!

50% of minder

Het vervelende is dat er geen duidelijkheid is over de situaties waarin de dga 50% of minder van de aandelen heeft. Het is duidelijk dat als een dga 10% van de aandelen heeft en de andere 90% in handen is van één andere aandeelhouder, normaliter sprake is van een verhouding van ondergeschiktheid. De 10%-dga kan immers tegen zijn wil ontslagen worden. Maar wat te denken van twee of drie directeuren, die de aandelen gelijkelijk hebben verdeeld? Kan daar sprake zijn van ondergeschiktheid? Of is daar steeds nevenschiktheid?

Hierover is geen duidelijkheid verkregen. Naar analogie met de jurisprudentie op het gebied van de sociale verzekeringen zou wellicht tot het ontbreken van ondergeschiktheid moeten worden geconcludeerd.

In het vervolg van dit artikel zullen wij uitgaan van een dga die alle aandelen heeft. Voor hem staat vast dat hij niet ondergeschikt is aan de leiding van de vennootschap: hij is OB-ondernemer.

In dit nummer:

- *DGA ondernemer voor de omzetbelasting*
- *Renpaarden*
- *Woning in successie*
- *Selectieve naheffing*
- *Pensioen in eigen beheer*
- *FOR*
- *BTW en vergoeding autokosten*
- *Zo oordeelt de rechter*



Kantoren van flantua-verheij:

Culemborg

Belle van Zuylenlaan 1
4105 JX Culemborg
tel 0345 - 470970
fax 0345 - 470989
culemborg@flantua-verheij.nl

Houten/Schalkwijk

Postbus 10,
3998 ZR Schalkwijk
tel 030 - 6011688
fax 030 - 6012358
Provincialeweg 69
schalkwijk@flantua-verheij.nl

Nieuwegein

Postbus 375,
3430 AJ Nieuwegein
tel 030 - 6085858
fax 030 - 6085888
Kortestede 57
[nieuwwegein@flantua-verheij.nl](mailto:nieuwegein@flantua-verheij.nl)

Utrecht

Postbus 8041,
3503 RA Utrecht
tel 030 - 2881001
fax 030 - 2893311
Livingstonelaan 752
utrecht@flantua-verheij.nl

Woerden/Kamerik

De Kapberg 1,
3471 DC Kamerik
tel 0348 - 401610
fax 0348 - 402704
kamerik@flantua-verheij.nl

Wat zijn de gevolgen?

De uitspraak heeft tot gevolg dat dga's met ingang van 26 april 2002 ter zake van hun werkzaamheden voor de vennootschap in de heffing van omzetbelasting worden betrokken. Dit geldt dus ook voor hun arbeidsbeloning, hun salaris.

Voor het zogenaamde 'gebruikelijke loon' maakt de staatssecretaris een uitzondering. Gebruikelijk loon is loon dat niet feitelijk is genoten, maar op grond van de fictief-loonregeling in de heffing van loonbelasting is betrokken. De uitzondering geldt ook voor bedragen die een dga als pensioen ontvangt uit een pensioen-BV. Over deze twee typen van beloningen behoeft geen omzetbelasting berekend te worden.

Buiten deze uitzonderingen zal de dga echter omzetbelasting in rekening moeten brengen aan zijn vennootschap. Voor de vennootschap is die omzetbelasting natuurlijk als voorheffing te verrekenen. De dga zal de in rekening gebrachte omzetbelasting in zijn aangifte OB moeten opnemen en afdragen.

Al jarenlang wordt met regelmaat gesproken over de noodzaak van het verlichten van de administratieve lasten voor ondernemers. Door deze uitspraak komen er veel nieuwe OB-ondernemers bij, die ieder weer nieuwe administratieve verplichtingen opgelegd krijgen.

Let wel, als dga moet u vanaf 26 april 2002 omzetbelasting in rekening brengen aan uw BV. Doet u dat niet, dan loopt u het risico dat de belastingdienst (bijvoorbeeld naar aanleiding van een controle) een naheffingsaanslag met heffingsrente en misschien ook nog wel een boete zal opleggen.

Dividend

Moet dividend ook met omzetbelasting worden belast? Het is ten slotte ook een beloning. Hierover zijn twee opmerkingen te maken. Ten eerste ontvangt de dga het dividend in de regel niet als beloning voor een verrichte arbeidsprestatie. Ten tweede wordt dividend niet uitgekeerd aan de dga als directeur, maar aan de dga als aandeelhouder. Beide omstandigheden wijzen erop dat normaliter geen omzetbelasting verschuldigd zal zijn over het dividend. De materie is echter zo nieuw, dat deze stelling nog niet kan worden gebaseerd op een uitspraak van de rechter.

Extra vervelend

Afgezien van de administratieve lasten (meer aangiften omzetbelasting) zouden de gevolgen van de uitspraak van de Hoge Raad in de praktijk mee kunnen vallen. De dga brengt OB in rekening en draagt die af. De vennootschap betaalt OB en verrekent die. Behalve de kosten van voorfinanciering is de hele operatie dan toch neutraal.

Er is echter een groep dga's voor wie de gevolgen veel verder gaan. Denkt u maar aan de dga, van wie de vennootschap onbelaste prestaties verricht. Voorbeelden zijn medici, assuradeuren en kredietverstrekkers. Hun diensten zijn vrijgesteld. De omzetbelasting die de dga in dergelijke gevallen aan zijn vennootschap in rekening moet brengen, is voor

die vennootschap dan niet verrekenbaar. De dga moet wel afdragen, maar de vennootschap kan niet verrekenen.

Oplossingen

De vervelende gevolgen van de uitspraak van de Hoge Raad kunnen voor een deel door de onderstaande acties worden voorkomen.

Fiscale eenheid

In veel gevallen zal de vorming van een fiscale eenheid tussen de dga en zijn vennootschap een oplossing bieden. De fiscus behandelt de dga en zijn vennootschap dan als één belastingplichtige. De beloning die de dga van de BV ontvangt is dan een interne aangelegenheid geworden. Daarover behoeft geen omzetbelasting berekend te worden.

Vereiste voor een fiscale eenheid is het aanwezig zijn van een zodanige verwevenheid in financieel, organisatorisch en economisch opzicht dat de afzonderlijke onderdelen een eenheid vormen. In dat geval geeft de inspecteur, al dan niet op uw verzoek een voor bezwaar vatbare beschikking af. De fiscale eenheid gaat in met ingang van de eerste van de maand volgende op die waarin de inspecteur de beschikking heeft afgegeven.

In de praktijk is dat te laat. De dga is volgens de Hoge Raad reeds vanaf 26 april 2002 OB-ondernemer. De staatssecretaris heeft daarom goedgekeurd dat de fiscale eenheid met terugwerkende kracht tot 26 april 2002 kan ingaan, mits het verzoek vóór 1 januari 2003 wordt ingediend.

Dit lijkt allemaal prachtig, maar er zit wel een nadeel aan: de dga wordt als onderdeel van de fiscale eenheid hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de omzetbelasting. Dit kan een belangrijke reden zijn om voorzichtig te zijn met het aanvragen van een fiscale eenheid. Zeker als het om grote bedragen gaat kan de aansprakelijkheid van de dga als natuurlijk persoon een zware last zijn. Denkt u hier niet al te gemakkelijk over.

Voordelen van ondernemerschap

De Hoge Raad heeft heel wat losgemaakt. De teneur is dat de meeste dga's hier niet zo blij mee zullen zijn. Toch is het niet alleen maar kommer en kwel. Er zijn situaties denkbaar waarin de dga voordeel heeft van zijn nieuwe status van OB-ondernemer.

Een voorbeeld is de dga die zijn auto privé rijdt. Tot voorkort kon hij met de omzetbelasting die hem in rekening werd gebracht niets doen. Nu is daar verandering in gekomen: die OB kan hij terughalen bij de fiscus. Ook in geval de dga een werkkamer in zijn woning heeft, kan het voordelig zijn om als OB-ondernemer door het leven te gaan. Denkt u maar de aan de OB die is begrepen in de prijs van een nieuwe woning.

RENPAARDEN ZAKELIJK?

De vraag of bepaalde uitgaven een zakelijk karakter hebben of niet is in de loop van de tijd meermalen aan de Hoge Raad voorgelegd.

Onlangs betrof het een directeur/groot-aandeelhouder (dga) met interesse voor de draf- en rensport. De dga kwam op het 'lumineuze' idee om de kosten van het houden van twee renpaarden ten laste van het resultaat van zijn vennootschap te brengen. Ook liet hij de paarden, op kosten van de vennootschap, deelnemen aan drafwedstrijden. De betreffende vennootschap exploiteert een uitzendbureau in de metaalbranche.

De vennootschap stelt dat de kosten zijn gemaakt om haar naamsbekendheid te vergroten. De kosten dienden volgens haar dus een zakelijk doel. Het Hof wilde daar niet in meegaan. Volgens het Hof was niet meer dan een kwart van de werkelijke kosten in verband te brengen met zakelijke gronden. Met betrekking tot de daarboven gemaakte kosten concludeerde het Hof dat:

'tussen de kosten van het houden van paarden en het laten deelnemen van deze paarden aan drafwedstrijden enerzijds en het nut van deze kosten voor de onderneming anderzijds een zodanige wanverhouding bestaat dat geen redelijk denkende ondernemer kan volhouden dat de uitgaven ten volle met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming zijn gedaan.'

De vennootschap denkt hiermee niet het onderste uit de kan gehaald te hebben en gaat het hogerop zoeken. Toch levert dat niet het gewenste resultaat op. De Hoge Raad sluit zich aan bij de verdeling van de kosten die het Hof heeft voorgeschreven. Bovendien wordt er een nieuw criterium gehanteerd: *'Door een vennootschap gedane uitgaven ontberen slechts dan een zakelijk karakter – en kunnen zij derhalve niet ten laste van de winst worden gebracht – indien en voorzover zij zijn gedaan ter bevrediging van de persoonlijke behoefte van de aandeelhouder.'*

In een eerder arrest oordeelde de Hoge Raad nog dat uitgaven die geen zakelijk karakter hebben, niet ten laste van de winst kunnen worden gebracht, ook al is niet vastgesteld dat die uitgaven aan een aandeelhouder ten goede zijn gekomen. Hierdoor ontstond enige verwarring. Het leek erop dat er een nieuwe, niet wettelijk geregelde categorie van kosten was ontstaan die niet ten laste van de winst kon worden gebracht: de onzakelijke uitgaven. Deze gedachte is nu door de Hoge Raad ontzenuwd.

De aftrek van de kosten bij de vennootschap kan worden geblokkeerd als zij de persoonlijke belangen van de dga dienen. Of in de woorden van de Hoge Raad: de kosten zijn niet aftrekbaar *'indien en voorzover zij zijn gedaan ter bevrediging van de persoonlijke behoefte van de aandeelhouder.'*

Los hiervan is de aftrek van bepaalde kosten wettelijk beperkt of uitgesloten (de zogenaamde Oortse kosten). Dit zijn soms kosten waar een onzakelijk luchtje aan zit, zoals de kosten van vaartuigen voor representatieve doeleinden.



Het komt vaak voor dat cliënten ons vragen of wij mogelijkheden zien om bepaalde uitgaven ten laste van de winst van de vennootschap te brengen. Onlangs belde een dga ons op met de vraag of hij de kosten van het behalen van zijn vliegbrevet ten laste van de vennootschap kon brengen. De vraag is begrijpelijk. De kosten zijn erg hoog. Als de fiscus een steentje bijdraagt in de vorm van een belastingvoordeel, is dat dus erg prettig. Gezien het nevenstaande is de kans dat de dga in zijn opzet slaagt niet erg groot. Zelfs niet als hij zakelijke argumenten aandraagt: 'Ik ga in het weekend betaalde rondvluchten verzorgen.'

Met het arrest van de Hoge Raad in de hand kan de inspecteur fijntjes opmerken dat hij hierin enige bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder meent te bespeuren.



De invoering van het nieuwe erfrecht is al verschillende keren uitgesteld. Dat heeft in sommige gevallen erg vervelende gevolgen. In de Successiewet zijn al wel veranderingen doorgevoerd die direct samenhangen met het nieuwe, nog steeds niet ingevoerde erfrecht. Met name met betrekking tot de woning zijn hierdoor misstanden ontstaan.

Waardering woning

Bij de waardering van de woning werd voorheen in het kader van de Successiewet rekening gehouden met de voortgezette bewoning door de langstlevende echtgenoot. Met ingang van 1 januari 2002 is daaraan een einde gekomen. Als een van de beide echtgenoten overlijdt en een woning nalaat, moet die woning worden gewaardeerd op de vrije verkoopwaarde of wel de waarde in het economische verkeer, zonder dat rekening mag worden gehouden met de voortgezette bewoning.

Waarom verandering?

De zojuist genoemde verandering is in de wet opgenomen met het oog op de destijds voorgenomen invoering van het nieuwe erfrecht bij versterf (d.w.z. zonder dat een testament is opgesteld) en de algehele vrijstelling voor partners. Het was de bedoeling dat de echtgenoot van een overledene aanspraak kon maken op een algehele vrijstelling, waardoor het niet langer zin had het forfait, op grond waarvan bij de waardering van de woning rekening gehouden werd met de voortgezette bewoning, te handhaven. Maar het is iets anders gelopen: het nieuwe erfrecht bij versterf is nog niet van kracht en de algehele vrijstelling voor partners lijkt voor goed van de baan.

Van de samenhangende veranderingen is dus maar een klein deel in werking getreden en dat geeft problemen.

Nieuw erfrecht

Het nieuwe erfrecht is een onderdeel van het Burgerlijk Wetboek. De Eerste Kamer is akkoord gegaan. Het ziet ernaar uit dat inwerkingtreding per 1 januari 2003 haalbaar is. In het nieuwe erfrecht zal de langstlevende echtgenoot recht hebben op de goederen van de nalatenschap. De kinderen krijgen een vordering op hun vader of moeder ter grootte van hun erfdeel. Die vordering kunnen zij niet opeisen. Een dergelijke regeling wordt nu in veel testaments opgenomen. Na de invoering van het nieuwe erfrecht wordt dit dus de wettelijke regeling. Natuurlijk blijft het mogelijk bij testament van deze wettelijke regeling af te wijken.

Als in een testament is bepaald dat de woning niet of niet uitsluitend aan de langstlevende echtgenoot toekomt, mag de langstlevende de bewoning nog gedurende zes maanden voortzetten. De erfgenamen krijgen de verplichting om mee te werken aan de vestiging van een recht van vruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende, zo deze dat wenst. Bij de bepaling van de waarde van de verkrijging door de kinderen wordt rekening gehouden met de vestiging van het vruchtgebruik. Zolang het nieuwe erfrecht nog niet van kracht is, heeft de langstlevende echtgenoot niet de mogelijkheid om een recht van vruchtgebruik af te dwingen. De woning zal dan dus 'gewoon' op de waarde in het economische verkeer moeten worden gewaardeerd.

Scheefgroei

Het probleem is dat er een scheefgroei, een onevenwichtigheid is ontstaan. De langstlevende partner heeft enerzijds niet de algehele vrijstelling gekregen, die hem aanvankelijk in het vooruitzicht werd gesteld. Anderzijds moet de woning voor het volle pond in de waarde van de nalatenschap worden opgenomen, omdat het forfait is afgeschaft. Hierdoor is de aanslag Successierecht een stuk hoger dan aanvankelijk verwacht mocht worden. De staatssecretaris van Financiën heeft ingezien dat hier reparatie nodig is. Hij heeft onlangs een besluit genomen waarin onder bepaalde voorwaarden een tegemoetkoming wordt gegeven.

Tegemoetkoming

Voor de periode van 1 januari 2002 tot de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht heeft de staatssecretaris een regeling getroffen voor gevallen waarin sprake is van een zogenaamd 'moreel woonrecht' van de langstlevende echtgenoot, dat door de kinderen wordt gerespecteerd.

Het gaat hier dus om gevallen waarin geen recht van vruchtgebruik of recht van bewoning in een testament is geregeld, maar de langstlevende echtgenoot onder de werking van het nieuwe erfrecht een recht van vruchtgebruik van de woning zou kunnen claimen.

In die gevallen mag de woning voor de bepa-



ling van het recht van successie worden gewaardeerd alsof een recht van vruchtgebruik is gevestigd.

Ten gevolge hiervan moet de waarde van de woning worden gesplitst: het vruchtgebruik wordt toegerekend aan de langstlevende ouder; de blote eigendom aan de kinderen.

Voorwaarden

Om van deze reparatieregeling gebruik te kunnen maken moet aan diverse voorwaarden worden voldaan.

1. Uitgangspunt voor de berekening van de waarde van het vruchtgebruik en de blote eigendom is de vrije verkoopwaarde. Voor de berekening wordt verwezen naar regels die reeds van kracht zijn. De waarde van het vruchtgebruik is afhankelijk van de leeftijd van de vruchtgebruiker. Hoe ouder de vruchtgebruiker, hoe lager de waarde van het vruchtgebruik.
2. Alle betrokkenen moeten een verzoek tot toepassing van de regeling indienen bij de inspecteur van de belastingdienst. Op deze manier maken de kinderen kenbaar dat zij het morele woonrecht van hun ouder aangaan.
3. Het verzoek moet schriftelijk worden ingediend en wel vóórdat de Successieaanslag onherroepelijk vaststaat. Ook ingeval reeds een aanslag is opgelegd kan van de regeling gebruik worden gemaakt. Voorwaarde is dan dat het verzoek wordt ingediend vóór of uiterlijk op 19 oktober 2002.
4. Voorwaarde is tevens dat er geen testament is waarin een regeling is getroffen over de woning. De goedkeuring van de staatssecretaris ziet alleen op gevallen van een moreel woonrecht. Een testamentaire regeling gaat verder dan een louter moreel woonrecht, waardoor de tegemoetkoming niet wordt toegepast.
5. Tevens mist deze regeling van de staatssecretaris toepassing ingeval de woning bin-

nen zes maanden na overlijden door de langstlevende echtgenoot is verlaten of ingeval de woning binnen zes maanden is verkocht.

Voorbeeld

In zijn besluit merkt de staatssecretaris terecht op dat zijn goedkeuring niet in alle gevallen voordelig uitpakt. Van geval tot geval moet daarom worden beoordeeld of het een goede zaak is een verzoek in te dienen. In het besluit wordt het volgende voorbeeld genoemd:

'Als uitgangspunt gelden hierbij: man en vrouw zijn gehuwd in gemeenschap van goederen; zij hebben 1 kind. Er is geen testament. De 'eigen woning' heeft een leegwaarde van 400; in de nalatenschap valt dus een waarde van 200. Er zijn geen overige bezittingen en verkrijgingen. De man overlijdt in het jaar 2002. Erfgenamen zijn de echtgenote en het kind tezamen.

- a. Volgens de wettelijke regeling bedragen de verkrijgingen voor elk der verkrijgers: 100. Met toepassing van de goedkeurende maatregel, kunnen de verkrijgingen op verzoek als volgt worden berekend.
 - b. Als de weduwe 61 jaar oud is, bedraagt haar verkrijging 120. Het kind verkrijgt 80.
 - c. Als de weduwe 66 jaar oud is, bedraagt haar verkrijging 96. Het kind verkrijgt 104.
 - d. Als de weduwe 71 jaar oud is, bedraagt haar verkrijging 84. Het kind verkrijgt 116.
- Ervan uitgaande dat de verkrijging door de weduwe in dit geval geheel is vrijgesteld van successierecht, hebben de erfgenamen er bij deze cijfers geen voordeel van om toepassing van de goedkeuring te vragen als de weduwe 65 jaar of ouder is. De 'grens' kan anders liggen als er meer erfgenamen zijn of als alle verkrijgingen geheel belast worden.'*



SELECTIEVE NAHEFFING



Het kan gebeuren dat een werkgever zijn werknemers zwart uitbetaalt en tegen de lamp (fiscus) loopt. Dan is aan hem de keuze of hij de verschuldigde loonbelasting en premie volksverzekeringen op zijn werknemers verhaalt of niet. Als hij besluit om van verhaal af te zien, heeft de fiscus de mogelijkheid om de bedragen bij de werkgever na te heffen in de loonbelasting dan wel bij de werknemer in de inkomstenbelasting.

Soms bewandelt de fiscus beide wegen tegelijk. Hij heft deels na bij de werkgever en deels bij de werknemer. Dit wordt selectieve naheffing genoemd.

Een werknemer die met die selectieve naheffing werd geconfronteerd, pikte dat niet en ging in beroep bij de belastingrechter. Zijn argument was dat de selectieve naheffing in strijd is met het gelijkheidsbeginsel: hij werd 'gepakt' in de inkomstenbelasting terwijl zijn collega's buiten schot bleven omdat ten aanzien van hen bij de werkgever werd nageheven.

Via het gerechtshof werd de kwestie aan de Hoge Raad voorgelegd.

De Hoge Raad kwam uiteindelijk tot de slotsom dat er geen strijd met het gelijkheidsbeginsel is als de werkgever afziet van verhaal, hoewel dit verhaal rechtens en feitelijk wel mogelijk zou zijn.

De Hoge Raad vindt dat de ongelijke behandeling dan niet aan de fiscus kan worden toegerekend, omdat zij een gevolg is van de keuze van de werkgever. De zaak is terugverwezen naar het Hof die zaak opnieuw zal moeten onderzoeken aan de hand van het door de Hoge Raad aangelegde criterium. ■



■ PENSIOEN IN EIGEN BEHEER

Op 9 augustus jl. heeft de Hoge Raad twee belangrijke arresten gewezen over de opbouw van pensioen in eigen beheer. De Hoge Raad heeft de zogenaamde 'premie bij indiensttreding methode', ook wel genoemd de gelijkblijvende premiemethode, aanvaard. Hieraan is een jarenlange juridische strijd vooraf gegaan.

Backservice

De premie bij indiensttreding methode is één van mogelijkheden waarop de jaarlijkse fiscale pensioenlast kan worden berekend. Uitgangspunt is het doelvermogen. Dat is het vermogen dat op de pensioendatum beschikbaar moet zijn om de pensioentoezegging te kunnen nakomen. Er zijn verschillende manieren om jaarlijks bij te dragen aan de opbouw van dat doelvermogen.

In het algemeen is de fiscaal meest voordelige opbouwmethode die waarin de lasten zoveel mogelijk in de tijd naar voren worden gehaald. Hoe eerder de lasten worden genomen, hoe eerder immers ook het fiscale voordeel wordt gerealiseerd.

Een belangrijke vraag hierbij is hoe met salarisstijgingen moet worden omgegaan. Als de pensioentoezegging is gebaseerd op het eindloon, zal een stijging van het salaris direct invloed hebben op het benodigde doelvermogen. Door een stijging van het salaris is in het verleden te weinig aan de pensioenvoorziening toegevoegd. De pensioenvoorziening is daardoor achter gaan lopen bij het verhoogde salaris. In een eindloontoezegging leidt een salarisstijging tot een zogenaamde backserviceverplichting: er moet een inhaalslag gemaakt worden. In één slag mag hetgeen in het verleden te weinig is toegevoegd aan de voorziening, worden gecorrigeerd.



De lineaire methode

De fiscaal meest voordelige methode om de jaarlasten van de pensioenopbouw te bepalen is de zogenaamde lineaire methode. Voorheen werd die methode algemeen gebruikt ingeval van opbouw in eigen beheer. Deze betrekkelijk eenvoudige manier van berekenen is sinds 1 januari 1995 wettelijk verboden.

Naast de eenvoud is het tweede grote voordeel van de lineaire methode dat de pensioenlasten meer dan bij andere methoden naar voren kunnen worden gehaald. Dit wordt bereikt door het (op actuariële wijze berekende) doelvermogen simpelweg te delen door het aantal dienstjaren waarin opbouw kan plaatsvinden.

Stel dat het doelvermogen gelijk is aan € 400.000. Het aantal te bereiken dienstjaren is 20 en het aantal reeds verstreken dienstjaren is 15. Het doelvermogen op balansdatum is dan € 300.000.

Als de voorziening op de balans van vorig jaar € 265.000 bedroeg dan is de toevoeging dit jaar € 35.000. De toevoeging is in dit voorbeeld hoger dan 1/20-deel van het doelvermogen. Deze 'extra' toevoeging kan het gevolg zijn van een salarisverhoging in het afgelopen jaar. Deze verhoging leidt tot een herrekening van het doelvermogen en een correctie van de eerder gedane toevoegingen over de reeds verstreken jaren.

De correctie van de dotatie van voorgaande jaren mag in één keer ten laste van de winst worden gebracht. In de toekomst zal de verhoging van het doelvermogen lineair (dus in gelijke delen) over de jaren worden verdeeld. Hierbij wordt dus uitsluitend rekening gehouden met het aantal dienstjaren. Met de kans op vooroverlijden en de rentefactor waartegen de pensioenvoorziening kan worden belegd, wordt – in tegenstelling tot bij actuariële methoden – bij de opbouw van de voorziening geen rekening gehouden.

Actuariële methoden

Sinds 1 januari 1995 luidt de wet als volgt: *'De waardering van pensioenverplichtingen en andere soortgelijke verplichtingen vindt plaats met in achtneming van algemeen aanvaarde actuariële grondslagen, waarbij een rekenrente in acht wordt genomen van tenminste 4%'*. Hiermee is een einde gekomen aan de toepassing van de lineaire methode.

Verzekeringsmaatschappijen gebruikten reeds lange tijd actuariële berekeningsmethoden. Er worden diverse actuariële methoden onderscheiden:

1. gelijkblijvende premiemethode
2. premie/koopsom methode
3. koopsommethode

Voor alle duidelijkheid: alle methoden moeten uiteindelijk uitkomen bij hetzelfde doelvermogen. Daarin verschillen zij dus niet. Bij de verdeling van de lasten over de jaren van opbouw van het pensioen zijn wel belangrijke verschillen te ontdekken.

Ad 1.

De gelijkblijvende premiemethode leidt tot het gelijkelijk toerekenen van de pensioenlasten over het aantal dienstjaren, rekening houdend met sterfte en rente. Aangezien hier voorfinanciering van premie plaatsvindt levert deze methode tussentijds altijd een hogere reserve op dan de koopsommenmethode. Fiscaal is dit de aantrekkelijkste methode.

Ad 2.

De premie/koopsommethode is op 28 september 2001 al door de Hoge Raad geaccepteerd. Deze methode is gebaseerd op de veronderstelling dat voor in de toekomst op te bouwen aanspraken gelijkblijvende premies worden betaald en dat de backservice jaarlijks wordt afgefinancierd door middel van een koopsom. Het verschil met de onder 1 genoemde methode zit hem dus vooral in de gevolgen van een salarisstijging. In deze methode is het dan ook van belang om over salarisgegevens uit het verleden te beschikken.

Ad 3.

Bij de koopsommethode wordt per balansdatum een actuariële koopsom bepaald voor de op dat moment verworven aanspraken. Er vindt hier geen voorfinanciering plaats, waardoor bij salarisstijgingen geen problemen optreden met de backservicerechten. De Hoge Raad volgt in het arrest van 9 augustus jl. de Advocaat Generaal in zijn conclusie dat de koopsommethode het meest zuiver is. Maar dat betekent nog niet dat de gelijkblijvende premiemethode onaanvaardbaar is omdat die buiten de grenzen van het goed koopmansgebruik zou vallen. Ook de gelijkblijvende premiemethode gaat uit van de wettelijk vereiste, algemeen aanvaarde actuariële grondslagen.

Overstappen?

Indien uw vennootschap de pensioentoezegging vóór 1 juni 1999 heeft gedaan, valt u onder overgangsrecht. De opbouw mag dan nog tot 1 juni 2004 volgens de gunstigere oude normen plaatsvinden. Door een wijziging van de pensioentoezegging raakt u de mogelijkheid om het oude regime toe te passen kwijt. U valt dan automatisch onder het nieuwe regime en dat is in het algemeen minder gunstig. Het is daarom van belang te weten of u nu direct op de gelijkblijvende premiemethode kunt overstappen, zonder dat u wordt verplicht het nieuwe regime te volgen. Het wijzigen van de methode om de jaarlasten te berekenen is op zichzelf geen wijziging van de pensioentoezegging. Naar onze mening is evenmin sprake van een ongeoorloofde stelselwijziging voor de winstbepaling. Er is immers geen sprake van willekeur, maar van een rechterlijke uitspraak. Vooralsnog lijkt overstappen op de premie bij indiensttreding methode dus zondermeer mogelijk. Wij verwachten dat de staatssecretaris van Financiën hierover binnenkort een standpunt zal innemen.

Sinds de invoering van de Wet inkomstenbelasting 2001 is de fiscale oudedagsreserve (FOR) voor ondernemers niet langer extra-comptabel. Voorheen werd de FOR niet op de balans genoemd. Met ingang van 1 januari 2001 is dat anders.

In de praktijk waren er onduidelijkheden over de gevolgen van deze wetswijziging. De staatssecretaris heeft hierop gereageerd met de publicatie van een besluit. Een aantal onduidelijkheden wordt daarmee weggenomen.

De staatssecretaris besteedt onder andere aandacht aan de basis waarop de berekening van de FOR moet steunen. De berekeningsbasis is de winst na aftrek van de objectieve vrijstellingen, de willekeurige afschrijving, de investeringsaftrek, de scholingsaftrek en de fiscale reserves. De ondernemersaftrek zit niet in de berekeningsbasis.

De staatssecretaris keurt goed dat de FOR niet op de balans staat, mits er vanuit de commerciële jaarstukken een aansluitingsberekening met de fiscale cijfers wordt gepresenteerd. Hieruit moeten dan zowel de mutaties als de stand van de FOR blijken. Dit kan een praktische oplossing zijn ingeval de onderneming in een samenwerkingsverband wordt uitgeoefend en de winst van de deelnemers in dit samenwerkingsverband uit de jaarstukken wordt afgeleid.

De beginstand van de FOR (per 1 januari 2001) is de stand zoals deze bij de aanslagregeling van de IB 2000 is vastgesteld. Dit geldt ook bij een gebroken boekjaar.



BTW en vergoeding autokosten

Tot voorkort gold er een forfaitaire regeling voor de aftrek van omzetbelasting terzake van autokosten. Het gaat hierbij om de BTW die geacht wordt te zitten in de vergoeding die een werkgever aan een werknemer verstrekt voor het zakelijke gebruik van de auto die tot het privé vermogen van de werknemer behoort. Een vast percentage van 12 van de vergoeding mocht de werkgever verrekenen in zijn aangifte omzetbelasting.

Het Europese Hof van Justitie heeft beslist dat deze Nederlandse regeling in strijd is met Europese regelgeving (de zogenaamde Zesde richtlijn). De BTW waar het hier om gaat heeft namelijk geen betrekking op een prestatie die aan de werkgever wordt geleverd, maar aan de werknemer. Zodoende was er geen rechtstreekse band tussen de leverancier c.q. dienstverlener en de ondernemer die de belasting wil aftrekken. Een tweede manco is dat de werkgever geen correcte facturen kan tonen.

Naar aanleiding hiervan is de forfaitaire regeling met terugwerkende kracht per januari 2002 ingetrokken. Het is dus afgelopen met de verrekening van 12% van de reiskostenvergoeding ter grootte van € 0,28 per kilometer.

Tegelijkertijd is de sterk op deze forfaitaire autokostenregeling lijkende regeling voor reis- en verblijfskosten ingetrokken.



ZO OORDEELT DE RECHTER

In een CAO kan worden bepaald dat de werkgever verplicht is de wettelijke uitkering tijdens ziekte en arbeidsongeschiktheid aan te vullen. Als de betreffende werknemer ziek is geworden op het moment dat de CAO algemeen verbindend was, behoudt hij zijn recht op aanvulling. Ook als de CAO later zijn algemene verbindendheid verliest. Hierover heeft de Hoge Raad in 1994 uitsluitel gegeven. Maar welke rechten heeft een werknemer als hij tussen twee perioden van algemeen verbindendverklaring ziek wordt? Heeft hij dan ook recht op de aanvulling? En zo ja, vanaf wanneer?

Casus

Op 3 februari 1992 is M in dienst getreden bij BV. Zij werkte op basis van een contract voor bepaalde tijd met een looptijd van een jaar. Die overeenkomst is jaarlijks verlengd.

Op 21 oktober 1996 werd M ziek en heeft sindsdien niet meer gewerkt. Na een jaar, op 21 oktober 1997 krijgt M een volledige WAO-uitkering.

Volgens de CAO moest een werkgever gedurende het eerste ziektejaar 100% doorbetalen. Vervolgens moet de werkgever de WAO-uitkering gedurende een jaar aanvullen met 30%. BV valt onder de werkingssfeer van de CAO, dat staat buiten kijf. Hij is echter niet aangesloten bij een organisatie die partij was bij het vaststellen van de CAO. Hij is derhalve uitsluitend verplicht de CAO toe te passen ingeval die algemeen verbindend is verklaard.

Die algemeen-verbindendverklaring gold in de volgende perioden:

28 maart 1996 – 31 maart 1996;
26 december 1996 – 31 maart 1997;
25 december 1997 – 28 februari 1998.

Op de dag van de ziekmelding, 21 oktober 1996, was de CAO dus niet algemeen verbindend. BV is de doorbetalingsverplichtingen niet nagekomen.

Procedures

M stelt een vordering in bij de kantonrechter. Zij wil dat BV alsnog haar ziekengeld en haar WAO-uitkering aanvult, zoals de CAO voorschrijft. BV verweert zich met de stelling dat de CAO niet algemeen verbindend was op het moment van ziekmelding, waardoor de doorbetalingsverplichting in dit geval niet voor hem geldt.

BV vindt de kantonrechter aan zijn zijde. M gaat vervolgens naar de Rechtbank. Die vernietigt het vonnis van de kantonrechter. Volgens de Rechtbank is de datum van ziekmelding niet alles bepalend. M krijgt recht op de aanvullingen gedurende de perioden dat de CAO algemeen verbindend was. Omdat M ziek is geworden tussen twee perioden van algemeen verbindendheid kan zij geen aanspraak maken op aanvulling voor de tussenliggende tijd. Met andere woorden: als de CAO algemeen verbindend is krijgt zij aanvullingen; als de CAO niet algemeen verbindend is niet.

Cassatie

M denkt dat er meer uit te halen is en gaat naar de Hoge Raad. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van de

Rechtbank en honoreert de claim van werknemer voor het volledige tweejarige tijdvak. Zij acht van belang dat de algemeen verbindend verklaring kort na de eerste dag van de arbeidsongeschiktheid – en in elk geval binnen 24 maanden nadien – plaatsvindt. De Raad benadrukt dat het een recht op suppletie voor een bepaald tijdvak betreft. Een dergelijk verkregen recht wordt niet aangetast doordat de CAO-bepaling waarop het recht berust in de loop van dat tijdvak ophoudt algemeen verbindend te zijn.

Conclusie

Indien op enig moment in een bepaald tijdvak een recht wordt verkregen krachtens algemeen verbindend verklaring, geldt dat recht voor het gehele tijdvak. De Hoge Raad wilde geen algehele nawerking van algemeen verbindend verklaarde bepalingen introduceren. Algehele nawerking houdt in dat de algemeen verbindend verklaarde bepalingen onverkort van toepassing blijven, ook nadat het tijdvak waarvoor de algemeen verbindend verklaring geldt is afgelopen.

Voor een algemeen verbindend verklaring moet een soms tijdrovende procedure worden gevolgd en zij heeft geen terugwerkende kracht. We zijn dus nog niet zover dat er in de situatie van algemeen verbindend verklaringen een aaneensluitend arbeidsvoorwaardenregime geldt.

Overigens is de algehele nawerking wel erkend voor CAO's die op 'eigen kracht' tussen werknemer en werkgever gelden. Dit is het geval als de werkgever bij een vereniging is aangesloten die de CAO is aangegaan of als de CAO in de arbeidsovereenkomst expliciet van toepassing is verklaard. ■

