

Fiscale pensioenregels zijn niet eenvoudig. De dga in deze bijdrage weet daar inmiddels alles van. Hij ontving diverse navorderingsaanslagen en ging procederen. De advocaat-generaal publiceerde een bijzonder advies: hij neemt een ambtshalve vraag op over de zorgplicht van de Belastingdienst. Hoever gaat deze? De Hoge Raad besliste vervolgens verrassend snel.

MR. J.R. (REMKO) HESSE, FISCALIST LOONHEFFINGEN BIJ FOSETI BV

ZORGPLICHT OVERHEID

Oudedagsvoorziening en zorgplicht Belastingdienst

Fiscale regels zijn er om te zorgen voor een adequate en rechtvaardige belastingheffing. Het gaat immers om de financiering van de algemene middelen, van waaruit zaken als scholing, zorg, veiligheid en infrastructuur gefinancierd worden. Die wetgeving is al snel complex, want zij moet de consequenties van allerlei mogelijke situaties benoemen. Daarbij is niet alleen de letterlijke tekst van belang, maar ook wat er wordt gezegd in de parlementaire geschiedenis (de behandeling in de Tweede en Eerste Kamer), beleidsbesluiten en jurisprudentie.

Heeft de Belastingdienst een zorgplicht om belastingplichtigen te helpen bij onbedoelde effecten van de wetgeving? En maakt het daarbij verschil of er sprake is van voorgenomen handelingen (vooroverleg) of al verrichte handelingen? Advocaat-generaal René Niessen schreef hierover onlangs een mooie conclusie. Voor mij ook aanleiding om handige vindplaatsen voor informatie over loonheffingen eens op een rij te zetten. Daar vind je immers standpunten en meningen van de Belastingdienst.

ZAAK

Een directeur-grotaandeelhouder (dga) draagt de waarde van een tweetal pensioenrechten over van een professionele verzekeraar naar zijn bv. Vervolgens leent de bv deze bedragen rentedragend uit aan de dga. De dga maakt hierbij geen gebruik van een adviseur. Kort gezegd zijn de feiten als volgt:

- overdracht van dga-pensioen van professionele verzekeraar aan de bv, in 2011 wordt dit gehele bedrag rentedragend uitgeleend aan de dga;
- overdracht van werknemerspensioen van professionele verzekeraar aan de bv, in 2014 wordt dit gehele bedrag rentedragend uitgeleend aan de dga;
- de dga heeft een rentedragende vordering (rekening-courant) op de bv; uit de beschikbare gegevens blijkt niet de hoogte van deze vordering;
- het vermogen en de resultaten van de bv zijn negatief.

De dga gebruikt de geleende gelden om in zijn levensonderhoud te voorzien en heeft de intentie om af te lossen op de leningen. Volgens hem is daar tussen 2011/2014 en de pensioengerechtigde leeftijd in 2023 voldoende tijd voor.

De Belastingdienst stelt bij de Rechtbank dat deze pensioenrechten fiscaal zijn genoten in 2011 (primair: prijsgegeven vanwege onvoldoende ei-

gen vermogen in de bv; subsidiair: afgekocht vanwege het uitlenen van gelden zonder extra zekerheden), respectievelijk 2014 (niet-kwalificerende pensioenuitvoerder) en legt hiervoor in 2017 navorderingsaanslagen inkomstenbelasting op. Rechtbank en Hof geven de Belastingdienst gelijk.

UITSPRAAK RECHTBANK

In haar beschouwing schrijft de Rechtbank hierover: '22. (...) heeft eiser, gelet op de omstandigheden dat de bv, op het moment van de overdracht van de pensioenaanspraak van Zwitserleven aan de bv, een negatief vermogen had en dat de bv vervolgens 135.250 euro van het pensioengeld aan eiser heeft geleend zonder daarbij zekerheden te bedingen, terwijl eiser verder ook geen verhaal bood, de dga-pensioenaanspraak tot een bedrag van 135.250 euro prijsgegeven. (...) De rechtbank is niet bevoegd af te wijken van de (toepassing) van het in 20 vermelde wetsartikel.' De feiten in combinatie met de uitleg van de wet nopen tot deze uitkomst, maar kennelijk wringt deze uitkomst voor de Rechtbank.



Anders dan bij de overdracht in 2014, waar onomstotelijk vaststaat dat de bv wettelijk niet kwalificeert als pensioenuitvoerder, is het wetsartikel waarop de navordering over 2011 is gebaseerd (artikel 19d, eerste lid Wet LB) niet direct duidelijk. De tekst: '1. Ingeval op enig tijdstip *a*) (...), *b*) een aanspraak ingevolge een pensioenregeling wordt afgekocht (...), *c*) een aanspraak ingevolge een pensioenregeling waarvan als verzekeraar optreedt een lichaam als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, onderdelen d of e, dan wel een lichaam als bedoeld in artikel 36b, wordt prijsgegeven, behoudens voor zover de aanspraak niet voor verwezenlijking vatbaar is' (cursivering auteur). Uit de uitspraak maak ik op dat de Belastingdienst voor het anker 'prijsgeven' gaat liggen. Daarmee is het anker 'afkoop', door over de pensioengelden te beschikken, niet meer mogelijk.

UITSpraak Hof

Het Hof bevestigt de uitspraak van de Rechtbank en voegt eraan toe dat er sprake is van prijsgeven, omdat de veiligheid van de solvabele professionele verzekeraar wordt ingeruild voor een verlieslatende bv met een negatief vermogen. Het doel van deze dga was echter niet het prijsgeven van het pensioen; hij wilde 'slechts' de gevolgen van de kredietcrisis overleven en zag kansen om het geleende bedrag in de toekomst weer aan te vullen.

Het vergt enige zoekervaring en vasthoudendheid om het laatste (of juiste) standpunt te vinden

Het Hof zegt vervolgens dat dit er niet toe doet en benoemt dat het prijsgeven van een pensioenaanspraak niet achteraf ongedaan gemaakt kan worden. Maar is hier wel sprake van prijsgeven? Is daar op het moment in 2011 sprake van, vanwege die handelingen? Spelen de (oprechte) bedoelingen van de belastingplichtige ook een rol? Ik kom hierop terug. Eerst wil ik het hebben over hetgeen de advocaat-generaal ambtshalve in zijn conclusie voor de Hoge Raad schrijft. Ambtshalve, omdat het niet gaat om de feiten in deze zaak en de interpretatie daarvan. Niessen 'pakt' ruimte om de zorgplicht van de overheid te bespreken. Is die er of is die er niet? Of is die er soms?

CONCLUSIE ADVOCaat-GENERAAL

Over de zaak schrijft Niessen: '3.13 Afgaande op de feiten zoals ze uit de gedingstukken naar voren komen, is het verschil tussen plan en feit een gevolg van beperkte bekendheid van belanghebbende met de fiscale regelgeving. Er blijkt niet van een advies of waarschuwing door de verzekeraar of van overleg met de inspecteur. Verder blijkt ook niet van anti-fiscale bedoelingen van belanghebbende; de inspecteur legde de navorderingsaanslagen op zonder boete.' Voor mij is dit laatste – geen boete – belangrijk. De belastingplichtige had niet de bedoeling enige heffing te ontwijken of te ontgaan; het was voor hem dit of een bijstandsuitke-

ring. Is het dan redelijk om hem te confronteren met forse fiscale gevolgen, inclusief revisierente? Of heeft de Belastingdienst al haar maximale 'ruimte' voor een subjectieve benadering benut, door geen boete op te leggen vanwege het ontbreken van opzet of grove schuld?

Niessen benoemt dat het belastingrecht voor velen complex is. Het adagium 'de burger wordt geacht de wet te kennen' lijkt niet van toepassing op de in deze zaak relevante fiscale regels. Het is, volgens Niessen, communis opinio dat mensen in het algemeen verantwoordelijk zijn voor hun handelen en de daaraan verbonden consequenties, maar ook dat daar uitzonderingen op zijn. Niet iedereen beschikt echter over de noodzakelijke vaardigheden en kennis om alle mogelijke gevolgen van hun handelen volledig te doorzien. Soms is (professionele) ondersteuning noodzakelijk, alleen moet je dat dan wel onderkennen.

Daarnaast geldt voor financiële instellingen (zoals de betrokken verzekeraar) en werkgevers een zorgplicht. Voor financiële instellingen is deze vastgelegd in de Wet op het financieel toezicht, voor werkgevers in het Burgerlijk Wetboek (o.a. 7: 611 goed werkgeverschap). Financiële instellingen moeten zowel bij het afsluiten van als gedurende het contract – in algemene termen – de belangen van de consument of begunstigde in acht nemen. Dat is de reden waarom veel financiële instellingen kennistoetsen toepassen bij het afsluiten van een pensioen of lijfrente en niet meer adviseren (ofwel 'execution only'). Is deze zorgplicht er wat betreft de fiscale aspecten van oudedagsvoorzieningen ook voor de overheid?

ZORGPLICHT OVERHEID

De wetgeving is vaak extra ingewikkeld doordat antimisbruikbepalingen worden toegevoegd aan, op zichzelf, eenvoudige regels. Iets als 'de goeden moeten onder de kwaden lijden'. Of zoals een hr-collega het eens verwoordde: 'Wij maken extra

moeilijke regels voor de 5 procent die het niet wil begrijpen.' Daarbij gingen wij er beiden van uit dat deze 5 procent de basisregel wel begrijpt, maar die niet op zichzelf toegepast wil zien.

Niessen verwijst naar de rapporten van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), het NIBUD, commentaar op het Wetsvoorstel pensioenverdeling bij scheiding 2021 en de – evaluatie van de – Algemene wet bestuursrecht (Awb). De WRR beveelt bijvoorbeeld aan 'om bij voorgenomen beleid en regelgeving vooraf te toetsen of de regeling doenlijk is voor burgers'.

Over de Awb legt Niessen een voorzichtig linkje met de zich lang voortslpende en veelal schrijnende zaken bij Toeslagen: '3.42 Scheltema bepleit een overgang van bureaucratische rechtsstaat naar responsieve rechtsstaat. In de responsieve rechtsstaat gaat het erom dat de burger die garanties [van de rechtsstaat] ook daadwerkelijk ervaart, dat hij bij zijn contacten met de overheid merkt dat het bij de rechtsstaat uiteindelijk om hem gaat. Hij illustreert dat met een voorbeeld. Een belanghebbende geniet kinderopvangtoeslag voor 10.300 euro, die hij aanwendt op de wijze waarvoor deze is bedoeld. Maar in de verantwoording gaat er iets mis: voor 300 euro ontbreekt het benodigde bewijs. Gevolg is dat het gehele bedrag moet worden terugbetaald, met alle problemen voor de belanghebbende van dien.'

Ik moet dan denken aan een voormalig politicus die in de Tweede Kamer pleitte voor een keiharde aanpak van fraude (al vanaf 25 euro), en die in zijn eigen procedure, waarbij het ging om meer dan 100.000 euro, benadrukte 'sordig en ongelooflijk laks' te zijn geweest en ontkende moedwillig bedrog te hebben gepleegd.

Niessen benoemt verder nog dat a) het fiscale recht vooral gaat over dwingend recht, b) de Belastingdienst vaak pas betrokken raakt nadat een aangifte is ingediend, c) vooroverleg niet eenvoudig is (zie ook mijn column in nummer 2019/10), d) de Belastingdienst geen app heeft met informatie over fiscaal riskante voornemens, e) de Belastingtelefoon niet voor dit soort vragen is toegerust, en f) de rechter ook moet toetsen aan de algemene beginsel van behoorlijk bestuur. Niessen besluit met de uitnodiging aan de Hoge Raad om 'overwegingen ten overvloed' – waarbij ingegaan wordt op de zorgplicht van de overheid – toe te voegen aan de beslissing op de rechtsvraag.

Volgens mij begint de zorgplicht van de overheid bij duidelijke wetgeving en de bijbehorende uitvoeringstoets. De eenheid van beleid en uitvoering bij de Belastingdienst is een mooi uitgangspunt, maar er moet mijns inziens altijd ruimte zijn voor een afwijkende behandeling, een soort 'hardheidsclausule'. Voor redelijkheid en billijkheid, zogezegd.

INFORMATIE LOONHEFFINGEN

In deze zaak gaat het om een natuurlijk persoon, de dga van een verlieslatende bv, die zonder fiscale kennis zoekt naar een mogelijkheid om geen beroep te hoeven doen op het sociale vangnet. Voor salarisprofessionals ligt dat anders. Zij hebben deze kennis wel of weten die te vinden in vakbladen, bij collega's, bij adviseurs of bij de overheid. Voor mij reden om de diverse vindplaatsen met fiscale informatie loonheffingen nog eens op een rij te zetten.

Belastingdienst

Op een speciaal gedeelte van de Belastingdienst-website worden de loonheffingen behandeld (<https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/nl/personeel-en-loon/personeel-en-loon>).

- *Handboek loonheffingen*. Het *Handboek* verschijnt jaarlijks en wordt door het jaar heen vervangen door een geactualiseerd exemplaar. Het *Handboek loonheffingen 2020* verscheen overigens pas in april, ruim na de eerste verloningen. Voor die tijd moest men het doen met het *Handboek loonheffingen 2019* (waarvan drie versies zijn verschenen).
- *Nieuwsbrief*. De jaarlijkse nieuwsbrief bevat de (meeste) cijfermatige wijzigingen voor het nieuwe jaar. Voor 2020 zijn drie versies verschenen, waarvan de laatste in februari 2020; ook hier ruim na de verloning van januari.
- *Formulieren en brochures*. Voor werkgevers zijn er diverse memo's met informatie te vinden (bijvoorbeeld over de definitie van verlonde uren), voorbeelden voor vastleggingen (bijvoorbeeld voor

inlenersaansprakelijkheid), handreikingen (bijvoorbeeld voor privégebruik auto) of beeldovereenkomsten (bijvoorbeeld voor geen privégebruik auto). Extra interessant in dit onderdeel vind ik de informatie van de Kennisgroep cao over scholingskosten en beoordeelde cao's. De beschikbare informatie is alfabetisch gerangschikt, wat het bijzonder lastig maakt om na te gaan of er nieuwe informatie is toegevoegd of informatie is vervangen. Het toevoegen van een publicatiedatum of versienummer zou al erg helpen.

Forum Salaris

Op een aparte website (<https://fsa.pleio.nl>) is een ontmoetingsplek gerealiseerd voor salarisprofessionals: het Forum Salaris. Om deze website te kunnen bezoeken, moet je een account aanmaken. De wervende tekst op de startpagina: 'Op Forum Salaris kunt u vragen stellen en vakgenoten helpen met uw kennis en ervaring. Ook vindt u hier nieuws, handreikingen en praktische informatie die zijn toegesneden op uw dagelijkse werk.'

Op de website is veel uitstekende informatie te vinden, waarbij soms wordt doorgelinkt naar informatie op de algemene website van de Belastingdienst. Er is ook een disclaimer: 'Op deze website staan inlichtingen, geen standpunten.' Dat maakt het lastig de gevonden informatie op waarde te schatten. Kan ik hieraan als werkgever rechten ontleen? Het lijkt dat dit, anders dan bij het *Handboek* en de nieuwsbrief, niet het geval is. In een besluit is opgenomen dat inhoudingsplichtigen, in redelijkheid, kunnen afgaan op de informatie in het *Handboek* en de bijbehorende berichten.

Forum Fiscaal Dienstverleners

Interessant is ook het Forum Fiscaal Dienstverleners (<https://ffd.pleio.nl>). Bijzonder aan dit forum is dat het uitsluitend toegankelijk is met een beconnummer, het nummer waaronder belastingconsulenten en administratiekantoren geregis-

treerd (kunnen) zijn bij de Belastingdienst.

Dat op dit platform ook fiscale informatie op het gebied van loonheffingen beschikbaar is, verbaast mij enigszins. Het beconnummer is namelijk vooral noodzakelijk voor het aanvragen van uitstel voor het indienen van aangiften inkomsten- en vennootschapsbelasting; dat lijkt toch een andere tak van sport.

Ondersteuning Digitaal Berichtenverkeer

Op de website Ondersteuning Digitaal Berichtenverkeer (<https://odb.belastingdienst.nl>) vindt u informatie gericht op het digitale berichtenverkeer tussen inhoudingsplichtige en Belastingdienst. Sinds december 2019 staat hier bijvoorbeeld informatie over de verwerking van IB-47 (betalingen aan derden, niet-zijnde ondernemer of werknemer). De site is vooral bedoeld voor softwareontwikkelaars. Vanuit salarisoptiek vind ik vooral het onderdeel met veelgestelde vragen interessant. Ook hier een disclaimer als bij het Forum Salaris; bovendien moet er een account aangemaakt worden.

Pensioen

Het (fiscale) pensioenrecht is niet eenvoudig, om niet te zeggen ronduit complex. Niet voor niets heeft het Centraal Aanspreekpunt Pensioen, een van de kennisgroepen binnen de Belastingdienst die extern mogen communiceren, een eigen website (<https://centraalaanspreekpuntpensioenen.belastingdienst.nl>). Daar staan onder andere 165 actuele vragen en antwoorden. Zoek je binnen de website op 'prijsgaven', het vraagstuk in de in dit artikel beschreven zaak, dan krijg je 77 hits – toch een indicatie dat er veel over te zeggen valt! Pluspunt van deze website is dat vervallen standpunten beschikbaar blijven.

Nog even terug naar de casus. Ik heb alle hits nagelopen en kom geen standpunt tegen dat de overdracht van een pensioenkapitaal van een professionele verzekeraar naar een bv met een negatief vermogen ziet als prijsgeven. Alleen prijsgeven op de pensioendatum of daarna wordt besproken. Dat past bij mijn ervaring: eerder praten over prijsgeven zonder fiscale gevolgen dan op de pensioenge-rechtigde leeftijd werd vlot gepareerd met de opmerking dat er nog goede jaren kunnen komen. En als de Hoge Raad goed kijkt naar de feiten, dan zal zij concluderen dat juist het tegenovergestelde van prijsgeven is gebeurd. Immers, de belastingplichtige heeft exact de waarde van het pensioenrecht

uitbetaald gekregen door middel van de aangegane lening. Eventueel kan dat gezien worden als belaste afkoop, met dezelfde fiscale effecten als prijsgeven.

De Hoge Raad stelt vast dat het recht goed is toegepast en motiveert dit verder niet. Er zijn geen 'vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81, lid 1, van de Wet op de rechterlijke organisatie)'. Zo blijft onduidelijk of de Hoge Raad niet wil of, vanwege haar positie in het rechtssysteem, niet kan ingaan op de vraag. Daarmee is het aan de wetgever hoe hier mee om te gaan.

Loonheffing.nl

Een particulier initiatief wil ik niet onvermeld laten: www.loonheffing.nl. Voor mij een handige toegang tot wetteksten, beleidsbesluiten en diverse doorverwijzingen.

TOT BESLUIT

Met al deze handboeken, handreikingen, standpunten, V&A's en andere uitingen van 'beleid' geeft de Belastingdienst veel informatie. Het vergt daarbij wel enige zoekervaring en vasthoudendheid om het laatste (of juiste) standpunt te vinden. Een voorbeeld is de maaltijd in de kantine op het werk, waarbij de kosten van de maaltijd lager zijn dan het normbedrag van 3,35 euro. In een handreiking op het Forum Salaris wordt hier aandacht aan besteed, maar het *Handboek loonheffingen 2020* rept er met geen woord over.

Ook biedt al deze informatie toch geen oplossing voor de vraag die advocaat-generaal Niessen stelt en de Hoge Raad niet beantwoordt: wat als bepaalde verrichte handelingen fiscale gevolgen oproepen die niet voorzien waren? Reden te meer om te weten waar de beschikbare informatie te vinden is. Ook is de vraag van de advocaat-generaal een oproep aan de Belastingdienst om belastingplichtigen (nog) proactiever te informeren.