

Onderbelichte fiscale gevolgen van onverwachte aansluiting bij bedrijfstakpensioenfondsen

11-1-2022 | Door Remko Hesse, werkzaam bij Foseti BV
(www.foseti.nl)



Zo'n 90% van alle werknemers in Nederland heeft recht op een aanvullend pensioen toegezegd door hun werkgever. Werkgevers zijn verplicht zich aan te sluiten bij een bedrijfstakpensioenfonds, dan wel hebben de mogelijkheid om zelf een contract te sluiten met - bijvoorbeeld - een verzekeraar of Algemeen Pensioenfonds. Discussie over deze verplichte aansluiting, zeker die met terugwerkende kracht, komt vaker voor dan ik dacht, en partijen zijn het daarover lang niet altijd met elkaar eens. Het kan hierdoor voorkomen dat een werkgever uiteindelijk gelijktijdig aan meerdere pensioenregelingen deelneemt.

In deze bijdrage neem ik u aan de hand van enkele recente uitspraken mee in de verplichte aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds en vul dit aan met een bespreking van de - mogelijke - gevolgen daarvan voor de loonheffingen. Past het uiteindelijk door de werkgever toegezegde pensioen binnen de fiscale regels, en zo nee, wat betekent dat dan?

Het werkveld van een bedrijfstakpensioenfonds

Een bedrijfstakpensioenfonds voert binnen een afgebakend deel van de arbeidsmarkt een pensioenregeling uit. Ruim 50 fondsen kennen daarbij een verplichte aansluiting. Bedrijfstakpensioenfondsen beoordelen op verzoek van een werkgever of aansluiting verplicht is. Fondsen zijn ook actief op zoek naar werkgevers binnen het werkveld die zich - nog - niet aangemeld hebben. Een belangrijke reden hiervoor is dat pensioen zo geen element is waarop bedrijven in de sector met elkaar kunnen concurreren. Het beschermt daarbij de medewerker.

Is iemand deelnemer en - uiteindelijk - pensioengerechtigd?

Heeft de werkgever zich aangemeld voor de verplichte pensioenregeling, dan is de werknemer in beginsel ook verplicht deelnemer en in het algemeen ook bekend bij het pensioenfonds. Dat dit niet altijd zo is, blijkt wel uit de casus van de waarnemend oogarts¹. De casus in het kort: Een zelfstandig gevestigde oogarts is voor zijn winst uit onderneming verplicht aangesloten bij Stichting Pensioenfonds Medisch Specialist (SPMS) en werkt ook als waarnemer. Volgens SPMS zijn de inkomsten als waarnemer, met een ziekenhuis als opdrachtgever, echter geen onderdeel van de grondslag (de winst) voor de pensioenrechten bij SPMS. Vervolgens wendt deze oogarts zich tot het pensioenfonds zorg en welzijn (PFZW), immers ziekenhuizen zijn verplicht aangesloten bij PFZW. De oogarts slaagt er niet in om aan te tonen dat de waarnemingen als werknemer van de ziekenhuizen zijn uitgevoerd. En daarmee is hij geen deelnemer in de pensioenregeling van PFZW.

Mahevia S.A., dubbele pensioenplicht?

Dat een pensioenfonds actief toetst of werkgevers verplicht zijn aangesloten bij haar regeling, blijkt onder andere uit de casus Mahevia². In deze casus leende een in Luxemburg gevestigde werkgever werknemers uit aan slachterijen in Nederland. De werknemers met een Nederlandse arbeidsovereenkomst zijn aangemeld bij Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor Vlees, Vleeswaren, Gemaksvoeding en Pluimveevlees (VLEP). Werknemers met een arbeidsovereenkomst naar Luxemburgs recht en pensioenopbouw aldaar zijn niet aangemeld. VLEP is van mening dat de pensioenregeling ook verplicht is voor deze laatste categorie werknemer. VLEP legt hiervoor ambtshalve premienota's op. Mahevia is het niet eens met VLEP, gaat procederen en voert onder andere aan dat:

- deze werknemers slechts tijdelijk in Nederland werken en sociaal verzekerd zijn in Luxemburg.
- en hun pensioen onder deze sociale zekerheid valt;

¹ Rechtbank Middel-Nederland, 17 november 2021 (ECLI:NL:RBMNE:2021:5854)

² Hof Arnhem - Leeuwarden, 30 november 2021 (ECLI:NL:GHARL:2021:11029)

- al wordt deelgenomen aan een verplichte pensioenregeling in Luxemburg, waarvoor Mahevia premies heeft afgedragen;
- de Coördinatieverordening van toepassing is. Deze verordening regelt de coördinatie van sociale zekerheidsstelsels bij grensoverschrijdend werken binnen de Europese Unie;
- het verdrag van Rome bepaalt dat de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het (Luxemburgse) recht waar partijen voor hebben gekozen.
- zij niet valt onder het verplichtstellingbesluit van VLEP, omdat meer dan 50% van het personeel (c.q. 50% van de loonsom) niet in Nederland werkt.

Nadat de rechtbank VLEP in het gelijk heeft gesteld komt de zaak bij het hof Arnhem - Leeuwarden. Het hof bevestigt de uitspraak van de rechtbank en beschrijft de centrale vraag als volgt: De rechter *“moet bij de beoordeling naar het toepasselijk recht motiveren waarom uit alle omstandigheden van het geval blijkt van een kennelijk nauwere band met dat andere land, die rechtvaardigt dat een uitzondering wordt gemaakt op het uitgangspunt van het recht van het gewoonlijke werkland”*. Het antwoord op deze vraag bepaalt in welk land pensioen opgebouwd wordt.

Motivering van het hof Arnhem - Leeuwarden

Het hof stelt vast dat Nederland voor deze werknemers het gewoonlijke werkland is. Op basis van de feiten staat het voor het hof vast dat werknemers gewerkt hebben in slachthuizen in Nederland, tijdelijk gehuisvest zijn in Nederland en in Nederland loonbelasting zijn verschuldigd. Belangrijk is ook dat Mahevia zeer beperkt informatie heeft verstrekt over de individuele werknemers.

De volgende toets is dan of er een nauwere band is met het andere land? De werknemer is sociaal verzekerd in Luxemburg en daar wordt het salaris betaald. Volgens het hof komt dat voornamelijk omdat Mahevia in Luxemburg is gevestigd, en dit is daarmee minder van belang voor het bepalen van de nauwere band die de werknemer kan hebben met het andere land. De werknemers hebben niet de Luxemburgse

³ Er zijn meer redenen waarom Mahevia verplicht aangesloten is bij VLEP. Voor de leesbaarheid van deze bijdrage laat bespreking daarvan achterwege.

nationaliteit, wonen niet in Luxemburg en keren na de opdracht ook niet terug naar Luxemburg. Daarmee is er geen nauwere band met Luxemburg dan met Nederland. Over het beroep van Mahevia het Verdrag van Rome zegt het hof dat de keuze voor het Luxemburgs recht voor de werknemer niet slechter mag uitpakken dan bij een arbeidsovereenkomst zonder rechtskeuze. Is dat het geval, dan is het recht van het land waar gewoonlijk gewerkt wordt bepalend, en dat is Nederland.

Het argument dat de verplichtstelling niet van toepassing is omdat loonsom van Mahevia in Nederland minder is dan 50% van de totale loonsom, wordt door het hof gepareerd met de opmerking dat het gaat om de loonsom in Nederland. Bij een ruimere definitie, inclusief de loonsom in andere landen, zou de bescherming van de werknemer onvoldoende gewaarborgd zijn.

Kortom, Mahevia valt ook voor werknemers met een arbeidsovereenkomst naar Luxemburgs recht onder de verplichtstelling van VLEP³. Dit betekent dat nu voor meer dan één pensioenregeling premie betaald moet worden.

Andere casus

De zaak Mahevia is geen uitzondering. Op dezelfde dag deed het hof Arnhem - Leeuwarden een gelijklopende uitspraak inzake Presta Meat S.A. en Lema Slovakia S.R.O⁴. Ook in een zaak met een Cypriotische werkgever (AFMB Limited) speelde de verplichtstelling een rol⁵. Het hof concludeerde dat de keuze voor het Cypriotisch recht er niet toe leidt dat de werknemer, die gewoonlijk in of vanuit Nederland werkt - het gaat om chauffeurs - de bescherming van het dwingend Nederlands recht verliest. Belangrijk aspect is dat vrijwel alle betrokken werknemers in Nederland wonen en de Nederlandse nationaliteit hebben. Ook hier is de verplichtstelling van toepassing en bescherming van de - rechten van de - werknemer het uitgangspunt.

⁴ Hof Arnhem - Leeuwarden, 30 november 2021 (ECLI:NL:GHARL:2021:11021) en (ECLI:NL:GHARL:2021:11015)

⁵ Hof Arnhem - Leeuwarden, 17 maart 2020 (ECLI:NL:GHARL:2020:2304)

Verplichtstelling voor platformbedrijven staat ook ter discussie

In Nederland wordt stevig gediscussieerd over het werkgeverschap bij platforms. Onlangs heeft het hof Amsterdam uitspraak gedaan in de zaak Deliveroo⁶. De Stichting bedrijfstakpensioenfondsen voor het beroepsvervoer over de weg (Bpf Vervoer), stelt dat Deliveroo verplicht is zich aan te sluiten bij de pensioenregeling. Ook uit deze casus wil ik enkele elementen benoemen die relevant zijn voor de fiscale behandeling van pensioenrechten nadat sprake is van verplichte aansluiting. Bij de start van Deliveroo in 2015, zijn de bezorgers in dienstbetrekking. Later verandert dit en is de overeenkomst van opdracht het uitgangspunt (en zo geen werknemer). In augustus 2017 start Bpf Vervoer een onderzoek naar de verplichtstelling. Medio 2018 werkt iedere maaltijdbezorger op basis van een overeenkomst van opdracht.

Eerder heeft het hof Amsterdam al geconcludeerd dat tussen Deliveroo en de maaltijdbezorgers een arbeidsovereenkomst bestaat én dat de cao voor het beroeps-goederen vervoer van toepassing is⁷. Nu stelt het hof vast dat de verplichtstelling van toepassing is, waardoor Deliveroo, vanaf het moment van oprichting, aangesloten is bij Bpf Vervoer.

Aardig zijstapje, het is steeds dezelfde advocaat die de betrokken pensioenfondsen vertegenwoordigde bij bovengenoemde zaken.

Dat het pensioenfonds niet altijd wint, blijkt wel uit de zaak FFS⁸. Volgens het Hof exploiteert FFS een platform en is daarmee, volgens het hof, geen groothandel in levensmiddelen. Met als gevolg dat er geen sprake is van verplichte aansluiting bij de Stichting bedrijfstakpensioenfondsen voor de foodservice en groothandel in levensmiddelen.

En nu fiscaal

De pensioenfondsen hebben premienota's uitgestuurd naar bovengenoemde bedrijven. Dat betekent ook dat de betrokken werknemers in beginsel recht op pensioen hebben. In beginsel, want soms is er geen - volledige - pensioenopbouw als de premie niet betaald wordt. VLEP bijvoorbeeld, kent in zeer specifieke gevallen geen

pensioenopbouw⁹. Voor zover de werknemers bekend zijn, zal het pensioenfonds deze werknemers opnemen in haar administratie. Hierbij zijn de fondsen afhankelijk van de informatie die de werkgever verstrekt.

Om diverse redenen zijn voor mij Deliveroo en Mahevia interessant om te bespreken. Bij Deliveroo kan voor de maaltijdbezorger fiscaal sprake zijn van winst uit onderneming, resultaat uit overige werkzaamheden of loon uit dienstbetrekking. Bij Mahevia is het vooralsnog onduidelijk welke werknemers het betreft, maar zeker is dat deze werknemers over dezelfde beloning ook pensioenrechten opbouwen in Luxemburg. De vraag is dan wat eventuele fiscale consequenties zijn van deze aanspraken voor de betrokken personen?

Deliveroo / (her-)kwalificatie van de inkomsten

In de Wet inkomstenbelasting 2001 (wet IB) kwalificeren - samengevat - als pensioenregeling¹⁰:

- Een regeling overeenkomstig de wettelijke bepalingen van de loonbelasting;
- Een regeling op basis van verplichte deelname aan een bedrijfstak- of beroeps-pensioenregeling;
- Een regeling van een ander land, die naar aard en strekking overeenkomt met de Nederlandse regels.

Een aanspraak op pensioen is onbelast, mits passend binnen wet- en regelgeving. Bij winst uit onderneming is de aanspraak op pensioen onbelast, als ook bij resultaat uit overige werkzaamheden¹¹. Daarmee is de eerste hobbel wel genomen, namelijk aanspraak vrij en de uitkering belast. Maar wat als deze inkomsten volgens de Belastingdienst - fiscaal - (her-)kwalificeren als loon uit dienstbetrekking? Gezien de discussie over werken voor/via een platform niet onvoorstelbaar, zeker nu het handhavingsmoratorium toch een keer zal eindigen.

⁶ Hof Amsterdam, 21 december 2021 (ECLI:NL:GHAMS:2021:3979)

⁷ Hof Amsterdam, 16 februari 2021 (ECLI:NL:GHAMS:2021:392)

⁸ Hof 's-Hertogenbosch, 30 november 2021 (ECLI:NL:GHSHE:2021:3590)

⁹ Artikel 52 Pensioenreglement 2014

¹⁰ Artikel 1.7 Wet IB

¹¹ Artikel 3.13 Wet IB in combinatie met artikel 3.95 wet IB

Dan spelen de hoogte van de inkomsten en de gewerkte tijd (hoogte franchise i.v.m. deeltijd werken) een grote rol bij de vaststelling of de pensioenrechten passen binnen de fiscale regels voor de loonbelasting. Stel dat dit niet het geval is, dan is de aanspraak belast en zijn de toekomstige uitkeringen vrij. Zo heeft ook het pensioenfonds alle belang bij de juiste en volledige vaststelling van de pensioenrechten. Voorwaar administratief niet eenvoudig.

Mahevia

De zaak Mahevia is fiscaal ook een uitdaging. De betreffende werknemers bouwen, althans volgens Mahevia, ook verplichte pensioenrechten op in Luxemburg (Caisse nationale d'assurance pension (CNAP) voor het pensioen van de werkgever en Caisse de Pension/CCSS als sociale zekerheid). Ik durf de stelling aan dat deze tweede pijler pensioenrechten tezamen (CNAP en het VLEP-pensioen) uitgaan boven de grenzen in de Wet op de loonbelasting 1964 (wet LB). Het gevolg is dan een belaste aanspraak. Immers, de toezegging op pensioen wordt formeel gedaan door de werkgever. Dat deze bij twee uitvoerders is ondergebracht, maakt niet dat uitgegaan moet worden van twee aanspraken. De wet gaat uit van één aanspraak op pensioen die, uiterlijk op het fiscale genietingsmoment, eventueel gesplitst kan worden in een zuiver en onzuiver deel.

Nu Mahevia ook inhoudingsplichtige is in Nederland, zal zij, bij de vaststelling van het belastbare loon rekening moeten houden met deze onzuivere aanspraak. Het fiscale genietingsmoment bepaalt op welk moment deze aanspraak tot het loon gerekend moet worden.

Fiscale genietingsmoment

Voor het moment waarop de aanspraak op pensioen belast moet worden, is het fiscale genietingsmoment bepalend. Dit is het eerste moment waarop het loon wordt betaald, ter beschikking wordt gesteld, vorderbaar én inbaar is, rentedragend is of verrekend wordt. Daarnaast bevat de wet LB nog een fictief heffingsmoment direct voorafgaand aan het onzuiver worden¹². Bepalend is het moment waarop het pensioenrecht toegekend wordt, en daar zit nu net de crux. Immers heeft de werknemer

¹² Artikel 19b, onderdeel 1 Wet LB

de pensioenrechten al toegezegd gekregen als de beoordeling van de verplichtstelling nog onder de rechter is? Waarschijnlijk niet, behalve in de situatie dat de werknemer de pensioenuitkering aanvraagt én krijgt. Dat kan betekenen dat de betreffende werknemer al niet meer in dienst is bij de werkgever op het moment van belastingheffing over de aanspraak.

Dit soort situaties vergt derhalve een zorgvuldige monitoring door werkgever, pensioenfonds, adviseur en zeker de Belastingdienst. Mocht het fiscale genietingsmoment voorbij zijn, dan zal waarschijnlijk de uitkering niet meer in Nederland belast kunnen worden. De meeste slaggers waar het in deze bijdrage om gaat, zijn niet in Nederland woonachtig. Artikel 10, onderdeel 4 wet LB lost dat niet op.

Samengevat

Bedrijfstakpensioenfonds beoordelen actief of werkgevers verplicht aangesloten - moeten - zijn bij de pensioenregeling. Dit is niet alleen een aandachtspunt voor in het buitenland gevestigde werkgevers, ook een simpele wijziging van sectorindeling kan, bijvoorbeeld door verandering van werkzaamheden, leiden tot deelname aan een ander pensioenfonds. Ook Nederlandse werkgevers hebben belang bij een juiste aansluiting. Immers, geen werkgever wordt graag geconfronteerd met dubbele pensioenlasten. Dat dit in de papieren kan lopen, werd in een zaak over verjaring duidelijk¹³. Er is een nota van meer dan 3 miljoen euro aan achterstallige premie opgelegd. En ook in deze casus had de werkgever als een pensioenregeling elders ondergebracht, met nu dubbele pensioenrechten voor de werknemer tot gevolg.

¹³ Rechtbank Midden-Nederland, 21 april 2021 (ECLI:NL:RBMNE:2021:1723)