

Hoge Raad beslist positief over lagere grondslag ZVW bij omzetting FOR in een stakingslijfrente

4-3-2019 | Door Remko Hesse
werkzaam bij ING Group Tax en Foseti bv



Op 23 november 2018 heeft de Hoge Raad arrest gewezen op de vraag of een uit de vrijval van de fiscale oudedagsreserve (FOR) gefinancierde premie voor een stakingslijfrente de grondslag voor de bijdrage Zorgverzekeringswet (ZVW) wel of niet verlaagt¹. De Hoge Raad concludeert van wel, waarbij men zich baseert op een vergelijking van de grondslag ZVW van een ondernemer met die van een werknemer. Met toepassing van artikel 14 EVRM verlaagt de Hoge Raad vervolgens zelf de grondslag met de betaalde premie voor de stakingslijfrente (rechtsherstel). Interessant aan deze zaak zijn voor mij drie zaken:

1. Is het vergelijk van de Hoge Raad juist en zo ja,
2. wat betekent dit voor andere aftrekbare lijfrentepremies en
3. wat is het effect van het door de Hoge Raad geboden rechtsherstel?

De casus

Een ondernemer staakt zijn onderneming met als gevolg dat de aanwezige FOR vrijvalt. Een deel van deze FOR zet de ondernemer om in een lijfrente als bedoeld in artikel 3.128 Wet IB 2001. Bij de vaststelling van de verschuldigde bijdrage ZVW houdt de inspecteur wel rekening met de vrijval van de FOR (wel hogere grondslag), maar niet met de betaalde lijfrentepremie (geen lagere grondslag). De ondernemer gaat hier tegen in met o.a. een beroep op het EVRM².

¹ Hoge Raad 23 november 2018, [ECLI:NL:HR:2018:2175](#)

² EVRM: Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

Artikel 1 Eerste Protocol: "Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht."

Artikel 13 EVRM (Recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel): "Een ieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie."

Immers, in vergelijk met de pensioenopbouw van een werknemer, ontstaat er nu economisch dubbele heffing omdat zowel de vrijval van de FOR als de toekomstige lijfrente-uitkering, uit de niet aftrekbare premie, grondslag zijn voor de bijdrage ZVW. Hoe werkt het nu?

De Zorgverzekeringswet (ZVW)

De artikelen 42 en 43 ZVW bepalen de grondslag voor de bijdrage ZVW. Voor werknemers is dit 'het loon als bedoeld in de Wet LB 1964' en voor ondernemers 'de belastbare winst uit onderneming volgens de regels van afdeling 3.2. van de Wet IB 2001'.

Zowel het werkgevers- als het werknemersdeel van de pensioenpremie is, net als eindheffingsloon, voor werknemers geen grondslag voor de bijdrage ZVW. De grondslag is het fiscale loon.

Voor ondernemers is de grondslag de belastbare winst uit onderneming, verminderd met de ondernemersaftrek en de MKB-winstvrijstelling. De betaalde pensioenpremie (artikel 3.18 Wet IB 2001) en de dotatie aan de FOR (artikel 3.67 Wet IB 2001) verlagen ook de grondslag voor de bijdrage ZVW. En de vrijval van de FOR verhoogt vervolgens de grondslag (artikel 3.70 Wet IB 2001).

Schematisch weergegeven geeft dit de volgende vereenvoudigde opbouw van de grondslag:

	Werknemer	Ondernemer
Loon	40.000	-
Pensioenpremie werknemer	- 1.000	-
Winst (saldo omzet – kosten)	-	40.000
Beroepspensioenpremie	-	-500
Zelfstandigenaftrek	-	- 7.280
MKB-winstvrijstelling	-	- 4.511
FOR (min 500 pensioenpremie)	-	- 3.228
Grondslag	39.000	24.481

Artikel 14 EVRM (verbod op discriminatie): "Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status."

Bij deze grondslagen bedraagt de bijdrage ZVW in 2018 voor de werknemer € 2.691 (te betalen door de inhoudingsplichtige) en voor de ondernemer € 1.383. In dit overzicht is bewust de premie voor het beroepspensioen opgenomen om duidelijk te maken dat ook dat pensioen anders wordt behandeld dan de FOR. Merk ook op dat de grondslag voor de ondernemer - fors - lager is dan die voor de werknemer. Bij staking van de onderneming waarbij de FOR verplicht vrijvalt dan is de situatie als volgt:

	Werknemer	Ondernemer
Eerder vastgestelde grondslag	39.000	24.481
Vrijval FOR (fictief bedrag)		+ 16.000
Grondslag bij staking		40.481

De ondernemer is nu € 2.287 verschuldigd als bijdrage ZVW.

Met dit overzicht wordt ook goed zichtbaar waar voor de ondernemer in de voorgelegde casus de pijn zit. Met de omzetting van een deel van de FOR in een lijfrente wordt bij de vaststelling van de grondslag geen rekening gehouden, zodat sprake is van - economisch - dubbele heffing van bijdrage ZVW: over de vrijgevallen FOR én over de toekomstige lijfrentetermijnen. Bij pensioen is geen sprake van dubbele heffing, zowel voor de werknemer als de ondernemer. Daarbij wil ik nog wel vermelden dat de bijdrage over de pensioenuitkeringen verschuldigd is door de werknemer, waar de werkgever/inhoudingsplichtige het voordeel van de aftrek heeft. Met een beroep op het EVRM brengt de ondernemer deze vorm van ongelijke behandeling en daarmee ongeoorloofde discriminatie op: werknemers en ondernemers behoren in zijn ogen gelijk te worden behandeld!

Standpunt inspecteur

De inspecteur stelt primair dat de wettekst is zoals die is en dat werknemers en ondernemers in het algemeen geen gelijke gevallen zijn. Daarbij wordt bijvoorbeeld gewezen op de ondernemersfaciliteiten. Ook is er volgens de inspecteur geen verschil in behandeling. Immers, tot aan de wettelijk verplichte vrijval van de FOR, in verband met de staking van de onderneming, is er geen verschil tussen de werknemer en de ondernemer. Ook voor de lijfrentepremie is er geen ongelijkheid; die komt

zowel voor de werknemer als de ondernemer niet in mindering op de grondslag voor de bijdrage ZVW.

De inspecteur benoemt ook expliciet het verschil in heffingssystematiek: *“Het in aftrek toelaten van een lijfrentepremie betekent een fundamentele inbreuk op de gescheiden heffingssystematiek van de Zvw. Een lijfrentepremie die naast het loon wordt betaald, verlaagt dan de heffingsgrondslag waarover in de inhoudings sfeer is geheven. Dit kan nu uitdrukkelijk niet. Zeker nu niet meer, nu in een groot aantal van de gevallen de inhoudingsplichtige voor de Zvw de werkgeversheffing Zvw verschuldigd is. Het is dan niet mogelijk om rekening te houden met in privé door de werknemer betaalde lijfrentepremies. De werknemer is immers niets verschuldigd en een teruggaaf aan de inhoudingsplichtige compliceert dan de heffing van de Zvw enorm. Daarom meen ik dat de keuze van de wetgever om voor een eenvoudiger stelsel van heffen te kiezen niet van elke redelijke grond ontbloomt is.”*

Mijn opmerking hierbij is dat er in deze zaak in beginsel ook geen sprake is van dubbele heffing. Die ontstaat pas na de omzetting van de FOR in een stakingslijfrente. Deze mogelijkheid tot omzetting in een lijfrente bestaat niet voor het pensioenrecht. Een pensioen kan wel onzuiver worden en daarmee direct belastbaar. De waarde van dit onzuivere pensioen verhoogt ook de grondslag voor de ZVW. En zoals de inspecteur stelt, is geen enkele premie lijfrente aftrekbaar van de grondslag, dus ook op dat vlak is geen sprake van ongelijke behandeling.

Vervolgens geeft de inspecteur heffings- en uitvoeringstechnische problemen aan als rechtvaardiging van de eventuele verschillen c.q. dubbele heffing. Denk hierbij aan het doen van aangifte inkomstenbelasting en vervolgens het opleggen van aanslagen inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen en ZVW.

De advocaat-generaal benoemt in zijn conclusie³ dat dit aspect voor bijvoorbeeld hypotheekrente ook geen belemmering is. En zeker niet voor ondernemers die toch al aangifte moeten doen. Dus waarom hier wel?

³ [ECLI:NL:PHR:2018:119](#)

Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt met betrekking tot de afwikkeling van de FOR, waarbij categorie (i) staat voor werknemers en categorie (ii) staat voor ondernemers, het volgende:

3.4. Indien het gereserveerde bedrag wordt aangewend als premies voor een oudedagsvoorziening die aanspraak geeft op daadwerkelijke uitkeringen, komt de FOR naar zijn strekking volledig tot zijn recht. De opgebouwde FOR wordt die strekking echter onthouden indien bij de vaststelling van de inkomensafhankelijke bijdrage die premies niet in aftrek worden toegelaten. Dan ontstaat een ongelijke behandeling van een geval als bedoeld in categorie (ii) ten opzichte van de gevallen bedoeld in categorie (i), wat niet verenigbaar is met de omstandigheid dat de wetgever die gevallen (i) en (ii), zoals hiervoor in 3.3 is vastgesteld, als gelijke gevallen beschouwt.

3.5. De stukken van het geding geven onvoldoende aanknopingspunten om aan te nemen dat bij het vaststellen van een inkomensafhankelijke bijdrage in de gevallen waarin ten laste van de FOR een lijfrente wordt bedongen, zodanig zwaarwegende uitvoeringsproblemen zouden ontstaan dat deze de ongelijke behandeling kunnen rechtvaardigen. Het in de bestreden uitspraak besloten liggende oordeel dat deze ongelijke behandeling bij het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol in verbinding met artikel 14 van het EVRM geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Hierbij verdient opmerking dat er ook overigens geen aanknopingspunten zijn om te oordelen dat voor het onderhavige verschil in behandeling een redelijke grond bestaat.

[Opmerking JRH: De onderstrepingen in bovenstaande tekst zijn van mij.]

Vervolgens beslist de Hoge Raad dat de lijfrentepremie de grondslag voor de bijdrage ZVW verlaagt. Nu die ongelijke behandeling van gelijke gevallen niet gerechtvaardigd wordt, biedt de Hoge Raad met toepassing van het EVRM rechtsherstel door de grondslag voor de bijdrage ZVW zelf daadwerkelijk te verlagen.⁴

⁴ Uit de conclusie van de advocaat- generaal:

7.21 Wat daarvan zij, ook als die keuze zou bestaan, meen ik dat het systeem van de wet en de bedoeling van de wetgever duidelijk zijn. Hij heeft onmiskenbaar niet bedoeld discriminerende dubbele bijdrageheffing te veroorzaken, maar zag - naar nu volgens het feitelijke oordeel van het Hof blijkt, ten onrechte - onoverkomelijke uitvoeringstechnische bezwaren tegen het ook door hem ge-

De Hoge Raad maakt nog wel de cryptische opmerking dat er 'overigens geen aanknopingspunten zijn om te oordelen dat voor het onderhavige verschil in behandeling een redelijke grond bestaat'. Geeft de Hoge Raad hiermee impliciet aan dat de door de staatssecretaris benoemde gescheiden heffingsystematiek eveneens geen reden is voor een verschillende behandeling tussen pensioen en lijfrente?



wenste vermijden daarvan. Het systeem van de wet houdt mijns inziens in dat dubbele heffing voorkomen wordt door premies voor oudedagsvoorzieningen die later tot Zvw-bijdrageplichtige uitkeringen leiden, buiten het Zvw-bijdrage-inkomen te laten. Hoe de discriminatie moet worden opgeheven, kan mijns inziens dus zonder meer uit de wet, de parlementaire geschiedenis en de boven geciteerde latere uittalingen van de medewetgever worden afgeleid voor het geval de door hem gevreesde uitvoeringsproblemen die aan de - ook door de wetgever - gewenste gelijke behandeling in de weg zouden staan, niet zouden blijken te bestaan of aftekweigerig die problemen niet zou wegnemen voor gevallen zoals die van de belanghebbende, aan wie hoe dan ook al aanslagen inkomensafhankelijke bijdrage Zvw moeten worden opgelegd.

7.22 Het geheel buiten toepassing laten van art. 43 Zvw gaat duidelijk verder dan nodig is. Los van de vraag of belanghebbendes vrees terecht is dat de wetgever na slechts een declaratoir (prospectieve overruling) uwerzijds niet zal gaan bewegen - zeker is wel dat belanghebbendes situatie vergaand contrasteert met die in HR BNB 2006/322 (zie 6.3), waarin de wetgever de discriminatie juist zelf al had beëindigd - meen ik dat u geen politieke of beleidskeuzen hoeft te maken. U kunt mijns inziens geheel binnen de Grondwettelijke taak van de derde staatsmacht de belanghebbende de door hem gewenste aftrek van de door hem betaalde premie verlenen.

Beschouwing van de zaak

De lijfrente

Bij pensioenrechten wordt de periodieke uitkering in de grondslag voor de ZVW meegenomen. Bij de afwikkeling van de FOR is dat bij staking de vrijval. De Hoge Raad benoemd hierboven *dat de strekking van de FOR* ook is - de aankoop van - een recht op periodieke uitkeringen en dat kan alleen in de vorm van een stakingslijfrente. Daarom verlaagt de premie voor de lijfrente nu de grondslag ZVW en zijn te zijner tijd de uitkeringen belast.

Dit is voor mij de kern van deze casus. Nu deze specifieke afwikkeling van de FOR in de vorm van een lijfrentepremie niet als verlaging van de grondslag is opgenomen in de ZVW, sluit het systeem van de verzorging van de oude dag middels periodieke uitkeringen. En daarom grijpt de Hoge Raad in. Dit betekent naar mijn mening dat voor iedere ondernemer die ten laste door omzetting van de FOR in een lijfrente aankoopt, sprake moet zijn van verlaging van de grondslag met deze lijfrentepremie.

Andere aftrekbare lijfrentepremies

De vraag is nu wat dit betekent voor de overige lijfrenten in de Wet IB 2001. Immers, werknemers kunnen lijfrenten afsluiten indien en voor zover het pensioen in de dienstbetrekking niet maximaal is.

En niet alle ondernemers doteren aan de FOR maar storten, net als resultaatgenieters, direct naar een lijfrenteproduct. Is deze - economische - dubbele heffing met dit arrest ook voor andere lijfrenten teniet gedaan? Immers de strekking van de lijfrente is gelijk aan die van pensioen, een periodieke uitkering als ouderdomsvoorziening.

Eenzijds ja, aangezien de Hoge Raad benoemt dat de ongelijke behandeling tussen ondernemers en werknemers niet gerechtvaardigd wordt door de door de inspecteur opgebrachte heffings- en uitvoeringstechnische problemen en, gezien de eerder benoemde cryptische opmerking van de Hoge Raad, mogelijk ook niet door de gescheiden heffingssystematiek. En het daarmee logisch is, om in ieder geval voor ondernemers op alle fiscaal aftrekbare reserveringen voor de oude dag de omkeerbeleging voor de bijdrage ZVW toe te passen. Dat is immers een goede vergelijking met de werknemer.

En ook voor diezelfde werknemer zou een lijfrentepremie verlaging van de grondslag voor de bijdrage ZVW tot gevolg moeten hebben. Er kan immers alleen sprake zijn

van een aftrekbare lijfrentepremie als er geen of onvoldoende pensioen wordt opgebouwd.

Anderzijds nee, omdat de Hoge Raad benoemd dat de reguliere afwikkeling van een FOR een recht op periodieke uitkeringen moet zijn en niet de vrijval op basis van artikel 3.70 Wet IB. Daarmee kan de stelling ingenomen worden dat eerst sprake moet zijn van een pensioen danwel een FOR alvorens, bij de omzetting daarvan tot een grondslag verlagende lijfrentepremie te komen.

Persoonlijk ben ik van mening op basis van dit arrest de wetgever de artikelen 42 en 43 ZVW zodanig moet aanpassen dat fiscaal aftrekbare lijfrenten ook de grondslag voor de ZVW verlagen. In de conclusie van de advocaat-generaal komt immers duidelijk naar voren gekomen dat de wetgever deze dubbele heffing niet heeft beoogd. Slechts uitvoeringsproblemen zijn hiervoor de reden, welke vervolgens door de Hoge Raad ter zijde worden geschoven. Waarmee de voorzieningen voor de oude dag voor ondernemers, resultaatgenieters en werknemers gelijk worden behandeld. Met dit arrest als leidraad, is het niet chique van de wetgever als deze problematiek alleen aan de Belastingdienst als uitvoerder wordt overgelaten.

Een niet te onderschatten onderdeel van deze vervolgdiscussie is dat over het loon niet de werknemer, maar de inhoudingsplichtige de bijdrage ZVW verschuldigd is⁵. Zie ook de opmerking van de staatssecretaris over de gescheiden heffingssystematiek. Immers, is er alleen sprake van loon en een aftrekbare lijfrentepremie, dan leidt het loon tot een grondslag waarover de werkgever/inhoudingsplichtige een bijdrage ZVW verschuldigd is en deze lijfrentepremie tot een negatieve grondslag voor de werknemer. Kan de werknemer dan een teruggave ZVW verwachten? In vergelijking met de inkomstenbelasting, kan er alleen sprake zijn van een teruggave aan de werknemer als er eerder een aanslag is betaald of belasting is ingehouden. En dat is hier niet het geval. Een oplossing kan zijn deze negatieve grondslag te 'reserveren' tot sprake is van een positieve grondslag, waarna verrekening van de negatieve grondslag plaatsvindt. Een principe dat de Belastingdienst onder de noemer verliesverrekening wel beheerst.

Een andere oplossing kan zijn de verrekening van deze negatieve grondslag met het loon, met als consequentie een teruggave aan de werkgever. Die deze teruggave dan mogelijk kan of moet verrekenen met de werknemer?

⁵ Dit is anders bij de directeur-grotaandeelhouder. Deze is als werknemer zelf de lage bijdrage ZVW verschuldigd.

En zo ja, is een dergelijke betaling door de werkgever/inhoudingsplichtige dan belastbaar loon voor de werknemer? Voorwaar niet eenvoudig. Mijn inschatting is dat deze laatste optie niet haalbaar is. Zeker omdat zo'n 10 jaar geleden de teruggaaf van premie werknemersverzekeringen, aan de werkgever/inhoudingsplichtige met een werknemer die gelijktijdig meerdere dienstbetrekkingen heeft, is afgeschaft. De meest eenvoudige oplossing lijkt de invoering van een negatieve aanslag ZVW ook in de gevallen waarin de werkgever/inhoudingsplichtige feitelijk de bijdrage ZVW heeft betaald.

Rechtsherstel

De belastingplichtige in deze zaak heeft een beroep gedaan op het EVRM. Het was de enige mogelijkheid om te bereiken dat de door hem geconstateerde discriminatie ook zou leiden tot daadwerkelijke verlaging van de grondslag ZVW. Immers de ZVW zelf geeft hier niet de ruimte voor. De zaak gaat niet over de interpretatie van een wet(-tekst), maar over de stelling dat een wet onjuiste gevolgen heeft zonder deugdelijke rechtvaardiging. De Hoge Raad stelt vast dat sprake is van gelijke gevallen die ongelijk behandeld worden en heft vervolgens deze discriminatie op. Daarmee wordt de wettekst min of meer 'opzij' gezet.

Mijns inziens kunnen ondernemers, die de vrijval van de FOR omzetten in een (stakings-)lijfrente, met een beroep op dit arrest succesvol bezwaar maken tegen de aanslag ZVW. Voor andere situaties is geen zekerheid te geven.

Samengevat

De Hoge Raad beslist dat de omzetting van de FOR in een lijfrente leidt tot verlaging van de grondslag voor de ZVW. Deze beslissing heeft, vanwege het geboden rechtsherstel, directe werking. De reikwijdte van het arrest is nog niet geheel duidelijk, maar naar mijn mening zeker een niet te missen signaal voor de werkgever om deze dubbele heffing voor lijfrenten (premie niet aftrekbaar, termijnen wel belast) weg te nemen.

FA