

April 2010

Financieel advies

fiscale
juridische
financiële
advieszaken



Inhoudsopgave

Loon- en inkomstenbelasting

Nieuwe werkkostenregeling ter vervanging van veel vergoedingen en verstrekkingen	3
Forfaitaire ruimte van 1,5%	3
Gerichte vrijstellingen	4
Vergoedingen of verstrekkingen zijn belast loon	4
Keuzemogelijkheid in 2011, 2012 en 2013	4
Actie vereist in 2010	4
Commentaar	5
Fiscale perikelen rond de eigen woning in de inkomstenbelasting	5
Verhoging eigenwoningforfait	5
Eigenwoningforfait tijdens tijdelijke verhuur	5
Herleving dubbele renteaftrek bij verhuur voormalige eigen woning	5
Vereenvoudigingen in de bijleenregeling	6
Afschaffing goedkoperwonenregeling	6
Renteaftrek voor meegefinancierde kosten	6
Commentaar	6

Schenken en erven

Geen voordeel meer bij overdracht bloot eigendom van ouderlijke woning aan kinderen	7
Het voordeel van overdracht woning onder voorbehoud vruchtgebruik	7
Het voordeel	7
Wijziging met ingrijpende gevolgen	8
Geen overgangsregeling	8
Commentaar	8
Beperking renteloos lenen aan uw kinderen	9
Direct opeisbare lening	9
Tenminste 6% rente	9
Samenloop met schenkingsvrijstelling	9
Commentaar	9

Omzetbelasting

Aanpassing BTW-vrijstelling beroepsonderwijs	10
Beroepsonderwijs in strikte zin of overig beroepsonderwijs	10
Verplichte BTW-vrijstelling voor het beroepsonderwijs in strikte zin	10
Keuzerecht voor het overig beroepsonderwijs	10
Einde keuzerecht	11
Korte overgangsregeling	11
De gevolgen	11
Het aftrekrecht	11
Herziening van BTW-aftrek in het verleden	12
Commentaar	12
BTW-aftrek bij gemengd gebruik van ondernemingsgoederen en –diensten	13
Zakelijk en privé-gebruik van bedrijfsgoederen en diensten	13
Ad 1 Kosten ter verwerving of vervaardiging	13
Ad 2 Kosten van herstel, onderhoud, verbetering en verbouwing	14
Werkelijke privé-gebruik	14
Einde in zicht voor volledige aftrek BTW op privé-gedeelte woon-werkpand	14

Gebruik voor belastbare en niet-belastbare activiteiten	14
De zaak bij de Hoge Raad	14
Conclusie	15
Commentaar	15

Pensioen en lijfrente

Overgang van pensioenrechten bij een bedrijfsovername	15
Overgang van onderneming	15
Overgang van pensioenrechten	16
Situatie 1: overdrager heeft geen pensioenregeling/overnemer wel	16
Situatie 2: overdrager heeft wel pensioenregeling/overnemer niet	16
Situatie 3: keuzerecht als beide werkgevers een pensioenregeling hebben	16
Situatie 4: afwijken bij CAO als beide werkgever een pensioenregeling hebben	16
Commentaar	16

Een optimaal DGA-pensioen met een verzorgd pensioendossier	17
Vaste basisdocumenten	17
Notulen AVA	17
Meest recente pensioenbrief	17
'Eerdere 'pensioenbrief'	17
Financieringsovereenkomst	17
Financiële risico's	17
Commentaar	18

Sociale Zekerheid

Starters in de WW: voorkom problemen met de urenverrekening	18
Zelfstandigenregeling in de WW 2002-2005	18
UWV versus gekorte WW'ers met een onderneming	18
Verzet en onderzoek van de Nationale Ombudsman	19
Tegemoetkoming minister Donner	19
Wijziging medio 2006: introductie startersregeling	20
Commentaar	20

Nieuwe Europese Verordening sociale zekerheid treedt binnenkort in werking	20
De wijzigingen	21
Detachering	21
Werken in meerdere lidstaten	21
Werknemer én zelfstandige	21
Overgangsregeling	22
Commentaar	22

Arbeidsrecht

Meer (on)duidelijkheid over de ontslagvergoeding	22
De scenario's	22
Scenario 1: de nieuwe kantonrechttersformule voor ontbindingsprocedures	22
Scenario 2: de nieuwe kantonrechttersformule bij kennelijk onredelijk ontslagzaken	23
Scenario 3: als 1 maar bij kennelijk onredelijk ontslag met 30%-aftrek en minimum	23
De duidelijkheid van de Hoge Raad	23
Commentaar	23
Voortgang Wetsvoorstel aftopping ontslagvergoeding	24
Commentaar	24

In deze brochure is de stand van zaken in wet- en regelgeving tot 5 maart 2010 verwerkt. Hoewel ten aanzien van de inhoud de uiterste zorg is nagestreefd, kan niet volledig worden ingestaan voor eventuele (druk)fouten en onvolledigheden. Deswege wordt geen aansprakelijkheid aanvaard.

Loon- en inkomstenbelasting

Nieuwe werkkostenregeling ter vervanging van veel vergoedingen en verstrekkingen

Momenteel zijn er veel regelingen voor allerlei vergoedingen en verstrekkingen. Zo bestaan er regelingen voor werkkleding, de fiets van de zaak, computers, bedrijfsfitness en telefoons. Vanaf 1 januari 2011 wordt echter de werkkostenregeling ingevoerd, waarmee een belangrijke vereenvoudiging en administratieve lastenverlichting moet worden bereikt. De meeste vergoedingen en verstrekkingen vallen dan namelijk onder een algemeen forfait van 1,5% van de totale fiscale loonsom. Als deze vergoedingen en verstrekkingen onder dit forfait blijven, dan hoeft u hierover geen loonheffing meer in te houden en af te dragen. Naast deze forfaitaire vrijstelling blijft nog een beperkt aantal gerichte vrijstellingen voor zakelijke kosten bestaan. In deze bijdrage behandelen we de belangrijkste aspecten van de nieuwe regeling.

Forfaitaire ruimte van 1,5%

U hoeft als werkgever geen loonheffing in te houden en af te dragen als de door u aangewezen vergoedingen en verstrekkingen in totaal niet meer bedragen dan 1,5% van de fiscale loonsom van al uw werknemers (uit tegenwoordige dienstbetrekking). De aangewezen vergoedingen en verstrekkingen zijn eindheffingsbestanddelen waarover u pas loonheffing bent verschuldigd, voor zover de forfaitaire ruimte wordt overschreden. Het eindheffingsstarief bedraagt dan 80%. U bepaalt dus zelf welke vergoedingen en verstrekkingen als eindheffingsbestanddeel worden aangewezen.

De werkkostenregeling geldt overigens per werkgever en niet per concern (samenhangende groep inhoudingsplichtigen).

Er geldt wel een 'gebruikelijkheidstoets'. Dit houdt in dat de vergoedingen en verstrekkingen niet in belangrijke mate hoger mogen zijn, dan bij overeenkomstige omstandigheden gebruikelijk is. Dit biedt de Belastingdienst de mogelijkheid om extreme situaties te bestrijden. Dat zal het geval zijn als u als werkgever met een aanzienlijke loonsom een groot deel van het forfait toekent aan één werknemer. De Belastingdienst heeft de bewijslast om aan te tonen dat bepaalde vergoedingen of verstrekkingen niet gebruikelijk zijn. Als voorbeeld is genoemd de directeur-groot aandeelhouder (DGA, werknemer van zijn/haar BV) die hoge vergoedingen ontvangt en deze aanwijst als eindheffingsbestanddeel.

Om te bepalen of sprake is van overschrijding van de onbelaste forfaitaire ruimte, moet u voor de waarde

van loon in natura uitgaan van de factuurwaarde die aan u in rekening is gebracht of anders van de waarde in het economisch verkeer (verkoopwaarde). Als u producten uit eigen bedrijf verstrekt, dan moet u uitgaan van de consumentenprijs, eventueel verminderd met de eigen bijdrage van de werknemer.

Overigens zijn er ook verstrekkingen die wel in de forfaitaire ruimte vallen, maar doordat zij op nihil worden gewaardeerd, toch geen ruimte innemen. Het gaat om de volgende verstrekkingen:

- arbo-voorzieningen;
- de vakliteratuur op de werkplek (dus niet thuis);
- de consumpties tijdens werktijd, die geen deel uitmaken van een maaltijd;
- de inrichting van de werkplek, niet zijnde een werkplek in de eigen woning;
- mobiele telefoons (mits de telefoon tenminste voor 10% zakelijk wordt gebruikt);
- de openbaarvervoerkaart die mede zakelijk wordt gebruikt;
- portable computers, zoals laptops en notebooks die voor 90% of meer zakelijk worden gebruikt;
- uniformen, werkkleding die voor 90% of meer geschikt is om tijdens het werk te dragen en werkkleding die op het werk achterblijft.

Het is mogelijk dat er nog een kostenpost aan dit rijtje wordt toegevoegd. In de Tweede Kamer is namelijk een motie aangenomen over het op nihil stellen van het rentevoordeel van een renteloze personeelslening voor de aanschaf van een (elektrische) fiets of een elektrische scooter.

De verstrekkingen met een nihilwaarde leiden niet tot administratieve lastenvermindering, want de voorwaarden en vastleggingen op werknemersniveau blijven voor deze kostencategorieën gelden.

Gerichte vrijstellingen

Niet alle vergoedingen en verstrekkingen vallen onder het algemene forfait. Voor vergoedingen en verstrekkingen waarbij het zakelijk karakter overheerst, gelden gerichte vrijstellingen. De gerichte vrijstellingen betreffen de volgende kostenposten:

- de zakelijke reiskosten (waaronder woon-werkverkeer);
- alle verblijfkosten;
- het rentevoordeel van door de werkgever verstrekte hypothecaire leningen;
- outplacementkosten;
- maaltijden als gevolg van overwerk, koopavonden, dienstreizen etc.;
- alle verhuiskosten in het kader van de dienstbetrekking;
- cursussen, seminars, congressen, excursies, symposia etc. en studiekosten, waaronder de kosten voor het volgen van een procedure erkenning verworven competenties (EVC);
- extraterritoriale kosten, waaronder huisvestingskosten van seizoensarbeiders uit andere landen.

Op de genoemde vergoedingen en verstrekkingen blijven de huidige regels van toepassing. Dat wil dus zeggen dat de voorwaarden, beperkingen en normeringen niet wijzigen. Dat betekent ook dat de berekeningswijze niet wijzigt en dat u nog steeds aan de eisen voor de administratieve vastleggingen moet voldoen.

Als de normbedragen voor deze gerichte vrijstellingen worden overschreden of als u niet voldoet aan de bestaande voorwaarden, dan valt het meerdere wel in de forfaitaire ruimte.

Vergoedingen of verstrekkingen zijn belast loon

Bepaalde vergoedingen en verstrekkingen vallen niet binnen het forfait en kunnen ook niet als eindheffingsbestanddeel worden aangemerkt. Het gaat dan om de bijtelling wegens privé-gebruik van de auto van de zaak, het genot van een (dienst)woning en bepaalde geldboeten. Deze vergoedingen en verstrekkingen blijven tot het belaste loon van de werknemer horen.

Keuzemogelijkheid in 2011, 2012 en 2013

U bent niet verplicht om de werkkostenregeling direct vanaf de invoering in 2011 te gebruiken. U wordt in de jaren 2011, 2012 en 2013 de mogelijkheid geboden om jaarlijks te kiezen voor het huidige systeem van vergoedingen en verstrekkingen. Vanaf 2014 wordt de werkkostenregeling structureel ingevoerd.

Als u kiest voor toepassing van de werkkostenregeling, dan moet u er rekening mee houden dat de afspraken die u heeft met de Belastingdienst over vergoedingen en verstrekkingen die onder de werkkostenregeling vallen en waarvoor geen gerichte vrijstelling geldt, zullen vervallen. Zolang u dus voor het oude regime kiest, blijven die afspraken in stand.

Ter financiering van de keuzemogelijkheid geldt voor de werkgevers die in die jaren geen gebruikmaken van de werkkostenregeling, een plafond van € 454 per werknemer per jaar voor personeelsreizen en personeelsfeesten. Dit is de oude grens, zoals die voor deze kosten gold tot en met 2006.



Actie vereist in 2010

Om uw keuze te kunnen bepalen, moet u dit jaar een aantal afwegingen maken. Aan de hand van een inventarisatie van de huidige arbeidsvoorwaarden moet u beoordelen of, en hoe deze arbeidsvoorwaarden in het forfait van 1,5% van de loonsom passen. U wilt immers vermijden dat u 80% loonheffing moet betalen. Tot 2014 heeft u de tijd om bestaande afspraken met werknemers te herzien, maar bijvoorbeeld ook om bestaande personeels-handboeken aan te passen.

Commentaar

De Tweede Kamer had aanvankelijk veel kritiek op de werkkostenregeling, omdat de regeling voor veel werkgevers duurder zou uitpakken dan de bestaande regeling van vergoedingen en verstrekkingen. Nadat de nodige tegemoetkomingen zijn gedaan, heeft de Tweede Kamer (en later ook de Eerste Kamer) uiteindelijk toch met de nieuwe regeling ingestemd. De meest ingrijpende tegemoetkoming is de overgangsregeling, waardoor u in 2011, 2012 en 2013 mag kiezen of u de werkkostenregeling wel of niet wenst toe te passen. Het is daarom verstandig om al dit jaar een inventarisatie te maken van uw arbeidsvoorwaarden. Zo kunt u beoordelen of u met het bestaande arbeidsvoorwaardenpakket al dan niet binnen de belastingvrije forfaitaire ruimte blijft en zo niet, welke aanpassingen dan nodig zijn om in ieder geval in 2014 aan de 80% eindheffing te ontkomen. Het herzien van bestaande arbeidsvoorwaarden kost bovendien vaak ook om een andere reden veel tijd. U heeft er meestal de instemming van uw werknemers voor nodig. Het is dus zaak om met een weloverwogen en voor alle partijen bevredigend alternatief pakket te komen.

Fiscale perikelen rond de eigen woning in de inkomstenbelasting

De afgelopen jaren zijn er veel beslissingen genomen die ingrijpen in allerlei fiscale regelingen voor de eigen woning. In het Belastingplan van 2009 werden maatregelen getroffen die pas begin dit jaar in werking zijn getreden en bij de Belastingplannen voor 2010 zijn opnieuw enkele regels voor de fiscale behandeling van de eigen woning gewijzigd. We hebben de voornaamste wijzigingen hierna voor u op een rij gezet.

Verhoging eigenwoningforfait

Het eigenwoningforfait van een woning met een WOZ-waarde van meer dan € 75.000 wordt berekend door deze waarde te vermenigvuldigen met 0,55%. Vanaf 1 januari 2009 is er geen plafond meer voor de maximale hoogte van het eigenwoningforfait. Dit heeft gevolgen voor woningen met een WOZ-waarde van bijna € 1,7 miljoen en hoger. Een hoger eigenwoningforfait heeft tot gevolg dat na de renteaftrek een kleiner bedrag aan negatieve inkomsten uit de eigen woning resteert. De renteaftrek wordt zo dus beperkt. Naast het vervallen van het plafond wordt vanaf 2010 ook stapsgewijs een hoger percentage van uiteindelijk

2,35% in 2016 ingevoerd voor woningen met een eigenwoningwaarde (meestal de WOZ-waarde) van meer dan € 1.010.000. Daartoe wordt tussen 2010 en 2016 het percentage van 0,55% jaarlijks met 0,2571% verhoogd, totdat het percentage in 2016 2,35% bedraagt. Dit hogere percentage bedraagt in 2010 derhalve 0,8071%. Dit wordt dus alleen toegepast op de eigenwoningwaarde, voor zover die meer bedraagt dan € 1.010.000. Doordat de waarden van woningen in de komende jaren naar verwachting weer zullen stijgen en de grens van € 1.010.000 (mogelijk) niet wordt geïndexeerd, krijgen steeds meer mensen op den duur met deze maatregelen te maken. Momenteel ligt hierover nog een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer. Het is de bedoeling dat het per 1 januari 2011 in werking treedt, maar door de val van het kabinet wordt de behandeling mogelijk uitgesteld. Wij houden u hierover op de hoogte.

Eigenwoningforfait tijdens tijdelijke verhuur

Als u uw eigen woning die voor u als hoofdverblijf dient, een tijd lang niet gebruikt (bijvoorbeeld omdat u op reis bent of tijdelijk in het buitenland werkt), dan kunt u die woning verhuren. Tot 1 januari 2010 hoefde u dan in de verhuurperiode geen eigenwoningforfait aan te geven en de inkomsten werden forfaitair op 75% vastgesteld. Sinds 1 januari 2010 is hierin verandering gekomen. U moet nu ook in de verhuurperiode het eigenwoningforfait aangeven, maar de huurinkomsten worden nu forfaitair op 70% vastgesteld.

Herleving dubbele renteaftrek bij verhuur voormalige eigen woning

U heeft een woning gekocht en bent inmiddels verhuisd, maar de verkoop van uw vorige leegstaande woning wil maar niet lukken. De dubbele lasten worden weliswaar enigszins verlicht doordat u naast de hypotheekrente van uw huidige eigen woning, ook nog 2 jaar na het jaar van de verhuizing de rente van uw nog niet verkochte woning mag aftrekken, maar de dubbele lasten drukken desondanks zwaar op uw budget. U overweegt daarom wellicht om uw nog niet verkochte woning dan maar tijdelijk te verhuren. Tegenover de dubbele lasten staan dan in ieder geval inkomsten. Tijdens de verhuurperiode kunt u geen gebruik meer maken van de hypotheekrenteaftrek voor uw leegstaande woning, maar die aftrek kan vanaf 1 januari 2010 na de periode van tijdelijke verhuur wel weer herleven voor de resterende periode waarin dubbele renteaftrek is toegestaan. Voor gevallen waarin de verhuur toch al vóór 1 januari 2010 is aangevangen, geldt de regeling ook, mits de termijn van de dubbele

renteaf trek nog niet is verstreken. Het betreft hier overigens een tijdelijke regeling die op 1 januari 2012 weer verval t.

Voorbeeld

U heeft eind september 2008 een huis gekocht en bent daarin direct gaan wonen in de veronderstelling dat u uw oude woning wel zult verkopen. Maar de verkoop van uw oude woning wil maar niet lukken. Vanaf het moment van uw verhuizing begint de periode, waarin u dubbele renteaf trek heeft. Die periode loopt eind 2010 af. U besluit vanaf 1 november 2009 om uw oude woning een half jaar te gaan verhuren. In die periode heeft u geen renteaf trek voor deze woning, maar als de verhuurperiode op 1 mei 2010 weer eindigt, herleeft deze renteaf trek weer tot eind 2010.

Vereenvoudigingen in de bijleenregeling

De bijleenregeling wordt door veel mensen als een ingewikkelde regeling ervaren en daarom zijn vanaf 1 januari 2010 enkele vereenvoudigingen doorgevoerd.

Als u uw eigen woning verkoopt en binnen een bepaalde termijn een vervangende woning koopt, dan wordt u geacht de winst bij verkoop van de oude woning (de eigenwoningreserve) in de vervangende woning te investeren. U krijgt op grond van de bijleenregeling namelijk alleen renteaf trek voor de hypotheek ter grootte van de aankoopprijs (inclusief aankoopkosten) van de vervangende woning, verminderd met de eigenwoningreserve. De termijn waarbinnen de bijleenregeling geldt, is sinds 1 januari 2010 verkort van 5 naar 3 jaar.

Afschaffing goedkoperwonenregeling

Tot 1 januari 2010 werd onder voorwaarden een uitzondering gemaakt op de bijleenregeling als u naar een goedkopere woning verhuisde. U had dan in ieder geval ter grootte van uw oude hypotheek, maar maximaal de aankoopprijs (inclusief aankoopkosten) van de gekochte woning, een eigenwoningschuld waarvan de rente aftrekbaar was.

Voorbeeld

U verkoopt uw woning voor € 400.000. Op die woning rust nog een hypotheek van € 200.000. U koopt een goedkopere woning van € 250.000. Zou de bijleenregeling van toepassing zijn, dan zou u slechts een eigenwoningschuld waarvan de rente aftrekbaar is, hebben van € 50.000, zijnde € 250.000 minus de eigenwoningreserve van € 200.000. Door de goedkoperwonenregeling heeft u echter toch een

eigenwoningschuld waarvan de rente aftrekbaar is, van € 200.000.

Deze goedkoperwonenregeling is per 1 januari 2010 afgeschaft. Deze vereenvoudiging heeft in veel gevallen dus verstrekkende gevolgen voor de renteaf trek als u kleiner gaat wonen. Er is wel een overgangsregeling getroffen voor belastingplichtigen die vóór 1 oktober 2009 een woning hebben gekocht en de oude woning pas na 1 januari 2010 verkopen. Zij kunnen de goedkoperwonenregeling nog wel toepassen.

Belastingplichtigen die na 1 oktober 2009 een woning kochten en na 1 januari 2010 hun oude woning verkopen, moeten dus onverkort de bijleenregeling toepassen. Dat wil dus zeggen dat zij de eigenwoningreserve moeten afboeken van de aankoopprijs van de aangekochte woning. Dat geldt ook als u in 2009 uw woning verkocht en na 1 januari 2010 een al dan niet goedkopere woning heeft gekocht.

Renteaf trek voor meegefinancierde kosten

De laatste vereenvoudiging in de bijleenregeling betreft de renteaf trek voor meegefinancierde kosten ter verkrijging van een hypotheek. Deze kosten zelf (bijvoorbeeld de afsluitprovisie, taxatiekosten en de kosten voor het opmaken van de hypotheekakte) zijn aftrekbaar in het jaar van de betaling. Als u voor deze kosten een hogere hypotheek heeft gesloten, dan is de rente op het deel van de hypotheek dat ziet op de meegefinancierde kosten niet altijd aftrekbaar. Tot 1 januari 2010 werd daarbij namelijk onderscheid gemaakt tussen starters op de woningmarkt (wel aftrek) en doorstromers (geen aftrek). Dit onderscheid is sinds 1 januari 2010 verdwenen, zodat de rente op meegefinancierde kosten ter verkrijging van een hypotheek voor alle kopers aftrekbaar is.

Commentaar

De genoemde maatregelen in de fiscale behandeling van de eigen woning hebben vrijwel allemaal direct of indirect met de renteaf trek te maken. Hoewel de meeste eigenwoningbezitters (nog) niet met de maatregelen te maken krijgen, kunnen de maatregelen op termijn in voorkomende gevallen toch veel impact hebben. Dat geldt met name voor de afschaffing van de goedkoperwonenregeling.

Schenken en erven

Geen voordeel meer bij overdracht bloot eigendom van ouderlijke woning aan kinderen

Sinds 2001 is het voor de inkomstenbelasting niet meer aantrekkelijk om de ouderlijke woning aan de kinderen over te dragen onder de last van een levenslang recht van gebruik en bewoning (vruchtgebruik) voor de ouders. De fiscale charme voor de successiebelasting bleef onverkort bestaan, maar ook daaraan is op 1 januari 2010 abrupt een eind gekomen. Dit heeft voor bestaande vruchtgebruik-bloot eigendomconstructies verstrekende gevolgen. Er is namelijk geen overgangsregeling getroffen. Hierna laten we eerst zien wat het voordeel van de constructie voor de successiebelasting (nu: erfbelasting) tot 1 januari 2010 was. Daarna geven we aan wat er is gewijzigd en welke ingrijpende gevolgen dat heeft.

Het voordeel van overdracht woning onder voorbehoud vruchtgebruik

De vruchtgebruik-bloot eigendomconstructie was tot 1 januari 2010 een vorm van een fiscaalvriendelijke vermogensoverheveling van ouders aan kinderen, waarbij de ouderlijke woning aan de kinderen werd overgedragen, onder voorbehoud van een levenslang recht op gebruik en bewoning (vruchtgebruik).

De overdracht kon op verschillende manieren worden vormgegeven.

Als de woning destijds op naam van de kinderen is gesteld, betaalden de kinderen (voor zover zij geen gebruik konden maken van vrijstellingen) schenkingsrechten over de waarde van de blote eigendom op dat moment. Zij waren toen vrijgesteld van 6% overdrachtsbelasting over de waarde van de woning. De schenkingsrechten bedroegen wel minimaal het bedrag dat zij aan overdrachtsbelasting zouden zijn verschuldigd als de vrijstelling niet van toepassing zou zijn geweest. De ouders kunnen hun woning ook aan de kinderen hebben verkocht, waarbij zij de koopsom voor de blote eigendom (al dan niet gefaseerd) hebben kwijtgescholden. Voor zover de kinderen geen schenkingsvrijstelling konden benutten, zijn de kinderen toen schenkingsrechten verschuldigd geweest, maar in beginsel ook overdrachtsbelasting. Er is echter een speciale samenloopregeling die tot op zekere hoogte de mogelijkheid biedt om de overdrachtsbelasting te verrekenen met de verschuldigde schenkingsrechten. Zo kan dubbele belastingheffing worden voorkomen. Het is ook mogelijk dat de kinderen destijds wel feitelijk voor de blote eigendom hebben betaald. Zij hebben toen geen schenkingrecht betaald, maar wel overdrachtsbelasting over de blote eigendomswaarde van de woning.

De waarde van de blote eigendom wordt op het moment van de overdracht bepaald door de waarde in het economisch verkeer (verkoopwaarde) van de woning te verminderen met de waarde van het vruchtgebruik. De waarde van het vruchtgebruik is afhankelijk van de leeftijd van de ouders ten tijde van de overdracht. Als de ouders nog relatief jong zijn, dan is de waarde van het vruchtgebruik hoog omdat er vanuit moet worden gegaan dat zij nog lang van hun recht op het vruchtgebruik zullen genieten. De waarde van de blote eigendom is daardoor dus laag. Naarmate de tijd verstrijkt, zal de waarde van het vruchtgebruik afnemen en die van de blote eigendom toenemen.



Het voordeel

Het voordeel was vooral in de toekomst gelegen op het moment dat de ouder overlijdt. Dan groeit de blote eigendom aan tot volle eigendom bij de kinderen. De Successiewet kent een bepaling die dit aanmerkt

als een belaste fictieve verkrijging. 'Fictief' omdat de kinderen eigenlijk al eigenaren zijn en dus niet iets verkrijgen, alleen de last van het vruchtgebruik valt weg. De waarde van deze fictieve verkrijging voor de successiebelasting was tot 1 januari 2010 op grond van een oud besluit uit 1964 het verschil tussen de vrije waarde van de woning en de waarde van de blote eigendom *ten tijde van de overdracht* in het verleden, verhoogd met 6% rente voor ieder jaar dat het vruchtgebruik heeft bestaan. In veel gevallen kwam dit bij overlijden van de ouder er op neer dat de kinderen feitelijk in het geheel geen of slechts een gering bedrag aan successiebelasting hoefden te betalen. Zo bleef de waardeaan groei veelal onbelast.

Voorbeeld ter verduidelijking

Stel vader heeft in 1985 het bloot eigendom van de woning verkocht aan zijn enige dochter voor € 150.000. De waarde van de woning was toen € 400.000 en is in 2009 bij zijn overlijden € 600.000. De verschuldigde successiebelasting werd tot 1 januari 2010 als volgt berekend:

Op grond van het besluit:	€ 400.000
waarde woning bij overdracht	
Af: door dochter opgeofferd bedrag	€ 150.000
Af: oprenting 6% enkelvoudig over 24 jaar	€ 216.000
Belast voor de successiebelasting	€ 34.000

De dochter betaalt over de waardestijging van € 400.000 in 1985 naar € 600.000 in 2009 geen successiebelasting.

Wijziging met ingrijpende gevolgen

Sinds 1 januari 2010 is het oude besluit uit 1964 ingetrokken. Daarmee is in één klap het voordeel vervallen van de onbelaste waardestijging van de woning tussen het moment van de overdracht in het verleden en het moment van overlijden. De fictieve verkrijging moet voortaan worden berekend over de waarde van de woning *ten tijde van het overlijden* verminderd met de waarde van de blote eigendom in het verleden, verhoogd met 6% rente voor ieder jaar dat het vruchtgebruik heeft bestaan. De verschuldigde successiebelasting (vanaf 2010: erfbelasting) in het voorbeeld van vader en dochter, wordt dan als volgt berekend:

Verkrijging woning: waarde bij overlijden	€ 600.000
Af: door dochter opgeofferd bedrag	€ 150.000
Af: oprenting 6% enkelvoudig over 24 jaar	€ 216.000
Belast voor de erfbelasting	€ 234.000

De dochter moet nu ook over de waardestijging van € 400.000 naar € 600.000 erfbelasting betalen. Daarmee is een definitief einde gekomen aan de fiscale aantrekkelijkheid van de overdracht van de ouderlijke woning aan de kinderen bij leven, onder de last van een levenslang vruchtgebruik voor de ouders.

Geen overgangsregeling

Voor bestaande vruchtgebruik-blote eigendom-constructies is geen overgangsregeling getroffen. Vooral als de overdracht van de woning al jaren geleden heeft plaatsgevonden, zal de waardestijging groot zijn en dus leiden tot een forse verhoging van de verschuldigde erfbelasting bij overlijden van de ouders. We zouden voor bestaande gevallen graag een oplossing aanreiken, maar die is nauwelijks denkbaar. Het alsnog overdragen van het vruchtgebruik van de ouders aan de kinderen is in veel gevallen een kostbare aangelegenheid, vooral vanwege de verschuldigde overdrachtsbelasting. Bovendien zijn de ouders daarna een zakelijk huur verschuldigd, die ook fors kan zijn en niet altijd door de ouders kan worden opgebracht. Alleen bij zeer oude ouders, bij wie de leeftijdsfactor niet leidt tot een hoge waarde van het vruchtgebruik, kan het mogelijk een goede oplossing zijn. Maar voor de meeste bestaande vruchtgebruik-blote eigendom-constructies is er geen ontkomen aan. Zij zullen bij overlijden van de ouders met de gevolgen van de nieuwe berekeningswijze van de fictieve verkrijging worden geconfronteerd.

Commentaar

In 2001 werd de fiscale aantrekkelijkheid van de vruchtgebruik-blote eigendomconstructie al teniet-gedaan voor de inkomstenbelasting. Dat geldt nu ook voor de erfbelasting. Net als in 2001, is ook nu geen overgangsregeling getroffen. De Staatssecretaris heeft dit afgedaan met de opmerking dat hij slechts een voordeel heeft weggenomen en daarmee een ongelijke situatie heeft rechtgezet ten opzichte van ouders en kinderen die de constructie niet hebben toegepast. Die kinderen moeten bij overlijden van hun ouders in beginsel ook over de waarde van de ouderlijke woning erfbelasting betalen. Een nadeel is er in zijn ogen niet. Daar valt nog wel iets op af te dingen. Denkt u alleen al aan het feit dat de kinderen in bestaande vruchtgebruik-bloot eigendomgevallen in het verleden wel overdrachtsbelasting hebben betaald en de kinderen zonder constructie niet. Verder is het merkwaardig dat een overgangsregeling ontbreekt, terwijl de Belastingdienst via het oude besluit jarenlang zelf de constructie heeft gefaciliteerd.

Daaraan hebben veel mensen toch het vertrouwen mogen ontnemen dat die goedkeuring enigszins toekomstbestendig is en niet zomaar, zonder eerbiedigende werking voor bestaande gevallen, zou worden afgeschaft.

Beperking renteloos lenen aan uw kinderen

Een andere vorm van successievriendelijke vermogensoverheveling is het verstrekken van een renteloze lening aan de kinderen. Daartoe gaat u met uw kinderen een leenovereenkomst aan. Dat hoeft niet bij notariële akte plaats te vinden. Een onderhandse akte volstaat. Het rentevoordeel van de renteloosheid van de lening vormde tot 1 januari 2010 geen probleem voor de schenkingsbelasting als de lening maar direct opeisbaar was. Daarin is echter verandering gekomen. U leest het hierna.

Direct opeisbare lening

Tot 1 januari 2010 was sprake van een direct opeisbare lening als de lening zowel juridisch als feitelijk direct opeisbaar was. Onder 'direct' werd verstaan binnen hoogstens enkele weken. 'Juridisch' hield in dat de opeisbaarheid in een leenovereenkomst moest zijn vastgelegd en 'feitelijk' hield in dat de kinderen daadwerkelijk uit eigen middelen in staat moesten zijn om de lening terug te betalen, zodra u de lening opeiste. De kinderen moesten dus zelf over vermogen beschikken. Als de kinderen de lening door middel van een financiering bij een bank aan u konden terugbetalen, dan kwalificeerde de lening overigens ook als feitelijk direct opeisbaar. Het rentevoordeel van de renteloosheid van de lening leidde ook in dat geval dus niet tot heffing van schenkingsbelasting. Sinds 1 januari 2010 is echter de nieuwe wet Schenk- en erfbelasting in werking getreden. Daarin is bepaald dat van een direct opeisbare lening sprake is als de lening binnen een jaar kan worden opgeëist.

Tenminste 6% rente

Als op grond van deze nieuwe bepaling vaststaat dat een lening direct opeisbaar is, dan moet u sinds 1 januari 2010 tenminste 6% rente berekenen om aan heffing van schenkbelasting te ontkomen. Als u minder dan 6% rente berekent, dan is er sprake van een belaste schenking. Tijdens de totstandkoming van deze bepaling is nog voorgesteld om de rente, gezien de huidige rentestand, naar 4% te verlagen, maar dat is uiteindelijk toch niet doorgegaan.

U kunt aan de hoge verplichte rente ontkomen door de leningsvoorwaarden zo aan te passen dat geen sprake meer is van een direct opeisbare lening. Dat wil overigens niet zeggen dat u dan in het geheel geen rente in rekening hoeft te brengen om aan de schenkbelasting te ontkomen. Dan geldt immers de hoofdregel die altijd al gold voor niet direct opeisbare leningen, namelijk dat een zakelijke rente in rekening moet worden gebracht. U bereikt met aanpassing van de leningsvoorwaarden wel dat u dan niet bent gebonden aan de hoge 6% rente, maar aan de in de markt gebruikelijke rente die in ieder geval nu veel lager is dan 6%.

Samenloop met schenkingsvrijstelling

Aanpassing van de leningsvoorwaarden is overigens niet altijd nodig als u renteloos leent aan uw kinderen. Als de renteloze lening niet meer bedraagt dan € 83.333 per kind, dan is de niet bedongen rente van € 4.999 (6% van € 83.333) weliswaar een belaste schenking, maar die valt dan weg tegen de jaarlijkse vrijstelling van € 5.000, waarop ieder kind sinds 1 januari 2010 recht heeft. U hoeft daarvoor verder niets te doen. Een verzoek voor toepassing van de vrijstelling is niet nodig. Als u daarnaast nog aan uw kind schenkt, dan is die schenking wel geheel belast tegen minimaal 10%.

Een andere mogelijkheid is dat u bijvoorbeeld de leningsvoorwaarden wel aanpast en een lage marktconforme rente in rekening brengt, maar jaarlijks een deel van de lening ter grootte van de jaarlijkse vrijstelling kwijtscheldt. Als uw kind tussen 18 en 35 jaar is, dan kunt u deze vrijstelling eenmalig verhogen tot € 24.000 (in 2010). Zo kunt u toch nog successievriendelijk vermogen overhevelen naar uw kinderen.

Commentaar

Er is al eerder een poging gedaan om de fiscale aantrekkelijkheid van de direct opeisbare, renteloze lening te bepreken. De Commissie Moltmaker schreef al in 2000 een uitgebreid rapport over de herziening van het successie- en schenkingsrecht, waarin ook een dergelijk voorstel werd gedaan. Dat rapport diende toen als basis voor de voorgenomen hervormingen in de Successiewet, maar het wijzigingsvoorstel strandde op de parlementaire weg. Bij deze tweede poging is het dan wel gelukt. Zo wint de aanhouder toch nog, zij het dat er nog steeds meerdere wegen naar Rome leiden.

Omzetbelasting

Aanpassing BTW-vrijstelling beroepsonderwijs

Er is al enkele jaren veel te doen over de wijze waarop Nederland het beroepsonderwijs in de BTW betreft. Voor het beroepsonderwijs bestaat een vrijstelling. Maar die vrijstelling is niet voor alle vormen van beroepsonderwijs verplicht. Onderwijsinstellingen die kortlopende beroepsmatige cursussen of workshops verzorgen die zijn gericht op het functioneren van personen in een (toekomstige) werkring, hebben onder voorwaarden een keuzemogelijkheid: de vrijstelling toepassen of BTW in rekening brengen. De wijze waarop Nederland het beroepsonderwijs in de BTW betreft, is echter in strijd met de Europese BTW-regels. Daarom worden de regels aangepast. Wat en voor wie er iets gaat veranderen en welke gevolgen dat heeft voor de betreffende onderwijsinstellingen, leest u hierna.

Beroepsonderwijs in strikte zin of overig beroepsonderwijs

De belangrijkste wijziging in de BTW-regels betreft de intrekking van het keuzerecht. Het is dus van belang om eerst vast te stellen welk beroepsonderwijs dat keuzerecht heeft en welk beroepsonderwijs de verplichte BTW-vrijstelling moet toepassen.

Daarvoor moet een onderscheid worden gemaakt tussen het beroepsonderwijs in strikte zin en het overig beroepsonderwijs.

Verplichte BTW-vrijstelling voor het beroepsonderwijs in strikte zin

De BTW-vrijstelling is voor het beroepsonderwijs in strikte zin verplicht. Het betreffen wettelijk erkende onderwijsinstellingen (vrijgesteld op grond van de Wet op de omzetbelasting (Wet OB) en niet wettelijke erkende instellingen die op grond van een Uitvoeringsbesluit bij de Wet OB de BTW-vrijstelling moeten toepassen.

Het beroepsonderwijs in strikte zin omvat iedere onderwijsvorm die opleidt voor een specifiek beroep of vak of voor een specifieke betrekking, of die een bijzondere bekwaamheid verleent om een dergelijk beroep, vak of betrekking uit te oefenen. Van een bijzondere bekwaamheid is sprake als de student een bepaalde kennis of vaardigheid voor een beroep, vak of betrekking nodig heeft. U moet hierbij bijvoorbeeld denken aan het middelbaar beroepsonderwijs. Bij de beoordeling of cursussen kunnen worden aangemerkt als beroepsopleiding, kan onder meer worden gelet op de doelgroep waarvoor de cursus is bestemd, de inhoud en omvang van de cursus, het al of niet opleiden voor een erkend vak- of beroepsdiploma en de maatschappelijke betekenis van de cursus die onder

meer kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat het gevolgd hebben ervan een vereiste is om in aanmerking te komen voor de vervulling van een bepaald vak, beroep of betrekking. Verder vallen ook her- en omscholing onder het beroepsonderwijs in strikte zin. Wanneer een instelling een beroepsopleiding in strikte zin verzorgt, waarvan een onderdeel geen beroepsonderwijs in strikte zin is, dan wordt ook het *onderdeel* als zodanig aangemerkt (het onderdeel neemt dan dus de kleur aan van het groter geheel).

Keuzerecht voor het overig beroepsonderwijs

Opleidingen die niet als beroepsonderwijs in strikte zin kwalificeren, zijn opleidingen die zijn gericht op het functioneren van personen in een (toekomstige) werkring. Dat zijn onderwijsinstellingen die zich bezighouden met onderwijs dat niet is aan te merken als onderwijs ter opleiding voor een vak of beroep, maar wel is te rangschikken onder het ruimere begrip 'beroepsopleidingen'. Deze onderwijsinstellingen verzorgen kortlopende beroepsmatige cursussen of workshops. U moet hierbij denken aan tekstverwerkingscursussen, cursussen administratieve organisatie, managementcursussen, automatiseringscursussen, sollicitatiecursussen, taalcursussen en cursussen stenografie en typevaardigheid. Verder is (in specifieke situaties) duidelijk geworden dat onder 'overig beroepsonderwijs' vallen:

- het onderwijs aan personen die al een vak of beroep uitoefenen;
- vervolgonderwijs en aanvullende beroepsopleidingen;
- bijscholing, nascholing en permanente educatie.

De opleidingsinstelling kan per jaar van het keuzerecht gebruikmaken.

Einde keuzerecht

De Europese BTW-regels bepalen dat de vrijstelling voor beroepsonderwijs alleen geldt voor beroeps-
onderwijs door een publiekrechtelijk lichaam die daartoe is ingesteld of door andere organisaties die door de lidstaat als instelling voor beroepsonderwijs zijn erkend. De onderwijsinstellingen voor beroeps-
onderwijs in strikte zin, voldoen aan dit criterium. Het overige beroepsonderwijs dat is gericht op het functioneren van personen in een (toekomstige) werkkring en een keuzerecht heeft, voldoet niet aan dit criterium. Daarom wordt per 1 juli 2010 het keuzerecht ingetrokken en het Uitvoeringsbesluit bij de Wet OB zo aangepast dat de vrijstelling voor beroepsonderwijs ook kan worden toegepast door:

- beroepsopleidingen door instellingen uit het door de betrokken brancheorganisaties op te richten Register Kort Beroepsonderwijs; of
- beroepsopleidingen door instellingen genoemd in de bijlage van de Wet op hoger onderwijs en wetenschappelijk onderwijs (WHW) of bedoeld in de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB).

Onderwijsinstellingen die nu keuzerecht hebben, moeten zich voor inschrijving bij het Register Kort Beroepsonderwijs aanmelden om voor de BTW-vrijstelling in aanmerking te komen. Aan de inschrijving zijn echter voorwaarden verbonden. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage hadden de gezamenlijke brancheorganisaties het register echter nog niet opgericht en waren ook de voorwaarden nog niet gepubliceerd. Een stichting en een onafhankelijk Certificeringsinstituut moeten daarvoor zorgdragen. Omdat de voorwaarden en het register er nog niet zijn, bestaat er voor onderwijs-
ondernemers die nu keuzerecht hebben onduidelijkheid over de vraag of zij vanaf 1 juli 2010 wel of niet in aanmerking komen voor de BTW-vrijstelling. Als zij niet in aanmerking komen voor de vrijstelling, dan moeten zij aan hun cliënten 19% BTW in rekening brengen. Staatssecretaris De Jager van Financiën heeft inmiddels wel aangegeven dat het register toegankelijk is voor alle instellingen die nu onder de onderwijsvrijstelling vallen, mits zij zich melden.

De betreffende ondernemers doen er verstandig aan bij hun brancheorganisatie te informeren naar de stand van zaken. Vooralsnog gaan we er vanuit dat op 1 juli 2010 het register en de voorwaarden er wel zullen zijn.

Korte overgangsregeling

Er is in overleg met de brancheorganisaties en VNO-NCW wel een overgangsregeling getroffen om

opleidingsinstellingen de gelegenheid te geven zich voor te bereiden op de nieuwe BTW-regels. Deze overgangsregeling geldt tot 1 januari 2011 voor contracten die al vóór 1 juli 2010 zijn gesloten.

De gevolgen

De intrekking van het keuzerecht en aanpassing van de BTW-regels heeft niet alleen gevolgen voor de toekomst maar kan ook gevolgen hebben voor het verleden. Hierna brengen we belangrijkste gevolgen voor u in kaart.

Het aftrekrecht

Als de onderwijsinstelling onder het keuzerecht koos voor toepassing van de BTW-vrijstelling en de vrijstelling wil voortzetten, kan zij zich aanmelden voor het register. Zij had en heeft geen aftrekrecht van de BTW die aan haar in rekening is gebracht. Volgens de Staatssecretaris is het register toegankelijk voor alle onderwijsinstellingen die op grond van het keuzerecht hebben gekozen voor toepassing van de BTW-vrijstelling. Deze toezegging roept de vraag op of dit ook zo blijft, zodra de voorwaarden bekend zijn en dan blijkt dat een onderwijsinstelling daaraan niet voldoet. Als in dat geval de rangschikking alsnog wordt teruggenomen, moet zij voor haar diensten 19% BTW in rekening brengen. Alleen op contracten die al vóór 1 juli 2010 zijn aangegaan, kunnen zij nog tot het eind van het jaar de oude BTW-regels (het keuzerecht) toepassen.

Als de onderwijsinstelling onder de oude BTW-regels steeds voor toepassing van de vrijstelling heeft gekozen, dan is de verplichte BTW-heffing met name erg nadelig voor haar afnemers die geen BTW in aftrek kunnen brengen. De BTW heeft voor hen immers een kostprijsverhogend effect. Afnemers die geen BTW mogen aftrekken zijn bijvoorbeeld ziekenhuizen, banken en krediet- en verzekeringsinstellingen. De verplichte BTW-heffing levert voor de onderwijsinstelling zelf aftrekrecht op voor de aan haar in rekening gebrachte BTW door (toe)leveranciers. Als de onderwijsinstelling onder het keuzerecht de BTW-vrijstelling toepaste maar daarvan na 1 juli 2010 wil afzien, dan moet zij zich niet inschrijven in het register. Zodra zij BTW in rekening brengt, ontstaat voor haar aftrekrecht voor de aan haar in rekening gebrachte BTW.

Als de onderwijsinstelling onder het keuzerecht al koos voor BTW-heffing en niet voldoet aan de voorwaarden voor de BTW-vrijstelling, dan verandert er slechts dat

zij voortaan altijd verplicht BTW in rekening moet brengen, omdat de keuze voor toepassing van de BTW-vrijstelling is vervallen en zij niet voor registratie in aanmerking komt.

Als de onderwijsinstelling wel aan de voorwaarden voor de BTW-vrijstelling voldoet, maar haar diensten met BTW wil blijven aanbieden, dan moet zij zich niet registreren. Als zij met BTW haar diensten blijft aanbieden, verandert er ook niets aan haar aftrekrecht. Als zij zich wel laat registreren en voortaan de BTW-vrijstelling toepast, vervalt haar aftrekrecht.

Een ander aspect van de BTW-aftrek komt aan de orde als de onderwijsinstelling naast (vrijgestelde) beroepsopleidingen ook andere (BTW-belaste) activiteiten verricht. Zij biedt bijvoorbeeld naast de vrijgestelde beroepsopleidingen ook met BTW-belaste hobbycursussen aan. De onderwijsinstelling moet dan eerst vaststellen of de kosten en investeringen uitsluitend zien op BTW-belaste activiteiten (volledige aftrek) of uitsluitend op BTW-vrijgestelde activiteiten (geen aftrek). Bij kosten en investeringen die op beide soorten activiteiten betrekking hebben (denk aan algemene overheadkosten, zoals huisvesting of accountantskosten) moet een verdeelsleutel worden opgesteld. Het aftrekbare deel moet conform deze verdeelsleutel worden bepaald. De verdeelsleutel moet worden aangepast, zodra de verhouding tussen vrijgestelde en belaste activiteiten wijzigt. Voor het vaststellen van de verdeelsleutel bestaan verschillende methoden. Het is raadzaam om bij de keuze van de methode de deskundigheid van een BTW-specialist in te roepen.



Herziening van BTW-aftrek in het verleden

Het vervallen van het keuzerecht en de wijziging van de BTW-regels kan ook gevolgen hebben voor de herziening van BTW-aftrek in het verleden. Herziening kan aan de orde komen bij goederen waarover voor de inkomstenbelasting of

vennootschapsbelasting pleegt te worden afgeschreven. Daarbij wordt weer een onderscheid gemaakt tussen roerende zaken en onroerende zaken. Bij roerende zaken wordt de in aftrek gebrachte BTW 5 jaar gevolgd. Bij onroerende zaken wordt de aftrek 10 jaar gevolgd. Als het gebruik van deze zaken binnen deze periodes verandert, kan dit tot gevolg hebben dat er afgetrokken BTW moet worden terugbetaald of dat er alsnog een recht op aftrek ontstaat.

Het vervallen van het keuzerecht en de wijziging van de BTW-regels hoeven in de meeste situaties niet tot herziening te leiden. Als de onderwijsinstelling op grond van het keuzerecht de BTW-vrijstelling genoot, zal ze vooralsnog de vrijstelling kunnen blijven genieten. Ze heeft dan in het verleden geen BTW op haar investeringen in aftrek gebracht, dus hoeft geen herziening plaats te vinden. Hetzelfde geldt voor de onderwijsinstelling die steeds voor BTW-heffing heeft gekozen en dat ook onder de nieuwe regels blijft doen. Zij heeft mogelijk in het verleden de BTW op haar investeringen afgetrokken en die hoeft ze niet te herzien zolang ze met BTW blijft presteren. Als zij onder de nieuwe regels aan de voorwaarden voldoet om in aanmerking te komen voor de BTW-vrijstelling, dan zou ze daarvoor kunnen kiezen door zich te laten registreren. Zij kiest dan ook impliciet voor herziening van de tot dan toe afgetrokken BTW op haar investeringen. De keuzeswitch zal in de praktijk waarschijnlijk mede om deze reden niet vaak voorkomen.

Anders ligt het voor de onderwijsinstelling die nu de BTW-vrijstelling toepast en onder de nieuwe regels verplicht BTW moet heffen, omdat zij niet voldoet aan de voorwaarden voor registratie. Zij heeft in het verleden de BTW op haar investeringen niet in aftrek gebracht, maar doordat zij belaste prestaties gaat verrichten, kan zij de gemiste aftrek herzien. U doet er verstandig aan om bij het vinden van het antwoord op de vraag of BTW uit het verleden moet worden herzien een BTW-specialist in de schakelen.

Commentaar

Al bij de inwerkingtreding van de eerste BTW-verordening per 1 juli 2006 werd duidelijk dat Nederland haar BTW-regels op het punt van het beroepsonderwijs moest aanpassen. Aanvankelijk was voorgesteld om het keuzerecht af te schaffen en de BTW-vrijstelling ook verplicht te stellen voor de onderwijsinstellingen die het keuzerecht hadden. Die verplichte vrijstelling is er uiteindelijk niet

gekomen. Vanaf 1 juli 2010 blijft de verplichte BTW-vrijstelling gelden voor het beroepsonderwijs in strikte zin. De onderwijsinstellingen die het keuzerecht hadden, houden feitelijk een beperkte keuzemogelijkheid. Als zij vóór 1 juli 2010 voor toepassing van de BTW-vrijstelling hebben gekozen, kunnen zij ook na die datum de vrijstelling behouden, als we de Staatssecretaris mogen geloven. Wat er met de instellingen gebeurt als later blijkt dat zij toch niet aan de voorwaarden voor registratie in het Register Kort Beroepsonderwijs voldoen, is niet duidelijk. Op grond van de nieuwe BTW-regels zouden zij dan verplicht BTW in rekening moeten brengen.

Onderwijsinstellingen die wel aan de voorwaarden voor registratie voldoen, zijn niet verplicht de BTW-vrijstelling toe te passen. Zij kunnen daarvoor kiezen door zich te laten registreren. Als de onderwijsinstelling de voorkeur geeft aan het in rekening brengen van BTW (bijvoorbeeld vanwege het aftrekrecht en/of omdat haar afnemers BTW-aftrek hebben), dan kan zij daarvoor kiezen door zich niet te laten registreren. Het is in ieder geval te hopen dat de voorwaarden voor registratie op 1 juli aanstaande bekend zijn. Daarmee zou een belangrijke bron van onduidelijkheid zijn weggenomen en onderwijsinstellingen in ieder geval in staat zijn te bepalen of zij zich wel of niet willen/kunnen registreren en dus of zij wel of niet in aanmerking kunnen komen voor toepassing van de BTW-vrijstelling.

Volledigheidshalve merken we tot slot op dat de BTW-vrijstelling alleen betrekking heeft op het beroepsonderwijs. Hobbycursussen stonden en staan hier dus volledig buiten. Die cursussen waren en blijven altijd belast.

BTW-aftrek bij gemengd gebruik van ondernemingsgoederen en –diensten

Vrijwel iedere ondernemer heeft te maken met bedrijfsgoederen en diensten die zowel in de onderneming als privé worden gebruikt.

Een andere vorm van gemengd gebruik doet zich voor in het geval bedrijfsgoederen en diensten zowel voor belastbare activiteiten als niet-belastbare activiteiten in de onderneming worden gebruikt. Voor de aftrek van BTW bij deze vormen van gemengd gebruik bestaan ingewikkelde regelingen die al tot de nodige rechtspraak hebben geleid. Onlangs bleek dat deze vormen van gemengd gebruik niet op dezelfde wijze in de BTW-heffing kunnen worden betrokken. Hierna brengen we eerst de stand van zaken in kaart

van de regels voor gemengd gebruik in zin van zakelijk en privé-gebruik. Daarna behandelen we de regels zoals die onlangs zijn ontwikkeld door de Hoge Raad ingeval van gemengd gebruik in de zin van gebruik voor belastbare en niet-belastbare activiteiten binnen de onderneming.

Zakelijk en privé-gebruik van bedrijfsgoederen en diensten

Als u in uw onderneming een investeringsgoed aankoopt, dan is onder de huidige regelgeving de BTW *volledig* aftrekbaar, mits u belastbare prestaties verricht. Als u zowel belaste als vrijgestelde prestaties verricht, geldt de aftrek voor zover u belaste prestaties verricht. Deze aftrek staat los van de vraag of en in welke mate u het investeringsgoed zakelijk en privé gebruikt.

Als u als ondernemer, uw personeel of anderen het investeringsgoed ook voor privé-doeleinden gebruiken, is dat privé-gebruik een belaste dienst. Denk hierbij bijvoorbeeld aan woon-werkpanden. Dit geldt overigens ook voor goederen die het bedrijfsvermogen verlaten. Daarnaast bestaat er een BTW-heffing voor diensten die gratis of tegen een symbolische vergoeding worden verricht voor bijvoorbeeld privé-doeleinden.

De belaste dienst wegens privé-gebruik geeft u aan in de laatste BTW-aangifte van het jaar. Voor de grondslag waarover de BTW voor het privé-gebruik moet worden berekend, wordt sinds 1 januari 2008 aangesloten bij het werkelijk privé-gebruik. U moet daarvoor twee kostencategorieën onderscheiden:

- de kosten van verwerving of vervaardiging van investeringsgoederen waarop pleegt te worden afgeschreven;
- de kosten van herstel, onderhoud, verbetering- en verbouwing.

Ad 1 Kosten ter verwerving of vervaardiging

Deze kosten betreffen in beginsel eenmalige kosten die zich voordoen in het jaar van verwerving of vervaardiging. Eventuele verwervings- of vervaardigingskosten die u in een eerder of later jaar maakt, moet u daar nog bijtellen. U deelt de kosten vervolgens toe aan meerdere kalenderjaren, waarbij wordt aangesloten bij de herzieningstermijn voor (on)roerende zaken. Daartoe moet voor onroerende zaken gedurende 10 jaren 10% van de verwervingskosten aan elk jaar worden toegerekend en voor roerende zaken gedurende 5 jaren 20% per jaar. De toerekening vindt voor het eerst plaats in het jaar van ingebruikname.

Ad 2 Kosten van herstel, onderhoud, verbetering en verbouwing

Deze kosten kunnen van jaar tot jaar verschillen. Per kalenderjaar worden de kosten gesteld op de feitelijk gemaakte kosten die u in het betreffende kalenderjaar in aanmerking moet nemen.

Een voorbeeld van deze kosten zijn kosten voor het laten schilderen van een woon-werkpand.

Werkelijke privé-gebruik

U rekent de kosten uit beide categorieën op basis van de werkelijke verhouding tussen het privé-gebruik en het totale gebruik, per kalenderjaar aan het privé-gebruik toe. Over dit bedrag berekent u vervolgens de BTW-heffing wegens privé-gebruik.

U moet dus voor toepassing van deze privé-correctie aantekening houden van het privé-gebruik. Alleen als u door bijzondere omstandigheden niet over de exacte gebruikgegevens kunt beschikken, mag u uitgaan van een schatting die het werkelijk gebruik zo goed mogelijk benadert.

Einde in zicht voor volledige aftrek BTW op privé-gedeelte woon-werkpand

Met de BTW-heffing over het privé-gebruik hangt het volgende samen. Als u een bedrijfswoning laat bouwen die u zowel zakelijk als privé gebruikt, dan kunt u alle BTW in aftrek brengen. Doordat u bij aanschaf/bouw eerst alle BTW in aftrek mag brengen, hoeft u de BTW niet mee te financieren. Dit financieringsvoordeel bent u mogelijk volgend jaar gedeeltelijk kwijt.

Waarschijnlijk moet Nederland op grond van nieuwe Europese ontwikkelingen namelijk uiterlijk *1 januari 2011* de BTW-regels zo aanpassen dat alleen de BTW die ziet op het zakelijk gebruik, mag worden afgetrokken. Dit heeft waarschijnlijk ook weer direct gevolgen voor de wijze waarop het privé-gebruik in de BTW-heffing wordt betrokken. Zodra er weer ontwikkelingen zijn, brengen u ervan op de hoogte.

Gebruik voor belastbare en niet-belastbare activiteiten

Een andere vorm van gemengd gebruik is het gebruik van bedrijfsgoederen en diensten voor activiteiten waarvoor u BTW in rekening brengt en activiteiten waarvoor u geen BTW in rekening kunt brengen. Daarmee bedoelen we niet de vrijgestelde activiteiten, maar activiteiten die niet binnen de BTW-heffing vallen, zoals belangenbehartiging. Tot voor kort werd wel gedacht dat de wijze waarop dit gemengd gebruik in de BTW moet worden betrokken in zekere zin gelijk loopt aan de wijze waarop het zakelijk en privé-gebruik

van bedrijfsgoederen en diensten in de BTW wordt betrokken. Uit een recente uitspraak van de Hoge Raad blijkt dit niet zo te zijn. In het kort komt de zaak op het volgende neer.

De zaak bij de Hoge Raad

De zaak betreft een vereniging in de agrarische sector. Deze vereniging houdt zich enerzijds bezig met belangenbehartiging van haar leden (niet-economische activiteiten) en anderzijds met het tegen betaling van een vergoeding verrichten van commerciële werkzaamheden voor individuele leden (economische activiteiten). De vereniging bracht in 2000 alle aan haar in rekening gebrachte BTW in aftrek die aan de economische activiteiten (belastbare handelingen) toerekenbaar was. Daarnaast bracht zij op basis van een pro rata berekening 79% van de aan haar in rekening gebrachte BTW in aftrek die betrekking had op de belangenbehartiging. De zaak kwam uiteindelijk bij de Hoge Raad, die eerst de Europese rechter enkele vragen stelde.

De Europese rechter stelde eerst vast dat de Hoge Raad een verkeerde interpretatie gaf aan de Europese BTW-regel die bepaalt dat met een belaste dienst wordt gelijkgesteld het privé-gebruik van bedrijfsgoederen door de ondernemer zelf, zijn personeel of anderen en meer in algemene zin het gebruik van bedrijfsgoederen voor 'andere dan bedrijfsdoeleinden'. De Hoge Raad ging er vanuit dat onder het gebruik voor 'andere dan bedrijfsdoeleinden' ook moest worden verstaan het gebruik voor niet-belastbare activiteiten. Omdat dan net als bij het privé-gebruik sprake is van een belaste dienst, zou dan wellicht ook in dit geval eerst de BTW op de investeringen in aftrek kunnen worden gebracht en daarna een corrigerende BTW-heffing terzake van het 'andere gebruik' kunnen plaatsvinden.

De Europese rechter besliste echter dat het gebruik voor de niet-belastbare activiteiten van de vereniging (de belangenbehartiging van haar leden) geen belastbaar eigen gebruik 'voor andere dan bedrijfsdoeleinden' is in de zin van de Europese bepaling. Deze activiteiten vinden geheel buiten de BTW-heffing plaats. Dit leidt in zoverre tot geen recht op aftrek van in rekening gebrachte BTW. De Hoge Raad heeft in lijn met deze uitspraak beslist dat de vereniging de aan haar in rekening gebrachte BTW terzake van de aan haar geleverde goederen en aan haar verrichte diensten, die zij gebruikt voor zowel economische als niet-economische activiteiten, niet aftrekbaar is voor zover de goederen en diensten

worden gebruikt voor de niet-economische activiteiten. Dit geldt volgens de Hoge Raad ook voor de BTW op investeringsgoederen.

Conclusie

Als u investeert in goederen of diensten die u zowel voor belastbare als voor niet-belastbare activiteiten gebruikt, dan kunt u de aan u in rekening gebrachte BTW (in tegenstelling tot het zakelijk en privé-gebruik) niet eerst volledig in aftrek brengen en daarna de BTW-aftrek corrigeren door BTW-heffing over de belaste dienst wegens het gebruik voor niet-belastbare activiteiten. De niet- belastbare activiteiten zijn op grond van de Europese bepaling immers geen belaste dienst.

In dat geval moet u op het moment van de investering al bepalen welk deel van de aan u in rekening gebrachte BTW betrekking heeft op de belaste activiteiten (aftrekbaar) en welk deel op de niet-belastbare activiteiten (niet aftrekbaar). Daarvoor moet u aan de hand van het gebruik een verdeelsleutel bepalen. Daarvoor bestaan verschillende methoden. Uw BTW-adviseur informeert u graag nader hierover.

Commentaar

Het gemengd gebruik in de zin van zakelijk en privé-gebruik van bedrijfsgoederen en diensten, lijkt een duidelijke regeling: u mag bij aankoop eerst alle in rekening gebrachte BTW in aftrek brengen en past daarna een correctie toe vanwege het privé-gebruik. Toch kan het bepalen van het werkelijk privé-gebruik dusdanig ingewikkeld zijn, dat u het beter aan een BTW-deskundige kunt overlaten.

Een ander aspect is dat u waarschijnlijk vanaf 1 januari 2011 een deel van het financieringsvoordeel bij aankoop vanwege het niet hoeven meefinancieren van de afgetrokken BTW, al weer kwijtraakt. Vanaf dat moment mag u immers bij aankoop nog slechts de BTW aftrekken, voor zover u het investeringsgoed of dienst zakelijk gebruikt.

Het gemengd gebruik in zin van gebruik voor belastbare en niet-belastbare activiteiten binnen uw onderneming sluit bij deze aankomende wijziging aan. U trekt alleen de BTW af voor zover u het investeringsgoed of de dienst voor belastbare activiteiten gebruikt.

Pensioen en lijfrente

Overgang van pensioenrechten bij een bedrijfsovername

Bij een overgang van een onderneming gaan alle rechten en plichten uit bestaande arbeidsovereenkomsten over op de overnemer. Sinds 1 juli 2002 geldt dat ook voor pensioenrechten. Daarmee worden de pensioenrechten van werknemers beschermd. Voor de overnemer kan de overgang echter verstrekkinge gevolgen hebben. Hierna geven we eerst aan bij welke vormen van bedrijfsovernames de overgang van pensioenrechten aan de orde is. Daarna gaan we in op de overgang van pensioenrechten en uitzonderingen op de hoofdregel die er in verschillende situaties bestaan.

Overgang van onderneming

De pensioenrechten gaan over bij overname van een onderneming. Als de aandelen van een BV (of NV) waarin een onderneming wordt gedreven, worden overgedragen aan een nieuwe aandeelhouder, verandert dat niets aan de bestaande situatie tussen de werkgever (de BV of NV) en haar werknemers. De aandelen van de BV (of NV) hebben alleen een nieuwe eigenaar gekregen. In dat geval blijven de bestaande arbeidsvoorwaarden, dus ook de pensioenrechten, gehandhaafd. Dat ligt anders als wel de onderneming zelf wordt

overgedragen aan de overnemer. Dat is het geval als alle bezittingen en schulden (activa en passiva) van de onderneming overgaan op de overnemer. De onderneming gaat ook over in geval van een fusie of splitsing. Bij een fusie worden twee BV's samengevoegd in één BV, waarbij de oude BV's ophouden te bestaan. Er vindt dan ook een vermogensoverdracht plaats van de opgeheven BV's. Bij een splitsing wordt het vermogen van een BV juist uit elkaar getrokken en in verschillende BV's ondergebracht. Ook dan vindt er een vermogensverschuiving plaats.

Zowel bij de overgang van een onderneming door overdracht van de passiva en activa van de onderneming, als door een fusie of splitsing, geldt als hoofdregel dat de arbeidsvoorwaarden, waaronder de pensioenrechten, van rechtswege overgaan op de overnemer.

Overgang van pensioenrechten

Op de hoofdregel bestaan echter uitzonderingen. Daarbij is tevens van belang of de werknemers wel of niet onder een verplichte bedrijfstakpensioenfonds vallen. Er kunnen op hoofdlijnen 4 situaties worden onderscheiden.

Situatie 1: overdrager heeft geen pensioenregeling/overnemer wel

In deze situatie wordt de overnemer, ook als zijn pensioenregeling slechts voor een deel van zijn bestaande personeel openstaat, verplicht om de pensioenregeling ook open te stellen voor het overgenomen personeel. Dat geldt ook als de overgenomen werknemers tot een groep behoren waaraan de overnemer geen pensioentoezegging heeft gedaan.

Als echter de overnemer onder een verplicht bedrijfstakpensioenfonds valt, dan hoeft hij de nieuwe werknemers van de overdrager geen pensioentoezegging te doen, tenzij de nieuwe werknemers onder de werkingsfeer van het bedrijfstakpensioenfonds vallen. In dat geval moet de overnemer hen (net als de bestaande werknemers) opnemen in deze verplichte pensioenregeling.

Situatie 2: overdrager heeft wel pensioenregeling/overnemer niet

Het kan ook zo zijn dat de overdrager wel en de overnemer geen pensioenregeling heeft. In die situatie moet de overnemer de pensioenregeling van de overdrager voortzetten. Dat wil zeggen dat hij de inhoud van de pensioenregeling van de overdrager in stand moet houden. Hij doet zijn nieuwe werknemers daartoe een overeenkomstige pensioentoezegging, maar laat de uitvoering ervan over aan een verzekeraar of pensioenfonds.

Dat geldt ook als de overdrager verplicht deelnam aan een bedrijfstakpensioenfonds en de overnemer geen pensioenregeling heeft. Als echter de nieuwe werknemers bij de overnemer werkzaamheden gaan verrichten die niet meer kwalificeren voor het verplichte bedrijfstakpensioenfonds, dan hoeft de overnemer hen geen alternatieve pensioenregeling aan te bieden. Uiteraard moet de overnemer dan wel

bedacht zijn op verzoeken van de overgenomen werknemers om compensatie te bieden. Na de overname verslechtert immers hun positie ten opzichte van de situatie van voor de overname.

Situatie 3: keuzerecht als beide werkgevers een pensioenregeling hebben

Een derde situatie die zich kan voordoen, is dat beide werkgevers een pensioenregeling hebben. De overnemer hoeft dan het pensioen van de overdrager niet verplicht voort te zetten, maar kan een beroep doen op een keuzerecht. De overnemer heeft dan de keuze om de pensioenregeling van de overdrager voor de nieuwe werknemers voort te zetten naast zijn eigen pensioenregeling voor het bestaande personeel, óf om de pensioenregeling van de overdrager niet voort te zetten en de nieuwkomers op te nemen in zijn eigen pensioenregeling.

Een nadeel van het keuzerecht voor de nieuwe werknemers kan zijn dat zij in een pensioenregeling kunnen worden opgenomen, die slechter is dan die zij bij de overdrager hadden. De wetgever heeft dit risico bewust aanvaard. De verbetering van de bescherming van de rechten van de werknemer voor wat betreft de pensioenrechten bestaat dan ook vooral uit de voortzetting van de pensioenrechten.

Het keuzerecht geldt echter niet altijd. Het vervalt bijvoorbeeld als de bestaande en de nieuwe werknemers in hetzelfde verplichte bedrijfstakpensioenfonds zijn opgenomen. Dan blijft de deelname van de overdrager gewoon bestaan. Het keuzerecht vervalt ook als de nieuwe werknemers verplicht onder een bedrijfstakpensioenregeling van de bestaande werknemers van de overnemer vallen.

Situatie 4: afwijken bij CAO als beide werkgever een pensioenregeling hebben

Tot slot biedt een bepaling in het Burgerlijk Wetboek de mogelijkheid om bij CAO van de hoofdregel (voortzetting pensioenregeling van overdrager) af te wijken. Als de werkgevers onder een CAO vallen waarin deze mogelijkheid is opgenomen, dan kunnen zij zich daarop beroepen.

Commentaar

Pensioenaanspraken van werknemers worden beschermd bij de overgang van een onderneming. Het begrip 'overgang' is een ruim begrip. Er valt bijvoorbeeld ook onder de overdracht van een zelfstandig deel van een onderneming. De kans is

daarom vrij groot dat u bij de overdracht van ondernemingsactiviteiten te maken krijgt met de pensioenbeschermende bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek. Het is dan ook zaak om in dergelijke situaties de 'ins en outs' van de pensioenregelingen van beide betrokken partijen vooraf in kaart te brengen. Naast de vraag welke pensioenregelingen van toepassing zijn, is het ook van belang om te onderzoeken of er in de pensioenregeling van het overgenomen bedrijf verborgen risico's aanwezig zijn. U moet daarbij vooral denken aan achterstanden in de premiebetaling en inkomende waardeoverdrachten. Deze risico's kunnen onverwachte, vaak forse, financiële gevolgen hebben.

Een optimaal DGA-pensioen met een verzorgd pensioendossier

Als u directeur-grotaandeelhouder (DGA) bent, kunt u uw pensioen in eigen beheer opbouwen. De meest veilige weg is dat te doen via zogenaamd 'extern eigen beheer'. Daarbij zijn de werkgever en de pensioen-uitvoerder twee verschillende vennootschappen. Zo blijft uw pensioen buiten de risicosfeer van uw onderneming. Voor een optimale DGA-pensioenberekening is het cruciaal dat uw pensioendossier op orde is. Zo voorkomt u allerlei fiscale en civielrechtelijke risico's en krijgt u de pensioenuitkeringen waarop u recht heeft. In deze bijdrage geven we aan welke onderliggende juridische bescheiden zich in het dossier (behoren te) bevinden of die waarvan het in ieder geval verstandig is om die in uw dossier te hebben.

Vaste basisdocumenten

Tot de basisdocumenten die u voor een optimaal DGA-pensioen in uw pensioendossier zou moeten hebben, behoren de volgende bescheiden.

Notulen AVA

De beloning van bestuurders wordt, voor zover bij de statuten niet anders is bepaald, door de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) vastgesteld. Het besluit wordt vastgelegd in de notulen. Als er aan de beloning van de bestuurder geen besluit van de AVA ten grondslag ligt, is de beloningsregeling nietig. Omdat de pensioenregeling onderdeel is van de totale beloning van de bestuurder, is het zaak om de notulen van de AVA, waarin het besluit over de bestuurdersbeloning is opgenomen, in uw pensioendossier te bewaren. Zo kunt u altijd aantonen dat aan de beloning een AVA besluit ten grondslag ligt.

Meest recente pensioenbrief

Op grond van de vastgestelde beloning, maken werkgever (de eigen BV) en werknemer (de DGA) afspraken over het pensioen. Deze individuele pensioenovereenkomst moet schriftelijk zijn vastgelegd in een getekende pensioenbrief. U moet deze getekende pensioenbrief in het pensioendossier bewaren. Als dat niet het geval is, ontstaat onzekerheid over het bestaan van een pensioenafpraak tussen BV en DGA. In de rechtspraak is uitgemaakt dat bij afwezigheid van een schriftelijke overeenkomst de pensioentoezegging onvoldoende 'bepaalbaar' is.

'Eerdere' pensioenbrief

Het is verstandig om ook 'eerdere' pensioenbrieven te bewaren. Dit verdient in ieder geval de voorkeur als uit de tekst van de laatste pensioenbrief blijkt dat de eerdere pensioenbrief of -brieven niet vervalt (-len). Zo is in de pensioenbrieven bij de overgang naar de Witteveenwetgeving (1999) en later de regeling voor VUT, prepensioen en introductie levensloopregeling (VPL-wetgeving, 2005) telkens opgenomen dat de al opgebouwde rechten worden gerespecteerd (of woorden van gelijke strekking). De eerdere pensioenbrief (of -brieven) is (zijn) dan van groot belang.

Financieringsovereenkomst

Net als bij een pensioenovereenkomst met een verzekeraar, moet ook in een eigen beheersituatie de pensioenuitvoerder (de ene vennootschap) aan de werkgever (de andere vennootschap) jaarlijks een premienota uitreiken. De in rekening gebrachte premie moet zakelijk zijn. De afgesproken premie wordt vastgelegd in een financieringsovereenkomst. Ook deze overeenkomst moet in het pensioendossier worden bewaard. Op uiterlijk 1 januari 2011 moet in de financieringsovereenkomst overigens ook een looptijd van (in beginsel) 5 jaar worden opgenomen, zoals verzekeraars dat vaak doen. In de financieringsovereenkomst moet dan ook op zakelijke wijze met de overeengekomen indexatie rekening worden gehouden. De premienota moet worden gesplitst in een spaarpremie en risicopremies voor met name de nabestaandendekking en de dekking bij arbeidsongeschiktheid. Verder moet de premienota dan ook een kostenopslag bevatten.

Financiële risico's

U loopt als DGA die een pensioenverplichting in eigen beheer houdt, diverse risico's. De belangrijkste zijn het risico van vooroverlijden en het risico van arbeids-

ongeschiktheid. In de praktijk blijkt dat deze risico's vaak niet voldoende inzichtelijk worden gemaakt, met als gevolg dat er onvoldoende aandacht aan wordt besteed. U kunt dit voorkomen door de door u aanvaarde financiële risico's ook in het pensioendossier te laten vastleggen. Daarnaast verdient het aanbeveling om deze risico's desgewenst te verzekeren bij een professionele verzekeringsmaatschappij.

Commentaar

Het is verstandig dat uw adviseur periodiek uw pensioendossier controleert op de aanwezigheid van alle relevante bescheiden. Een pensioendossier dat op orde is, vermindert de kans op allerlei fiscale en civielrechtelijke risico's en u kunt optimaal gebruikmaken van de mogelijkheden die pensioenopbouw in eigen beheer u bieden.

Sociale Zekerheid

Starters in de WW: voorkom problemen met de urenverrekening

U kunt vanuit de WW een eigen bedrijf beginnen. U behoudt in beginsel uw uitkering, maar de uren die u aan uw bedrijf besteedt, worden blijvend op uw uitkering gekort. In zoverre wordt u namelijk niet meer als 'werknemer' beschouwd en komt u dus niet meer in aanmerking voor een WW-uitkering. Er bestaat echter onduidelijkheid over welke uren hiermee precies worden bedoeld. De regeling voor het starten van een onderneming vanuit de WW is al meerdere keren gewijzigd. Sinds medio 2006 bestaat er een versoepelde regeling, maar voor met name zelfstandigen zonder personeel (ZZP'ers) die in de periode 2002 tot en met 2005 vanuit de WW een eigen bedrijf zijn gestart, heeft de onduidelijkheid over de urenaf trek al vervelende gevolgen gehad. Zij worden nu met hoge terugvorderingen van te veel ontvangen WW en boetes geconfronteerd. Een aantal van hen is daartegen in verzet gekomen en krijgen daarbij steun van de Nationale Ombudsman. Dit heeft er uiteindelijk toe geleid dat minister Donner van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) toch bereid is tot een oplossing te komen. Hierna staan we eerst stil bij de regels voor zelfstandigen in de WW in de periode 2002 tot met 2005. Daarna gaan we in op het geschil met het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) en de tegemoetkoming van de Minister. Tot slot staan we kort stil bij de versoepelde regeling vanaf medio 2006.

Zelfstandigenregeling in de WW 2002-2005

Een WW-gerechtigde kan met behoud van uitkering een eigen bedrijf beginnen. Dit is geregeld in de zogenaamde zelfstandigenregeling in de WW. In de zelfstandigenregeling zoals die gold in de periode 2002 tot en met 2005, bestond er voorafgaand aan de daadwerkelijke start van de onderneming, een oriëntatieperiode van 3 maanden. De WW-gerechtigde kreeg daarin de gelegenheid om zich op het ondernemerschap voor te bereiden. Tijdens deze periode gold geen sollicitatieplicht en behield de WW-gerechtigde zijn/haar uitkering, maar hij/zij mocht geen werkzaamheden voor de onderneming verrichten, zoals acquisitie, inkopen etc. Wel mocht hij/zij bijvoorbeeld een ondernemingsplan schrijven of de inschrijving bij de Kamer van Koophandel, een lening of een verzekering regelen. Na de oriëntatieperiode startte de onderneming en

kwamen de uren besteed aan de onderneming in mindering op de WW-uitkering. De uitkering ging definitief omlaag met het aantal opgegeven uren, ook als later minder tijd aan het bedrijf werd besteed. In zoverre verloor de WW-gerechtigde zijn/haar status van werknemer.

Er bestond echter wel een mogelijkheid om het werknemerschap weer terug te krijgen. Als de ondernemer namelijk binnen anderhalf jaar zijn bedrijf staakte, dan herleefde het oude WW-recht.

UWV versus gekorte WW'ers met een onderneming

In de jaren 2004 en 2005 zijn ruim 26.000 mensen met een WW-uitkering – vaak als zelfstandige zonder personeel (ZZP'er) – een bedrijf begonnen. Zij gaven in het kader van de urenverrekening vaak alleen de direct voor hun onderneming gewerkte uren op aan het

UWV. Deze uren werden dan blijvend op hun WW-uitkering gekort.

De zelfstandigen deden echter ook een urenopgave aan de Belastingdienst. Als zij meer dan 1.225 uren aan hun onderneming hadden besteed, dan konden zij gebruikmaken van de zelfstandigenaftrek in de inkomstenbelasting.

Het (UWV) heeft de uren die de WW-gerechtigden met een eigen bedrijf hebben opgegeven aan de Belastingdienst vergeleken met de gewerkte uren die zij in die periode aan het UWV hebben opgegeven. Het UWV concludeert daaruit dat te weinig uren zijn opgegeven en de betrokkenen zich hebben schuldig gemaakt aan fraude. Momenteel vordert het UWV daarom de te veel ontvangen WW terug en legt boetes op.

Het verschil tussen de opgegeven uren aan het UWV en de Belastingdienst betreft vooral de indirecte uren die aan werkzaamheden voor de onderneming zijn besteed. Indirecte werkzaamheden zijn onder meer: de administratie, acquisitie en marktonderzoek, de reizen, het regelen van financiering en huisvesting en overig, zoals het volgen van een opleiding, het lezen van vakliteratuur of het bezoeken van beurzen. Veel ondernemers gingen er bij hun opgave aan het UWV vanuit dat zij alleen de directe werkzaamheden waartegenover inkomsten stonden, moesten opgeven, terwijl zij bij de Belastingdienst alle uren aan directe en indirecte werkzaamheden aan hun onderneming hadden opgegeven.

Verzet en onderzoek van de Nationale Ombudsman

De gekorte en beboete zelfstandigen in de WW legden zich niet zonder meer neer bij de beslissing van het UWV. Zij spanden bezwaar- en beroepzaken aan en dienden bij de Nationale Ombudsman klachten. Laatstgenoemde startte een onderzoek naar de voorlichtingsaanpak van het UWV over de zelfstandigenregeling in de WW en met name naar de informatieverstrekking over de urenverrekening. Hij deed onder meer onderzoek naar folders, brochures, de gehanteerde werkbriefjes met toelichtingen, het instructiemateriaal van de werkcoaches (tegenwoordig: casemanagers) van het UWV en ander schriftelijk informatiemateriaal dat het UWV heeft gebruikt. Verder heeft de Ombudsman de informatie onderzocht die telefonisch door medewerkers van het UWV of via een werkcoach/casemanager in een persoonlijk gesprek is verstrekt. Ook deed hij onderzoek naar de begeleiding en de controle door het UWV.



Uit het onderzoek bleek dat de betreffende zelfstandigen in de jaren 2004 en 2005 onjuist en niet eenduidig door het UWV zijn voorgelicht. Zo bleek dat eenderde van de werkcoaches/casemanagers van het UWV het niet nodig vond dat de startende zelfstandige de indirecte uren strikt zou opgeven. De zelfstandige zou daardoor onverantwoord in inkomen achteruit kunnen gaan en daarom mislukken als ZZP'er. Een groot aantal werkcoaches/casemanagers vond ook dat er pragmatisch met de urenverrekening moest worden omgegaan en adviseerde zelfstandigen om de indirecte uren te spreiden over een aantal weken of helemaal niet op te geven. Tot slot stelde de Ombudsman vast dat in de schriftelijke informatie van het UWV de kwestie van directe en indirecte uren niet nadrukkelijk onder de aandacht is gebracht.

De Ombudsman stelt op basis van de onderzoeksresultaten vast dat een aantal ZZP'ers door de niet eenduidige voorlichtingsaanpak van het UWV ten onrechte met terugvorderingen en boetes is geconfronteerd. Zij zijn volgens hem onevenredig zwaar getroffen. Hij heeft daarop aan het UWV aanbevelingen gedaan. Die hebben echter niet geleid tot concrete afspraken met het UWV over praktische oplossingen. Het rapport van het onderzoek en de aanbevelingen zijn daarom bij de Minister van SZW neergelegd.

Tegemoetkoming minister Donner

De Minister is er geen voorstander van om de zaken die al in bezwaar en beroep zijn behandeld te heropenen, maar hij kondigt wel een aantal acties aan.

Ten eerste gaat het UWV de zelfstandigen die in 2004 en 2005 van de zelfstandigenregeling in de WW hebben gebruikgemaakt, schriftelijk wijzen op de mogelijkheid dat nog eens naar hun zaak wordt gekeken. Dat geldt echter alleen als zij, mede in het

licht van het rapport, feiten en omstandigheden kunnen aanvoeren die ten tijde van de besluitvorming (of hun bezwaar daartegen) niet bekend waren bij het UWV.

Verder heeft hij het UWV verzocht om alle lopende bezwaar- en beroepszaken nogmaals te herbeoordelen en, voor zover terecht is teruggevorderd, lopende betalingsregelingen voor de terugbetaling van onverschuldigd ontvangen WW-uitkeringen en boetes, zonodig in duur te verlengen.

Wijziging medio 2006: introductie startersregeling

Vanaf 1 juli 2006 is de zelfstandigenregeling versoepeld. Sindsdien mag de WW-gerechtigde 6 maanden als zelfstandige met behoud van uitkering gaan werken. Hij/zij ontvangt in die periode de WW-uitkering als voorschot. Op een later tijdstip wordt 70% van de inkomsten uit de onderneming tijdens die periode daarmee verrekend. In die periode vindt dus geen urenverrekening/korting maar een inkomenskortening op de WW-uitkering plaats. De werkzaamheden die in die periode voor de onderneming worden verricht, worden gelijkgesteld met sollicitatieactiviteiten.

Na de periode van 6 maanden verliest de zelfstandige blijvend zijn WW-uitkering voor het (hoogste) aantal uren dat hij als zelfstandige werkt, ongeacht of hij met de werkzaamheden inkomen genereert. Heeft hij bijvoorbeeld in één week 20 uur gewerkt en in de volgende week maar 10 uren, dan blijft het UWV toch 20 uren in mindering brengen op uw WW-uitkering.

De periode waarbinnen de zelfstandige zijn status als werknemer kan terugkrijgen, is vanaf 1 juli 2006 gekoppeld aan de uitkeringsduur met een minimum van 1,5 jaar en een maximum van 3 jaren en 2 maanden. Dit is de maximumduur van een WW-uitkering. Het recht op een WW-uitkering na staking van de onderneming kan dus binnen de uitkeringsduur herleven.

Startende ondernemers in de WW mogen in beginsel kiezen voor toepassing van de startersregeling of de urenverrekening. Deze keuze wordt meestal gebaseerd op het inkomensperspectief op korte termijn. Daarbij moeten zij zich realiseren dat, als zij voor urenverrekening kiezen, de WW-uitkering direct en blijvend wordt gekort voor het hoogste aantal uren dat zij werkzaamheden voor hun onderneming verrichten, ongeacht of zij later minder uren aan hun onderneming besteden en ongeacht of zij

daarmee inkomen verwerven. Aangezien dit laatste tijdens de start van de onderneming niet eenvoudig zal zijn, nemen zij dus een groot risico op een behoorlijke inkomensterugval.

Commentaar

U bent wellicht in de afgelopen crisistijd ook uw baan kwijtgeraakt en in de WW terecht gekomen. Als u overweegt om vanuit de WW een onderneming te starten, maak dan eerst gebruik van de startersregeling, zodat u de eerste 6 maanden uw uitkering kunt behouden en pas daarna met de urenverrekening te maken krijgt. Als u eenmaal de gewerkte uren moet opgeven, denkt u er dan aan dat u dan niet alleen de directe uren moet opgeven aan het UWV, maar ook de indirecte uren (voor onder andere acquisitie en administratie). Regelmatig stelt het UWV onderzoek in naar de rechtmatigheid van ontvangen WW-uitkeringen. Als u in uw aangifte voor de inkomstenbelasting wél de zelfstandigenaftrek heeft geclaimd, maar niet 1.225 uur per jaar op de werkbriefjes van het UWV heeft opgegeven, kan er aanleiding zijn voor een terugvordering van teveel betaalde WW-uitkering en kan het UWV u een boete opleggen wegens overtreding van de inlichtingenverplichting. In het ergste geval volgt een strafrechtelijk onderzoek. U kunt dit eenvoudig voorkomen door een goede urenregistratie van alle gewerkte uren op te zetten, zodat u het UWV de juiste urenopgave kunt doen.

Indien u behoort tot de categorie ZZP-ers die met terugvorderingen van het UWV is geconfronteerd, kunt u wellicht gebruikmaken van de recent door de Minister geboden mogelijkheden om uw zaak te laten herbeoordelen. Vanwege de complexe materie verdient het aanbeveling om u daarbij door een deskundige te laten adviseren.

Nieuwe Europese Verordening sociale zekerheid treedt binnenkort in werking

Als u een werknemer in dienst heeft die in een ander land woont, dan bepaalt een Europese Verordening in welk land de werknemer sociaal verzekerd is (en in welk land premies moeten worden betaald). Deze Verordening gaat vanaf 1 mei 2010 veranderen. Hierna gaan we in op de wijzigingen die voor u mogelijk relevant zijn en welke acties u kunt ondernemen.

De wijzigingen

Over de hoofdregel kunnen we kort zijn. Die is en blijft ook in de nieuwe Verordening dat de werknemer sociaal verzekerd is in het land waar hij/zij werkt. Neemt u dus een Belgische of Duitse werknemer in dienst die in Nederland werkt, dan is die werknemer in Nederland verzekerd. Er zijn twee, vaak voorkomende, situaties waarin de werknemer in het buitenland werkt maar sociaal verzekerd blijft in het land waar hij/zij woont. Die situaties zijn detachering en het werken in meerdere lidstaten. Voor beide situaties zijn in de Verordening wijzigingen opgenomen.

Detachering

Van detachering is bijvoorbeeld sprake als een werknemer in dienst is in Nederland, maar tijdelijk naar een ander land wordt uitgezonden. Als deze detachering niet langer duurt dan in eerste instantie 12 maanden, dan kan de werknemer verzekerd blijven in zijn woonland (waar hij normaliter ook werkt). Deze termijn kan onder de huidige Verordening al worden verlengd tot maximaal vijf jaar, maar hiervoor is onderling overleg nodig tussen het woonland en het tijdelijke werkland. Onder de nieuwe Verordening wordt de standaardtermijn van 12 maanden tot 24 maanden verlengd. Deze termijn kan in overleg tussen de lidstaten worden verlengd.

Het is raadzaam om in geval van detachering bij de Sociale Verzekeringsbank een E101-verklaring op te vragen, waaruit blijkt dat sprake is van verzekering in Nederland. Deze verklaring heeft in het buitenland rechtskracht. Hiermee kunt u aantonen dat de verzekeringsplicht in Nederland ligt en niet in de tijdelijke werkstaat.

Het ligt overigens in de bedoeling om deze papieren E101-verklaring op termijn te vervangen door een nieuw systeem van elektronische gegevensuitwisseling tussen de lidstaten. Met de invoering van de nieuwe Verordening wordt hiermee begonnen. De verwachting is dat over twee jaar alle lidstaten hiervan gebruik zullen maken. In de tussentijd kunnen beide systemen naast elkaar worden gebruikt.

Werken in meerdere lidstaten

Een tweede belangrijke verandering geldt voor de situatie waarin een werknemer in meerdere lidstaten werkt. Als een werknemer in twee lidstaten werkt, waaronder het woonland, is hij/zij (uitsluitend) sociaal verzekerd in het woonland. De huidige Verordening schrijft niet voor hoeveel de werknemer minimaal in het woonland moet werken om in dat land sociaal

verzekerd te zijn. In Nederland wordt er al vanuit gegaan dat een werknemer in zijn woonland werkt, als hij tenminste één dag per maand daar werkt (dit kan ook thuiswerken zijn). Een werknemer voldoet dus al snel aan deze voorwaarde.

De nieuwe Verordening kent wel een dergelijk vereiste. De werknemer moet minimaal 25% van zijn/haar tijd (of van zijn/haar salaris) werken in het woonland om daar sociaal verzekerd te zijn. Wordt niet aan deze voorwaarde voldaan, dan is de werknemer verzekerd in het land waar de werkgever is gevestigd en waar hij/zij voornamelijk werkzaam is. Dit nieuwe vereiste geldt niet als de werknemer in iedere werkstaat een afzonderlijke werkgever heeft. De werknemer is dan verzekerd in zijn/haar woonland. Toch zullen werknemers door dit omvangvereiste naar verwachting eerder sociaal verzekerd zijn in het werkland.

Voorbeeld ter verduidelijking

Een werknemer woont in Nederland en werkt 5 dagen per week in Duitsland voor een Duitse werkgever. Op grond van de huidige Verordening EG nr. 1408/71 is hij dan sociaal verzekerd in Duitsland. De werknemer gaat een halve dag per week thuiswerken in Nederland. Hij werkt dus in 2 landen, waaronder zijn woonland. Dit heeft als gevolg dat de Nederlandse sociale zekerheidswetgeving (de volksverzekeringen, de Zorgverzekeringswet (ZVW) en de werknemersverzekeringen) van toepassing is en de Duitse niet meer. Als dezelfde werknemer na 1 mei 2010 in Duitsland maar ook in Nederland gaat werken, dan blijft de Duitse wetgeving van toepassing omdat hij niet *substantieel* (25% van de werktijd) in Nederland werkt. Zou zijn werkgever niet in Duitsland, maar in Nederland gevestigd zijn, dan zou wel de Nederlandse wetgeving van toepassing zijn. U ziet door de nieuwe Verordening kan een werknemer sociaal verzekerd worden in een ander land.

Werknemer én zelfstandige

Het kan voorkomen dat een persoon zowel als werknemer en als zelfstandige kwalificeert. De hoofdregel is dan dat de wetgeving van het land van toepassing is, waar de werkzaamheden in loondienst worden uitgeoefend. Er waren echter door enkele lidstaten uitzonderingen gemaakt, waardoor iemand aan twee sociale zekerheidsstelsels onderworpen kon zijn. Onder de nieuwe Verordening zal er altijd onderworpenheid zijn aan één sociaal zekerheidstelsel.

Deze dubbele kwalificatie doet zich in de praktijk veel voor bij directeur-groot aandeelhouders (DGA's) die in

België als zelfstandige worden gezien en in Nederland als werknemer. In beide landen zijn onder de huidige regels premies verschuldigd. Na inwerkingtreding van de nieuwe Verordening zijn alleen nog premies verschuldigd in het land waar de DGA als werknemer kwalificeert (Nederland dus).

Overgangsregeling

Er geldt een ruime overgangsregeling voor bestaande situaties. Werknemers en zelfstandigen die op het moment van inwerkingtreding van de nieuwe Verordening al grensoverschrijdend werken, kunnen onder de werking van de huidige Verordening blijven vallen. Als hun situatie echter wijzigt of een nieuwe situatie ontstaat na invoering van de Verordening, dan zijn de nieuwe regels van toepassing. Overigens is het ook mogelijk om in bestaande situaties toch voor toepassing van de regels van de nieuwe Verordening te kiezen, als deze gunstiger uitpakken dan de regels van de huidige Verordening. Het is dus belangrijk om

bestaande grensoverschrijdende situaties goed in beeld te krijgen. Zo kunt u beoordelen welke regels gunstiger uitpakken. De overgangsregeling duurt tot 1 mei 2020.

Commentaar

Als u een werknemer in dienst heeft die in een ander land woont, dan bepaalt vanaf 1 mei 2010 de nieuwe Europese Verordening in welk land de werknemer sociaal verzekerd is en in welk land premies moeten worden betaald. De wijzigingen kunnen tot gevolg hebben dat een werknemer in een ander land sociaal verzekerd wordt, bijvoorbeeld niet in het land waarin hij/zij werkt, maar in het land waarin de werkgever is gevestigd.

Als u optimaal gebruik wenst te maken van de keuzemogelijk in de overgangsregeling, doet u er verstandig aan de bestaande grensoverschrijdende situaties goed te in kaart te (laten) brengen.

Arbeidsrecht

Meer (on)duidelijkheid over de ontslagvergoeding

Er bestaat al enige tijd onduidelijkheid over de vaststelling van de ontslagvergoeding. De kantonrechtersformule (zoals de rechter deze toepast in ontbindingszaken) gold tot voor kort vaak als uitgangspunt bij onderhandelingen over beëindiging van het dienstverband. Ook als de werknemer wordt ontslagen na verkregen toestemming van het UWV Werkbedrijf, kan aanspraak worden gemaakt op een vergoeding wegens kennelijk onredelijke ontslag (daarbij wordt met name gekeken naar de gevolgen van het ontslag voor de werknemer). Ook hier komt de kantonrechtersformule weer om de hoek kijken.

Door enkele recente rechtelijke uitspraken en een wetsvoorstel over de maximering van de ontslagvergoeding is de onduidelijkheid over hoe de hoogte van de ontslagvergoeding moet worden bepaald, alleen maar toegenomen. Aan de hand van de rechtspraak waren een aantal scenario's denkbaar, waarmee de Hoge Raad inmiddels deels korte metten heeft gemaakt. Door de rechtspraak heen loopt bovendien het nog steeds bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel tot maximering van de ontslagvergoeding tot één jaarsalaris voor salarissen boven € 75.000. In deze bijdrage behandelen we eerst de diverse scenario's en ook de duidelijke uitspraak van de Hoge Raad inzake kennelijk onredelijk ontslagzaken. Daarna staan we kort stil bij de voortgang van het aanhangige wetsvoorstel.

De scenario's

In de rechtspraak zijn de volgende scenario's ontwikkeld:

- de per 1 januari 2009 gewijzigde kantonrechtersformule ($A \times B \times C$);
- kennelijk onredelijk ontslagzaken: de nieuwe kantonrechtersformule ($X \times Y \times Z$);
- kennelijk onredelijk ontslagzaken: berekening volgens $A \times B \times C$ met 30%-aftrek.

Scenario 1: de nieuwe kantonrechtersformule voor ontbindingsprocedures

Een werknemer die via een ontbinding door de kantonrechter wordt ontslagen, komt in beginsel voor een ontslagvergoeding in aanmerking.

De kantonrechter stelt de hoogte vast aan de hand van de AxBxC-formule. A, B en C betreffen achtereenvolgens de dienstjaren, het maandsalaris (vermeerderd met de vaste en overeengekomen loonbestanddelen, zoals vakantietoeslag) en de verwijtbaarheidsfactor. Factor C varieert en hangt af van de bijzondere omstandigheden van het geval. In deze gewijzigde kantonrechtersformule is met name de factor dienstjaren (A) verrijnd. Daarbij tellen de dienstjaren vóór het 35ste levensjaar 0,5 keer mee, tussen het 35ste en 45ste levensjaar 1 keer, tussen 45ste en 55ste levensjaar 1,5 keer en na het 55ste levensjaar 2 keer mee. Daarmee werd aangesloten bij de verbeterde arbeidsmarktpositie van jongeren, maar met behoud van de bescherming van oudere werknemers. Nu de economische crisis met name ook jongeren treft, is het nog maar de vraag of dit nog wel aan de orde is. Omdat de kantonrechter echter sinds 1 januari 2009 meer de bijzondere omstandigheden van het geval kan meewegen in zijn beslissing, kan hij met die inmiddels verslechterde arbeidsmarktpositie wellicht toch rekening houden. Anderzijds kan hij sinds begin 2009 ook meer rekening houden met de financiële positie van de werkgever, voor wie de economische crisis ook tot zwaar weer kan hebben geleid.

Scenario 2: de nieuwe kantonrechtersformule bij kennelijk onredelijk ontslagzaken

Een werknemer die wordt ontslagen via een ontslagvergunning van het UWV Werkbedrijf krijgt geen vergoeding omdat het UWV alleen oordeelt over de ontslagaanvraag zelf. Als de werknemer toch een vergoeding voor het verlies van zijn dienstbetrekking wil hebben, dan moet hij/zij bij de kantonrechter een verklaring van kennelijk onredelijk ontslag vorderen. De werknemer vecht dan niet het ontslag zelf aan, maar wel de onredelijke gevolgen van dat ontslag. Het ontslag is 'kennelijk onredelijk' wanneer de gevolgen te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij opzegging. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem/haar bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden. De werknemer maakt in dat geval toch aanspraak op een vergoeding.

Voor deze situatie is in de rechtspraak de nieuwe XxYxZ-formule geïntroduceerd. X, Y en Z betreffen eveneens de dienstjaren (X), het maandsalaris (Y) (vermeerderd met de vaste en overeengekomen loonbestanddelen, zoals vakantietoeslag) en de verwijtbaarheidsfactor (Z). De Z-factor is echter in beginsel slechts een half. Slechts in bijzondere gevallen

kan deze factor hoger uitvallen. Dit betekent feitelijk dat daardoor de ontslagvergoeding wordt gehalveerd. Dit is voor werkgevers een welkome verbetering. Zeker in het licht van de economische crisis en zeker nu werknemers na een ontslag via een ontslagvergunning van het UWV Werkbedrijf, steeds vaker een ontslagvergoeding afdwingen via (dreiging met) een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Werkgevers zullen daardoor steeds vaker een ontslagvergoeding moeten betalen.

Scenario 3: als 1 maar bij kennelijk onredelijk ontslag met 30%-aftrek en minimum

Een andere mogelijkheid uit de rechtspraak voor het vaststellen van een ontslagvergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag, neemt de kantonrechtersformule (AxBxC-formule) als uitgangspunt, waarbij de rechter besliste dat sprake is van kennelijk onredelijk ontslag als niet tenminste een bedrag is aangeboden dat gelijk is aan 70% van de vergoeding volgens deze kantonrechtersformule. Als de 30%-aftrek minder is dan één maandsalaris, dan is de aftrek gelijk aan één maandsalaris. Volgens deze rechtspraak komt dus voor eigen rekening van de werknemer 30% van de vergoeding volgens de AxBxC-formule met een minimum van één maandsalaris.

De duidelijkheid van de Hoge Raad

De zaak die leidde tot de rechtspraak in scenario 3, is uiteindelijk door de Hoge Raad aangegepen om duidelijkheid en uniformiteit te creëren in de wijze waarop in kennelijk onredelijk ontslagzaken de vergoeding moet worden vastgesteld. De Hoge Raad maakt korte metten met de op de kantonrechtersformule gebaseerde kennelijk onredelijk ontslag uitspraken. Of een ontslag kennelijk onredelijk is, hangt volgens de Hoge Raad af van de omstandigheden. Een ontslag is niet kennelijk onredelijk alleen vanwege het ontbreken van een vergoeding. Bij schadevergoedingen wegens kennelijk onredelijk ontslag kan de kantonrechtersformule niet worden toegepast.

Commentaar

Als gevolg van de economische crisis worden er dit jaar veel ontslagen verwacht. Veel van die ontslagen zullen het gevolg zijn van een noodzakelijke reorganisatie. De normale routing is dan de vergunningaanvraag bij het UWV Werkbedrijf. Een vergoeding kan door de werknemer vervolgens via de rechter worden afgedwongen. De rechter moet volgens de Hoge Raad dan aan de hand van de omstandigheden beoordelen

of sprake is van een kennelijke onredelijk ontslag. Daarmee is een duidelijke vuistregel komen te vervallen. De afwezigheid van een vergoeding maakt het ontslag niet kennelijk onredelijk. Als de rechter vaststelt dat het ontslag kennelijk onredelijk is, omdat de gevolgen voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij opzegging, kan vervolgens de vergoeding niet op basis van de kantonrechtersformule worden bepaald. Het ligt dan voor de hand dat de rechter de vergoeding baseert op de redelijkheid en de billijkheid. In het geval van een reorganisatie zal bij de vaststelling van de ontslagvergoeding dan in ieder geval rekening kunnen worden gehouden met de financiële positie van de werkgever. Als de werkgever kan onderbouwen dat die niet erg rooskleurig is, dan kan de vergoeding naar beneden worden bijgesteld. Dit uitgangspunt strookt ook met de nieuwe kantonrechtersformule voor ontbindingsprocedures die kantonrechters immers ook de mogelijkheid biedt om met de omstandigheden van de werknemer én de werkgever rekening te houden.

Voortgang Wetsvoorstel aftopping ontslagvergoeding

Een andere maatregel heeft betrekking op het bij de Tweede Kamer in behandeling zijnde wetsvoorstel dat de ontslagvergoeding van werknemers met een jaarsalaris van € 75.000 of meer, beperkt tot maximaal één jaarsalaris. Dit plafond leidt, rekeninghoudend met de nieuwe AxBxC-formule, onder meer tot de volgende uitkomsten.

Voorbeeld 1

Een werknemer heeft een maandsalaris van € 10.000 (inclusief vakantietoeslag). Na 35 jaar trouwe dienst wordt hij bij een reorganisatie ontslagen.

Hij is inmiddels 60 jaar. Het ontslag kan noch aan werkgever noch aan werknemer worden verweten. Zijn ontslagvergoeding bedraagt op grond van de nieuwe kantonrechtersformule:

$10 \times 0,5$ plus 10×1 plus $10 \times 1,5$ plus $5 \times 2 = 40$ dienstjaren (A) x € 10.000 (B) x 1 (C) = € 400.000.

Omdat hij echter een jaarsalaris heeft van meer dan € 75.000, bedraagt zijn maximum ontslagvergoeding één jaarsalaris, ofwel € 120.000.

Voorbeeld 2

Dezelfde werknemer heeft een maandsalaris van € 6.000. Zijn ontslagvergoeding bedraagt op grond van de nieuwe kantonrechtersformule:

40 dienstjaren (A) x € 6.000 x 1 (C) = € 240.000.

Omdat zijn jaarsalaris minder bedraagt dan € 75.000, is zijn ontslagvergoeding niet aan een maximum gebonden en ontvangt deze werknemer wel de hoge ontslagvergoeding conform de kantonrechtersformule van € 240.000.

Commentaar

Werkgevers vinden de toepassing van de kantonrechtersformule vooral bezwaarlijk uitpakken bij oudere werknemers. De leeftijdsfactor leidt al gauw tot veel dienstjaren en dus hoge ontslagvergoedingen. Zowel met de aangepaste kantonrechtersformule als met het inbouwen van een wettelijk plafond voor werknemers met een jaarsalaris van meer dan € 75.000, lijkt aan dat bezwaar nauwelijks te worden tegemoetgekomen. Hoewel het wetsvoorstel in samenspraak met werkgevers- en werknemersorganisaties is tot stand gekomen, is het voorstel onlangs bij de eerste behandeling in de Tweede Kamer door de meeste partijen toch met weinig enthousiasme ontvangen. Onder meer vanwege de arbitraire effecten zoals we hierboven hebben aangegeven. Nu het kabinet inmiddels is gevallen en een demissionaire status heeft gekregen, is de behandeling van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer stilgelegd. Het is niet ondenkbaar dat het wetsvoorstel aan een stille dood zal sterven.

We houden u op de hoogte.

