

# De positie van de directeur-groootaandeelhouder onder de Pensioenwet



**Drs. J.M.J. Holtermans**

*Jurgen Holtermans is als pensioenfiscalist verbonden aan Hendriks en Bakker Fiscaal Adviseurs. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.*

**Zoals het er naar uitziet treedt op 1 januari 2007 de Pensioenwet (PW) in werking. De PW volgt de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) op, waarbij de overgang van PSW naar PW wordt gestroomlijnd via een Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet (IPW). De PW kenmerkt zich met name door een nieuw begrippenkader en veel, héél veel informatie- en communicatieverplichtingen voor de werkgever en pensioenuitvoerder ten behoeve van en richting de werknemer(s). In dit artikel ga ik overigens niet op deze verplichtingen in.**



De aandacht in dit artikel gaat uit naar de positie van de directeur-groootaandeelhouder (DGA)<sup>1</sup> onder de PW. In paragraaf 2 ga ik allereerst in op de vraag wanneer voor de toepassing van de PW sprake is van een DGA. In paragraaf 3 ga ik nader in op de positie van de DGA onder de PW. In paragraaf 4 behandel ik het overgangsrecht voor DGA's die op het moment van inwerkingtreding van de PW reeds pensioenaanspraken opbouwen. In paragraaf 5 besteed ik aandacht aan het vervallen van de ontheffingsmogelijkheid voor de oudere voormalige DGA. Ik sluit mijn artikel in paragraaf 6 af met een opsomming van de belangrijkste aandachtspunten bij de voorgestelde wijzigingen.

## 1. Wanneer is onder de Pensioenwet sprake van een DGA?

In art. 1 PW is de DGA als volgt gedefinieerd:

- persoonlijk houder van aandelen welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen;<sup>2</sup>
- indirect persoonlijk houder van aandelen welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen; of
- houder van certificaten van aandelen, uitgegeven door tussenkomst van een administratiekantoor waarvan hij voor ten minste een tiende deel in het bestuur vertegenwoordigd is, welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap<sup>3</sup> vertegenwoordigen.

Voor de criteria wie als DGA wordt aangemerkt sluit de PW dus nauw aan bij de criteria zoals die onder de PSW gelden. Nieuw is wel dat in de wet zelf is bepaald dat certificaathouders, mits zij aan bepaalde voorwaarden voldoen, als DGA worden aangemerkt. In geval van certificering hoeft dus geen ontheffing meer bij De Nederlandsche Bank (DNB) te worden aangevraagd!<sup>4</sup> Een duidelijk voordeel voor de praktijk, waar (indiening van) het ontheffingsverzoek nogal eens wordt vergeten. Ten aanzien van de reeds op grond van de PSW verleende ontheffingen is niet in overgangsrecht voorzien. Dit is ook niet noodzakelijk, want dergelijke ontheffingen verliezen eenvoudigweg hun waarde, omdat de PW certificaathouders reeds in de DGA-definitie omsluit.

Door in de DGA-definitie te benadrukken dat men *persoonlijk* houder of indirect *persoonlijk* houder moet zijn om als DGA te kwalificeren, is duidelijk in de wet vastgelegd dat de in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot van een DGA door dit enkele feit geen DGA in de zin van de PW is.<sup>5</sup> Dit laatste geldt overigens ook al onder de PSW, hoewel dit niet met zoveel woorden in de wet terug is te vinden.

Met de term *indirect* houder wordt, evenals onder de PSW, bedoeld op de situatie dat de aandelen niet direct in de vennootschap van de werkgever worden gehouden, maar dat de betrokkene aandelen heeft in een vennootschap die aandelen heeft in de vennootschap van de werkgever. Het kan daarbij overigens ook gaan om een situatie waarin iemand in dienst is van

een Nederlandse onderneming, die een dochter is van een buitenlandse onderneming en waarbij de werknemer grootaandeelhouder is in dat buitenlandse moederbedrijf. Opvallend is dat voor directeur-grootcertificaathouders het onderscheid *direct* en *indirect* niet (meer) wordt gemaakt. Ik neem aan dat in geval van gecertificeerd aandelenbezit, waarbij de door een persoonlijke houdstermaatschappij gehouden werkmaatschappij de werkgever is, ook sprake is van een DGA in de zin van de PW.

## 2. Positie DGA onder de Pensioenwet

*Hoofregel: Pensioenwet is niet van toepassing op DGA*

De positie van de DGA is als zodanig snel geschetst, want de DGA is in art. 1 PW uitdrukkelijk uitgezonderd van de definitie van werknemer<sup>6</sup> met als gevolg dat de PW in het geheel niet van toepassing is op de pensioenovereenkomst tussen (meestal) de BV en de DGA.<sup>7</sup> Dit laatste ongeacht of de DGA pensioenaanspraken bij een verzekeraar heeft ondergebracht of pensioenaanspraken in eigen beheer opbouwt. Hierdoor ontstaat een duidelijk verschil met de positie van de DGA onder de PSW. Daarin is de DGA weliswaar expliciet uitgezonderd van de zogenoemde onderbrengingsplicht maar bestaat, gezien de inhoud van de Regeling voorwaarden pensioentoezeggingen aan direct- en indirect-grootaandeelhouders, onduidelijkheid over de vraag of de overige bepalingen van de PSW van toepassing zijn. De DGA is als persoon immers wel verbonden aan de

Onder de Pensioenwet blijft het volgens de wetgever overigens wel mogelijk om als DGA van eigen beheer te switchen naar een (pensioen)verzekering en vice versa.<sup>9</sup> Een voor de praktijk welkome mogelijkheid, die overigens de nodige vragen oproept in relatie tot de overgangsregelingen, die voor bestaande situaties in de IPW zijn voorgesteld. Meer hierover in paragraaf 4.

Tot mijn verbazing voorziet de IPW vooralsnog niet in de fiscale begeleiding van een dergelijk switchen. De IPW voorziet weliswaar in een aanpassing van art. 19b, tweede lid, Wet LB 1964, maar deze aanpassing heeft slechts betrekking op die vormen van waardeoverdracht die onder de werking van de PW vallen. En het switchen van eigen beheer naar een verzekeraar, zoals dit voor de DGA mogelijk blijft, valt hier nu juist niet onder. Dit betekent naar mijn mening dat de DGA die de in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken gaat verzekeren, te maken krijgt met een progressief belaste aanspraak (fictieve afkoop), waarbij tevens revisierente in rekening wordt gebracht. In de omgekeerde situatie geldt hetzelfde. Dit kan toch niet de bedoeling van de wetgever zijn? De wetgever dient derhalve art. 19b Wet LB 1964 nader op zodanige wijze aan te passen, dat het switchen van eigen beheer naar een verzekeraar en vice versa mogelijk wordt (blijft) zonder dat art. 19b Wet LB 1964 van toepassing wordt. In art. 19b Wet LB 1964 dient bovendien nadrukkelijk te worden



## De inhoud en de uitvoering van de pensioenovereenkomst ten behoeve van een DGA wordt vrijwel volledig door de fiscale wetgeving bepaald.

onderneming en lijkt daardoor toch in zijn geheel onder de werkingssfeer van de PSW te vallen. In ieder geval is dit laatste zo indien de DGA niet kiest voor of instemt met uitvoering in eigen beheer.

Deze onduidelijkheid wordt opgeheven door de DGA geheel buiten de reikwijdte van de PW te brengen. Het pensioen van de DGA is hierdoor in het geheel geen pensioen in de zin van de PW. De DGA kan wel onverminderd eigen beheer blijven voeren, of de voor de opbouw van pensioenaanspraken bestemde premies aanwenden voor het zelf regelen van een (pensioen?)verzekering bij een bank of verzekeraar. Dit betekent in de praktijk dat de inhoud en de uitvoering van de pensioenovereenkomst ten behoeve van een DGA wordt vrijwel volledig door de fiscale wetgeving wordt bepaald.<sup>8</sup>

*Fiscale begeleiding in geval van waardeoverdracht is niet geregeld*

Uitdrukkelijk is in de Memorie van Toelichting toegelicht dat de DGA geen mogelijkheid tot (recht op) waardeoverdracht in de zin van de PW heeft. Deze beperking is naar mijn mening een logische gevolgtrekking van het feit dat de DGA volledig buiten de PW wordt geplaatst. Een DGA kan derhalve het opgebouwde DGA-pensioen niet inbrengen in een werknemerspensioen, indien de DGA op enig moment als gewone werknemer aan de slag gaat en als gewone werknemer gaat deelnemen in een pensioenregeling. Dit wordt namelijk niet gezien als het inbrengen van pensioenkapitaal maar als het inbrengen van eigen geld. Het DGA-pensioen is immers geen pensioen in de zin van de PW. En een gewone werknemer heeft ook niet de mogelijkheid om, anders dan via inhouding op het loon van de eigen bijdrage, eigen geld in de pensioenovereenkomst in te brengen.

vastgelegd dat waardeoverdracht van pensioenkapitaal van de ene eigen beheer uitvoerder naar de andere eigen beheer uitvoerder mogelijk wordt (blijft) zonder dat art. 19b Wet LB 1964 van toepassing wordt.<sup>10</sup>

Bovendien moet het ook voor een DGA mogelijk blijven om binnen de DGA-sfeer waardeoverdracht van pensioen te kunnen (blijven) toepassen in geval van wijziging van een dienstverband tussen (eigen) BV's<sup>11</sup>, met als gevolg dat door waardeoverdracht zogenoemde fictieve dienstjaren bij de nieuwe werkgever-BV kunnen worden verkregen. zodat pensioenbreuken zoveel mogelijk kunnen worden voorkomen. Uit de IPW volgt (logischerwijs<sup>12</sup> nog) niet dat art. 10a, eerste lid, onderdeel f, Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 wordt aangepast in die zin dat fictieve dienstjaren die ontstaan bij een dergelijke waardeoverdracht van DGA-pensioenkapitaal ook na 31 december 2007 als zodanig voor de fiscaal relevante diensttijd blijven meetellen. Ik spreek bij deze de verwachting uit dat dit te zijner tijd wel zal gebeuren.

*Geen nadere voorwaarden voor de eigen beheer pensioenuitvoerder*

Omdat de DGA volledig buiten de PW valt, zijn er geen aanvullende, lagere regelingen meer nodig waarin onder de PSW nadere voorwaarden voor DGA's zijn opgenomen, zoals thans onder meer de Regeling voorwaarden pensioentoezeggingen aan direct- en indirect-grootaandeelhouders, de Afkoopregeling etc. Dit betekent bijvoorbeeld dat er geen voorwaarden meer zullen worden gesteld aan de eigen beheer pensioenuitvoerder, zoals die onder de PSW nog wel worden gesteld. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de statutaire doelomschrijving van een pensioenlichaam en de vorming op de balans van de pensioenuitvoerder van een in omvang voldoende hoge voorziening.<sup>13</sup>

*Geen automatische bescherming in geval van ontslag*

In geval van ontslag heeft de DGA, die pensioen in eigen beheer opbouwt, thans, door de verplichte overeenkomstige toepassing van art. 8 PSW<sup>14</sup>, recht op premievrije tijdsevenredige aanspraken op ouderdoms- en partnerpensioen. Het buiten de PW plaatsen van de DGA heeft tot gevolg dat hierop niet meer als vanzelfsprekend recht bestaat. Dit geldt in alle gevallen, dus niet alleen indien het pensioen in eigen beheer wordt opgebouwd, maar ook indien het extern wordt ondergebracht bij een verzekeraar. Indien de DGA wel zogenoemde ontslagaanpakken wil verkrijgen, zal dit uitdrukkelijk in de pensioenovereenkomst met de DGA dienen te worden vastgelegd.

De vraag die vervolgens opkomt, is wat de gevolgen zijn voor de DGA, die een pensioenregeling heeft waarin uitsluitend is opgenomen dat art. 8 (en art. 8a en art. 8c) PSW, van overeenkomstige toepassing is (zijn), zonder de tekst daarvan in de pensioenregeling te hebben opgenomen. Omdat art. 8 (en 8a en 8c) PSW met ingang van 1 januari 2008 vervalt (vervallen), betekent dit naar mijn mening dat deze DGA in geval van ontslag geen recht meer heeft op premievrije tijdsevenredige aanspraken op ouderdoms- en partnerpensioen. Het lijkt mij raadzaam om alsnog uitdrukkelijk vast te leggen dat wel ontslagaanpakken ontstaan. Doet men dit niet dan loopt men naar mijn mening een fiscaal risico. Want het niet opnemen van een dergelijke passage zou ten tijde van ontslag van de DGA door de fiscus kunnen worden beschouwd als het afzien van (voor verwezenlijking vatbare) pensioenaanspraken: de DGA had immers (latent) recht op ontslagaanpakken maar heeft er kennelijk voor gekozen hiervan alsnog af te zien. Gelet op het standpunt dat de fiscus inneemt indien wordt afgezien van een (open-)indexatieclausule of indien een indexatieclausule wordt beperkt<sup>15</sup>, ben ik niet geheel gerustgesteld dat het nalaten, van het alsnog uitdrukkelijk vastleggen dat ontslagaanpakken ontstaan, met een sisser zal aflopen.

Voor een DGA die eerst op of na 1 januari 2007 pensioen gaat opbouwen, ligt dit naar mijn mening anders. Indien een dergelijke DGA geen art. 8 PSW-, respectievelijk art. 50 PW-achtige bepaling in de pensioenovereenkomst opneemt, zijn er nooit rechten op ontslagaanpakken geweest en kan ontslag naar mijn mening niet tot de conclusie leiden dat de DGA (voor verwezenlijking vatbare) pensioenaanspraken prijsgeeft. Art. 19b Wet LB 1964 blijft dan buiten toepassing.

*Echtscheiding*

Gevolg van het buiten de PW plaatsen van de DGA is verder dat de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (WVPS) in beginsel niet van toepassing is indien sprake is van scheiding.<sup>16</sup> Er is immers in het geheel geen sprake van een pensioen in de zin van de PW. Om deze reden wordt de WVPS aangepast, zodat deze wet ook na het overgangsjaar 2007 (zie paragraaf 5) van toepassing blijft op het door de DGA tijdens de huwelijkse periode opgebouwde ouderdomspensioen.<sup>17</sup> Het maakt hierbij geen verschil of de DGA het ouderdomspensioen in eigen beheer opbouwt of bij een verzekeraar heeft ondergebracht.

Naast verevening van ouderdomspensioen ontstaat in geval van scheiding in beginsel ook recht op bijzonder partnerpensioen ten behoeve van de gewezen echtgenoot.<sup>18</sup> Dit is thans geregeld in art. 8a PSW, welk artikel eveneens van verplichte overeenkomstige toepassing is in geval van pensioenopbouw in eigen beheer. Het gevolg van het volledig buiten de PW plaatsen van de DGA is dat de in de PW opgenomen bepalingen omtrent bijzonder partnerpensioen<sup>19</sup> niet van toepassing zijn. Dit manco

wordt ondervangen door het recht op bijzonder partnerpensioen ten behoeve van de gewezen partner van de DGA voortaan in de WVPS te regelen. Daartoe wordt art. 3a aan de WVPS toegevoegd.<sup>20</sup> Laatst vermeld artikel heeft dezelfde strekking als art. 8a PSW, waarin thans het bijzonder partnerpensioen is geregeld, en welk artikel van overeenkomstige toepassing is in geval van pensioenopbouw in eigen beheer.<sup>21</sup> Het verschil tussen art. 8a PSW en art. 3a WVPS is hierin gelegen dat art. 3a WVPS rechtstreeks van toepassing wordt.

Voor het ontstaan van bijzonder partnerpensioen als bedoeld in art. 3a WVPS is en blijft vereist dat zogenoemde fictieve ontslagaanpakken kunnen worden vastgesteld.<sup>22</sup> Ook in dit verband is het dus noodzakelijk dat in de pensioenovereenkomst met de DGA goed wordt vastgelegd dat in geval van ontslag recht bestaat op premievrije tijdsevenredige aanspraken op ouderdoms- en partnerpensioen. Zonder een dergelijke uitdrukkelijke vastlegging in de pensioenovereenkomst kunnen in geval van scheiding geen aanspraken op bijzonder partnerpensioen ontstaan.

Het huidige, onder de PSW in geval van eigen beheer van overeenkomstige toepassing verklaarde art. 8c PSW<sup>23</sup> komt ten slotte ook terug in art. 3a WVPS, en wel als vijfde lid. Hierdoor blijft gewaarborgd dat voor het verminderen van het partnerpensioen tijdens het huwelijk of geregistreerd partnerschap de toestemming vereist is van de echtgenoot/geregistreerd partner van de DGA.

### 3. Overgangsrecht DGA's voor op 31 december 2006 bestaande situaties

Hoewel de PW naar verwachting op 1 januari 2007 in werking zal treden, zal een groot aantal bepalingen vanwege diverse overgangsregelingen eerst een jaar later, derhalve op 1 januari 2008, daadwerkelijk in werking treden. Dit heeft voornamelijk te maken met het feit dat pensioenuitvoerders enige tijd wordt gegund om pensioenregelingen en administratieve systemen aan te passen aan de nieuwe wet- en regelgeving, alsmede om te kunnen gaan voldoen aan de uit de PW voortvloeiende informatieverplichtingen. Voor DGA's aan wie op de peildatum, vooralsnog te stellen op 31 december 2006, reeds een pensioentoezegging is gedaan, geldt een overgangsregeling.

Deze overgangsregeling houdt in dat de PSW en de daarop berustende regelgeving nog een jaar, derhalve tot en met 31 december 2007, onverkort van toepassing blijft op pensioenaanspraken die de DGA tot en met laatstbedoelde datum heeft en zal hebben opgebouwd.<sup>24</sup> De wijze van uitvoering van de pensioentoezegging – eigen beheer, verzekeren of pensioenfonds – speelt hierbij geen enkele rol. Vanaf 1 januari 2008 is de PSW niet meer van toepassing. De PW evenmin.

De overgangsregeling houdt verder in dat de DGA de (eenmalige) keuze wordt geboden om de tot en met 31 december 2007 opgebouwde pensioenaanspraken al dan niet onder de toepassing van de PW te brengen.<sup>25</sup> De pensioenopbouw na 31 december 2007 volgt dan deze keuze (!), zodat het uitermate belangrijk is de pensioenpositie van de DGA op dit punt goed te beoordelen. De tekst van deze overgangsregeling suggereert een zeer ruime toepassingsmogelijkheid. De reikwijdte van de overgangsregeling is naar mijn mening echter veel beperkter.

De tekst van art. 8, tweede lid, IPW rept namelijk over het onderbrengen van pensioen bij een pensioenuitvoerder. Uit de artikelsgewijze toelichting op art. 1 PW volgt dat met de term pensioenuitvoerder uitsluitend

wordt bedoeld op een pensioenfonds of verzekeraar met zetel in Nederland. Hieruit kan dan de logische conclusie worden getrokken, dat, indien een DGA de pensioenaanspraken in de loop van het kalenderjaar 2007 vanuit eigen beheer alsnog onderbrengt bij een verzekeraar, op de desbetreffende, alsmede de in de toekomst nog op te bouwen (!) pensioenaanspraken de PW van toepassing wordt. Dit staat echter in schril contrast met doel en strekking van de PW, te weten het eenduidig buiten deze wet plaatsen van de DGA.

Naar mijn mening moet de overgangsregeling derhalve beperkter worden uitgelegd. In de algemene toelichting bij de IPW is namelijk het volgende te lezen:

*'Bij bestaande gevallen gaat het om personen die vóór de inwerkingtreding van de Pensioenwet, op de peildatum dus, al directeur-grootaandeelhouder zijn, meer precies gezegd: op die datum in de hoedanigheid van directeur-grootaandeelhouder al een pensioentoezegging hebben gekregen. Voor hen geldt op grond van de PSW de keuzevrijheid om het pensioen ofwel 'mee te laten lopen' in de pensioenregeling die de werkgever bij de pensioenuitvoerder heeft ondergebracht, ofwel het pensioen in eigen beheer te houden, dan wel zelf bij een verzekeraar of bank te regelen. De mogelijkheid om het pensioen mee te laten lopen in de pensioenregeling van de werkgever vervalt in het kader van de Pensioenwet.*

...

*Voor directeuren-grootaandeelhouders die vóór de inwerkingtreding van de Pensioenwet gebruik maakten van de mogelijkheid hun pensioen wel mee te laten lopen in de pensioenregeling die de werkgever bij een pensioenuitvoerder heeft ondergebracht, geldt eveneens dat die situatie op grond van het overgangsrecht gecontinueerd kan worden. Ook in hun situatie blijft, in het eerste jaar waarop de Pensioenwet in werking is getreden, nog de PSW van toepassing. Er is gekozen voor het continueren van de PSW gedurende één jaar om de directeur-grootaandeelhouder gedurende een overgangperiode dezelfde mogelijkheden te bieden voor afkoop en waardeoverdracht, als die welke gelden op basis van de PSW. Daarnaast kan deze directeur-grootaandeelhouder in dat jaar alsnog*

werknemers geldt. De DGA is dan in feite deelnemer in een collectieve pensioenregeling die bij een verzekeraar is ondergebracht. Naar mijn mening is de overgangsregeling niet bedoeld voor de individuele pensioenregeling van de DGA die bij een verzekeraar is ondergebracht via een zogenoemde B-polis of C-polis. Zo dit wel het geval zou zijn, ontstaat bovendien de niet logische tweedeling, dat een bestaande DGA de keuze wordt geboden een individuele pensioentoezegging alsnog onder de toepassing van de PW te brengen, terwijl een dergelijke 'opting in' voor nieuwe DGA's expliciet niet de bedoeling van de wetgever is.<sup>26</sup>

Volstrekt onduidelijk is het overgangsrecht ook ten aanzien van de situatie waarbij sprake is van gedeeltelijke onderbrenging van de pensioenaanspraken bij een verzekeraar. Dit is een in de praktijk vaak voorkomende situatie.

Dit alles neemt niet weg dat de voorgestelde wettekst van en toelichting bij art. 8 IPW niet lekker op elkaar aansluiten. Twijfel blijft derhalve bij mij bestaan over de reikwijdte ervan. Hopelijk wordt tijdens de behandeling van de IPW in de Tweede Kamer snel duidelijkheid geboden. Want als de reikwijdte van deze overgangsbepaling ruimer is, heeft dit grote gevolgen voor de DGA die thans een individuele pensioenverzekeringpolis heeft of daarop alsnog laat afstorten. De pensioenregeling moet dan immers worden omgevormd tot een pensioenovereenkomst in de zin van de PW en deze moet volledig aan de PW gaan en blijven voldoen. De DGA heeft vervolgens geen mogelijkheid om op een toekomstig moment het pensioenkapitaal naar de eigen BV terug te halen. Is de reikwijdte, zoals ik betoog, beperkt, dan zal de overgangsregeling slechts in uitzonderingssituaties van toepassing zijn. De DGA is immers niet vaak deelnemer in de collectieve pensioenregeling die voor het personeel geldt.

In de praktijk komt het voor dat een DGA het ouderdomspensioen in eigen beheer houdt, maar het partnerpensioen via de, in mijn optiek dus de collectieve, pensioenregeling van de werkgever laat lopen. Deze gedeeltelijke onderbrenging, te weten uitsluitend van het partnerpensioen, kan door DGA's, die op de 31 december 2006 al een pensioentoe-

## **Als de reikwijdte van deze overgangsbepaling ruimer is, heeft dit grote gevolgen voor de DGA die thans een individuele pensioenverzekeringpolis heeft of daarop alsnog laat afstorten.**

*voor eigen beheer opteren. Na deze periode van één jaar is op de directeur-grootaandeelhouder die kiest voor continuering van het deelnemen in de pensioenregeling van de werkgever de Pensioenwet van toepassing. Hij wordt dan namelijk gelijkgesteld met 'werknemer', zodat alle rechten en plichten die voor werknemers gelden ook op hem van toepassing zijn. Concreet betekent het vorenstaande voor de bestaande directeuren-grootaandeelhouders, dat zij in het overgangsjaar na de inwerkingtreding van de Pensioenwet een keuze moeten maken tussen ofwel het laten meelopen van hun pensioen in de pensioenregeling van de werkgever, ofwel het in eigen beheer houden, dan wel zelf bij een verzekeraar of bank regelen van hun pensioen. Na het verstrijken van de overgangstermijn is er geen mogelijkheid meer om te switchen van deelnemen in de pensioenregeling van de werkgever, naar eigen beheer, c.q. zelf onderbrengen, of andersom.'*

Het betreft in deze kennelijk die situaties waarin de DGA één van de vele deelnemers is in de pensioenregeling, die ook voor de overige 'gewone'

zegging hadden op grond van een overgangsregeling worden gecontinueerd.<sup>27</sup> Het partnerpensioen valt dan vanaf 1 januari 2008 volledig onder de PW, het ouderdomspensioen niet.

Kiest de DGA geheel of gedeeltelijk, dat wil zeggen ten aanzien van het partnerpensioen, voor toepassing van de PW dan is nog van belang het volgende op te merken. De DGA die ongehuwd en niet-geregistreerd samenwoont en in de onverhoopte situatie terechtkomt dat de samenwoning op enig moment in de toekomst beëindigt, moet er rekening mee houden dat ook deze gewezen ongehuwde en niet-geregistreerde partner toch recht krijgt op een bijzonder partnerpensioen, indien voor deze partij een partnerpensioen is bedongen.<sup>28</sup>

Overgangsrecht is er ten slotte ook ten aanzien van de DGA die reeds op 31 december 2006 pensioen in eigen beheer opbouwt (en daarna blijft opbouwen) en die uiterlijk op 31 december 2007 is gescheiden. Indien de

gewezen partner van de DGA ten gevolge van de scheiding bijzonder partnerpensioen verkrijgt, blijven art. 8a en art. 8c, tweede lid, PSW hierop van toepassing.<sup>29</sup>

#### 4. Vervallen van ontheffingsmogelijkheid van de onderbrengingsplicht voor oudere voormalige DGA

Onder de PSW bestaat de mogelijkheid voor de oudere DGA, van wie het aandeelhouderschap in de werkgever daalt onder 10%<sup>30</sup>, ontheffing te verkrijgen van de onderbrengingsplicht als bedoeld in art. 2, eerste lid,

Een uitzondering geldt voor de DGA die onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt, in welke situatie de PW onverkort geldt;

- De DGA heeft in geval van ontslag geen recht op premievrije tijdsevenredige aanspraken op ouderdoms- of partnerpensioen. Dit zal uitdrukkelijk in de pensioenregeling dienen te worden vastgelegd. Indien dit wordt verzuimd ligt het constateren van een fictieve afkoop op de loer;
- Waardeoverdracht van DGA-pensioenkapitaal onder de PW kent nog geen adequate fiscale begeleiding;

### **Vanaf 1 januari 2007 wordt de oudere voormalige DGA die nog enkele jaren werkzaam blijft binnen de onderneming direct na het moment van verkoop van de aandelen, mits het aandeelhouderschap daarbij onder 10% daalt, als een 'gewone' werknemer beschouwd.**

PSW. Hierdoor kan de tot dusver in eigen beheer gehouden pensioenopbouw geheel of gedeeltelijk worden voortgezet.<sup>31</sup> Voor het niet of niet volledig hoeven te voldoen aan de onderbrengingsplicht als bedoeld in art. 2, eerste lid, PSW kan in een dergelijke situatie ontheffing bij DNB worden gevraagd.

Deze ontheffingsmogelijkheid komt met de invoering van de PW te vervallen. Voortgezette pensioenopbouw in eigen beheer is in dergelijke situaties dus niet meer mogelijk. Dit betekent voor de praktijk een belangrijke beperking. Want vanaf 1 januari 2007 wordt de oudere voormalige DGA die nog enkele jaren werkzaam blijft binnen de onderneming direct na het moment van verkoop van de aandelen, mits het aandeelhouderschap daarbij onder 10% daalt, als een 'gewone' werknemer beschouwd. De na het moment van vorenbedoelde verkoop op te bouwen pensioenaanspraken moeten dientengevolge verplicht en volledig worden ondergebracht bij een pensioenfonds of een verzekeraar, met alle daarbij geldende formaliteiten van dien. De tot het moment van vorenbedoelde verkoop opgebouwde pensioenaanspraken mogen uiteraard in eigen beheer blijven worden gehouden.

Indien onder de PSW voor dergelijke situaties reeds ontheffing van de onderbrengingsplicht is verleend, geldt een ruime overgangsregeling.<sup>32</sup> Deze overgangsregeling zorgt ervoor dat een verleende ontheffing automatisch en in de tijd onbeperkt kan worden voortgezet. Dit betekent dat uitsluitend de PSW en de daarop berustende regelgeving bepalend blijft totdat de betrokkene zelf is overleden. Indien de pensioenregeling voorziet in partnerpensioen blijft het oude recht van toepassing totdat de achterblijvende partner is overleden.

Voor op 31 december 2006 bestaande situaties geldt dus niet dat de pensioenaanspraken, die de oudere voormalige DGA na het moment van verkoop van de aandelen nog opbouwt, voortaan verplicht en volledig moeten worden ondergebracht bij een pensioenfonds of verzekeringsmaatschappij. Wel kan het natuurlijk zo zijn dat een gedeelte van de pensioenaanspraken moet worden ondergebracht.<sup>33</sup> Een en ander blijft immers afhankelijk van de leeftijd van de desbetreffende voormalige DGA.

#### 5. De belangrijkste (aandachts)punten op een rij

Onderstaand de belangrijkste (aandachts)punten op een rij:

- De DGA wordt onder de PW in beginsel volledig buiten deze wet geplaatst, zowel in geval van eigen beheer als in geval van verzekeren.

- De gevolgen van scheiding van een DGA voor het bijzonder partnerpensioen worden in de WVPS geregeld, waarbij inhoudelijk geen wijzigingen zijn beoogd. Van belang blijft dat partnerpensioen moet zijn opgebouwd en dat uitdrukkelijk in de pensioenovereenkomst is vastgelegd dat de DGA zogenoemde (fictieve) ontslagaanpakken verkrijgt (zie hiervoor);
- In geval van gecertificeerd aandelenbezit hoeft onder de PW geen ontheffingsverzoek meer te worden gedaan;
- Gedurende het jaar 2007 blijft de PSW onverkort van toepassing ten aanzien van de DGA die vóór of uiterlijk op 31 december 2006 pensioenaanspraken aan het opbouwen is (= bestaande situaties). Vanaf 1 januari 2008 is noch de PSW noch de PW van toepassing;
- Gedurende het jaar 2007 heeft de DGA die op 31 december 2006 deelneemt in de collectieve pensioenregeling, die ook voor de "gewone" werknemers van de onderneming geldt, de eenmalige mogelijkheid om te kiezen of hij (m/v) ten aanzien van zowel de reeds opgebouwde als de nog op te bouwen pensioenaanspraken onder de PW wil vallen, of juist niet. In het laatste geval zal de DGA de pensioenaanspraken via waardeoverdracht naar een eigen beheer pensioenuitvoerder moeten laten overdragen. Een ruimere uitleg lijkt mij niet aan de overgangsregeling te moeten worden toegekend;
- Indien een DGA op enig moment minder dan 10% aandeelhouder of certificaathouder wordt, vervalt met ingang van 1 januari 2007 in alle gevallen de mogelijkheid om geheel of gedeeltelijk de pensioenopbouw in eigen beheer voort te zetten. Wordt de pensioenopbouw voortgezet dan is daarop de PW onverkort van toepassing.

#### Noten

- 1 Hoewel in dit artikel telkens gesproken wordt over DGA is het niet noodzakelijk dat de persoon in kwestie ook daadwerkelijk (statutair) directeur is. De functie die wordt uitgeoefend is volstrekt irrelevant. Van belang is slechts het (gecertificeerd) aandeelhouderschap.
- 2 Evenals onder de PSW wordt geen onderscheid gemaakt tussen verschillende soorten aandelen.
- 3 Ik neem aan dat bedoeld is: de vennootschap van de werkgever.
- 4 Om thans als directeur-grootcertificaathouder niet onder de onderbrengingsplicht als bedoeld in art. 2, eerste lid, PSW te vallen, dient door DNB ontheffing te zijn verleend op grond van art. 29 PSW, juncto art. 2, eerste lid, onderdeel a, Beleidsregels ontheffingen PSW.
- 5 In geval van een BV moet de DGA dus zelf als aandeelhouder zijn ingeschreven in het aandeelhoudersregister. In geval van in gemeenschap van goederen gehuwd is dit voor de echtgenoot

vrij eenvoudig te realiseren, door eenvoudigweg het noodzakelijke aantal aandelen (bij notariële akte!) op diens naam te stellen, Vrees voor aanmerkelijkbelangheffing is niet nodig, want die treedt bij een dergelijke handeling niet op. De echtgenote is en blijft namelijk zelfstandig aanmerkelijkbelanghouder voor de helft van het totale aandelenpakket. Zie BNB 1963/313.

- 6 De definitie van werknemer in de PW is ontleend aan de definitie van werknemer in de Wet arbeid en zorg.
- 7 Een uitzondering geldt voor de situatie als bedoeld in art. 3, eerste lid, PW. Dit betreft de situatie dat een persoon weliswaar als DGA kwalificeert maar tevens onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt. Deze situatie doet zich voor indien het bedrijfstakpensioenfonds voor het onderscheid tussen een gewone werknemer en een DGA aansluit bij de sociale verzekeringswetten. In deze situaties is de PW in zoverre wel van toepassing op een DGA, met zondering van art. 6 PW (informatieverstrekking aan de werknemer in verband met het aanbod van een pensioenovereenkomst) en art. 8 PW (overgang van een onderneming).
- 8 Zie hoofdstuk IIB Wet LB 1964.
- 9 Zie Kamerstuk 2005-2006, 30413, Tweede Kamer, nr. 17, blz. 18.
- 10 Denk hierbij aan de situatie dat de DGA pensioenaanspraken bij de werkmaatschappij opbouwt en de opgebouwde pensioenaanspraken bij een pensioen-BV of -stichting wenst onder te brengen.
- 11 Denk hierbij aan de situatie dat een DGA, die in dienstbetrekking werkzaam is bij een werkmaatschappij, deze dienstbetrekking beëindigt en vervolgens bij een persoonlijke houdstermaatschappij in dienstbetrekking werkzaam wordt.
- 12 Het betreft hier immers een Ministeriële regeling en die wordt niet in de IPW meegenomen.
- 13 De problematiek die in de RJ-Uiting 2005-4 wordt gesignaleerd – het in de commerciële jaarrekening hanteren van een volgens fiscale normen vastgestelde pensioenvoorziening zou strijdig kunnen zijn met de bepalingen uit de Wet LB 1964, met als gevolg dat de pensioenaanspraken geacht worden te zijn afgekocht – verdwijnt hierdoor ook automatisch van tafel.
- 14 Zie art. 2, tweede lid, Regeling voorwaarden pensioentoezeggingen aan direct- en indirect-groootaandeelhouders.
- 15 De Kennisgroep Pensioenen Loonbelasting heeft te kennen gegeven dat indien de indexatie anderszins wordt verlaagd dan van 4% naar 3%, zoals die verlaging door de Staatssecretaris in het Besluit van 21 januari 2005, nr.CPP2004/1257M, is goedgekeurd, art. 19b Wet LB van toepassing is.
- 16 Voor de toepassing van de WVPS wordt ingevolge art. 1, eerste lid, onderdeel a, onder scheiding begrepen: echtscheiding, scheiding van tafel en bed dan wel de beëindiging van een geregistreerd partnerschap anders dan door de dood of vermissing.
- 17 Met ingang van 1 januari 2008 is de WVPS op grond van dit artikel uitdrukkelijk van toepassing op zowel een pensioenregeling op grond van een pensioenovereenkomst als bedoeld in art. 1 PW, als een pensioenovereenkomst die is gesloten met een DGA als bedoeld in art. 1 PW.
- 18 Voor de toepassing van art. 8a PSW juncto art. 1, tweede lid, onderdeel g, PSW wordt onder scheiding begrepen: echtscheiding of ontbinding na scheiding van tafel en bed dan wel de beëindiging van een geregistreerd partnerschap anders dan door de dood of vermissing. Hierin zit dus een klein verschil in situaties ten opzichte van het begrip scheiding voor de toepassing van de WVPS.
- 19 Zie art. 51 PW.
- 20 Art. 3a WVPS wijkt overigens af van art. 51 PW in die zin dat geen bijzonder nabestaandenpensioen kan ontstaan indien sprake is van beëindiging van ongehuwde niet-geregistreerde samenwoning.
- 21 Zie art. 2, derde lid, Regeling voorwaarden pensioentoezeggingen aan direct- en indirect-groootaandeelhouders.
- 22 Van belang blijft dus dat partnerpensioen moet zijn opgebouwd. Indien sprake is van een via risicokapitaal verzekerd partnerpensioen, is er geen uitzicht op bijzonder partnerpensioen.
- 23 Zie art. 2, vierde lid, Regeling voorwaarden pensioentoezeggingen aan direct- en indirect-groootaandeelhouders.
- 24 Zie art. 8, eerste lid, IPW.
- 25 Zie art. 8, tweede en derde lid, IPW.
- 26 Zie laatstelijk Kamerstuk 2005-2006, 30413, Tweede Kamer, nr. 24, blz. 11.
- 27 Zie art. 8, vijfde lid, IPW.
- 28 Zie art. 51 PW juncto art. 15 PW.
- 29 Zie art. 8, vierde lid, IPW.
- 30 Hetzelfde geldt mutatis mutandis in geval van gecertificeerd aandeelhouderschap.
- 31 Zie art. 29 PSW juncto art. 2, eerste lid, onderdeel c, Beleidsregels ontheffingen PSW. Deze ontheffingsmogelijkheid kan worden benut door de (voormalig) DGA die op het moment dat het aandelenbelang onder 10% daalt de leeftijd van 51 jaar of ouder heeft bereikt.
- 32 Zie art. 19 IPW.
- 33 Zie art. 2 Regeling vaststelling regels voor pensioentoezegging aan personen van 51 tot en met 59 jaar respectievelijk 60 jaar of ouder.

## Signalering

### Wetsvoorstel tegemoetkoming ANW

Het kabinet heeft besloten tot invoering van een tegemoetkoming voor personen die op grond van de Anw een nabestaanden-, een halfwezen- of een wezenuitkering krijgen uitgekeerd.

Voor het jaar 2006 is de besluitvorming van het kabinet uitgewerkt in de Tijdelijke regeling tegemoetkoming Anw-ers, zodat de tegemoetkoming vanaf oktober 2006 kan worden toegekend.

Met dit wetsvoorstel wordt beoogd de tegemoetkoming voor Anw-ers een structureel karakter te geven. Door middel van deze tegemoetkoming wordt het koopkrachtbeeld voor nabestaanden verbeterd. Evenals de tegemoetkoming op grond van de Tijdelijke regeling tegemoetkoming Anw-ers zal de tegemoetkoming die in dit wetsvoorstel wordt voorgesteld, worden uitgevoerd door de SVB.

Bij besluit zal de hoogte en de wijze van betaling van de tegemoetkoming worden vastgesteld. De betaling zal maandelijks plaatsvinden tezamen met de betaling van de nabestaanden-, halfwezen- of wezenuitkering op grond van de Anw. In het besluit wordt eveneens aangegeven op welke wijze het bedrag van de tegemoetkoming zal worden geïndexeerd.

Bron: Kamerstukken 2005-06, 30 667, Persbericht SZW 21 augustus 2006, nr. 06/118.