

De positie van de DGA onder de Pensioenwet

Deel 2



Drs. J.M.J. Holtermans

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

In Pensioen & Praktijk nr. 10/2006 ben ik in paragraaf 3 van mijn gelijknamige artikel ingegaan op het overgangsrecht voor de directeur-groootaandeelhouder (DGA), zoals dat aanvankelijk in art. 8 van de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet (IPW) is bepaald. Ik sprak in mijn artikel de hoopvolle verwachting uit dat snel duidelijkheid zou worden geboden over de reikwijdte van art. 8 IPW, aangezien tekst en toelichting naar mijn mening niet lekker op elkaar aansluiten. Nog voordat mijn artikel daadwerkelijk in Pensioen & Praktijk was gepubliceerd¹, waren zowel het verslag, de nota naar aanleiding van het verslag (nnavv) als de nota van wijziging (nvw) verschenen.²

Degene die denkt in de nnavv duidelijke antwoorden te vinden op de punten die wat mij betreft nadere toelichting behoeft, komt voor het overgrote gedeelte van een koude kermis thuis. Sterker nog, de nnavv lezende komen meer nieuwe vragen op dan er oude beantwoord worden.

In dit vervolg op mijn eerdere artikel ga ik in op de nnavv en de daarmee samenhangende nvw. Ik beperk mij daarbij tot hetgeen in de nnavv ten aanzien van het overgangsrecht voor de DGA als bedoeld in art. 8 IPW wordt vermeld. De overige punten die ik in mijn artikel naar voren bracht die nadere toelichting of opheldering behoeft, zijn wat mij betreft voldoende verduidelijkt, of daarvan is toegezegd dat de lagere fiscale regelgeving zal worden afgestemd op de positie die de DGA onder de Pensioenwet (PW) inneemt.

1. Een kennelijk onjuiste uitleg

Naar aanleiding van de memorie van toelichting trok ik de conclusie dat art. 8, tweede lid, IPW kennelijk slechts ziet op die situaties waarin de DGA één van de vele deelnemers is in de pensioenregeling, die ook voor de overige "gewone" werknemers geldt, zodat de DGA dan in feite deelnemer is in een collectieve pensioenregeling die bij een verzekeraar is ondergebracht. Ik achtte 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. Zou de overgangsregeling namelijk een veel ruimere reikwijdte hebben, dan zou een niet logische tweedeling ontstaan, die naar mijn mening niet door de wetgever zou kunnen zijn bedoeld. Nieuwe DGA's kunnen immers in het geheel niet onder de Pensioenwet (PW) vallen. En "opting in" is expliciet niet de bedoeling.

Deze uitleg is kennelijk onjuist. Ik lees dit weliswaar niet met zoveel woorden in de nnavv, maar gelet op de antwoorden op vragen van de VVD-fractie, de PvdA-fractie en de CDA-fractie en toelichting op de wijziging van art. 8, tweede lid, IPW, zoals opgenomen in de nvw, kan ik niet anders concluderen.

2. Onbegrijpelijke passages

Voor de volledigheid haal ik allereerst de volgende, naar mijn mening onbegrijpelijke passages uit de nnavv en nvw aan.

Uit de nnavv:³

"Op grond van artikel 8, dat overigens met het oog op een specifieke, hierna te bespreken situatie met de nota van wijziging wordt gewijzigd, is op dat deel van het pensioen dat de directeur-groootaandeelhouder als zijnde pensioen in de zin van de PSW heeft ondergebracht in het jaar 2007 de PSW van toepassing, en vanaf 1-1-2008 is op dat deel de Pensioenwet van toepassing. Op het deel van het ouderdomspensioen dat de directeur-groootaandeelhouder niet als zijnde pensioen in de zin van de PSW heeft ondergebracht – waarbij het kan gaan om de situatie waarin het pensioen in het geheel niet extern gebracht is maar in «eigen beheer» wordt geregeld, maar ook om het onderbrengen bij een verzekeraar als een in beginsel buiten de PSW en Pensioenwet vallend product – is in het jaar 2007 de PSW niet van toepassing, en aansluitend, per 1-1-2008 dus ook de Pensioenwet niet.

...

In geval een directeur-groootaandeelhouder verplicht deelneemt in een bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenfonds, en hij daarnaast nog extra pensioen wil opbouwen kan hij dat ofwel doen, indien de betreffende pensioenregeling daarin voorziet, door voor vrijwillige modules te kiezen binnen die pensioenregeling, ofwel kan hij bij een verzekeraar zelf een aanvullende regeling treffen. Die laatste mogelijkheid valt uiteraard niet onder de Pensioenwet, aangezien de directeur-groootaandeelhouder geen werknemer is in de zin van de Pensioenwet. Hiermee is de vraag van de VVD-fractie naar de directeur-groootaandeelhouder die al dan niet verplicht deelneemt in een pensioenfonds, en daarnaast nog extra pensioenopbouw wil regelen, beantwoord.

Zoals hiervoor aangegeven heeft de regering geconstateerd dat artikel 8

IPW een verdere verfijning behoeft. Die is nodig met het oog op de situatie waarin een directeur-grotaandeelhouder zijn pensioen bij een verzekeraar heeft ondergebracht. In dat geval kan het namelijk gaan om een pensioenregeling in de zin van de PSW, namelijk wanneer de directeur-grotaandeelhouder «meeloopt» in de collectieve regeling voor het hele personeel, maar het kan ook gaan om de situatie dat de directeur-grotaandeelhouder niet voor meelopen in deze collectieve pensioenregeling heeft gekozen, en ook niet voor «eigen beheer», maar de voor pensioen bestemde premies als een in beginsel buiten de PSW en PW vallend product bij een verzekeraar heeft ondergebracht. Op grond van het bij nota van wijziging gewijzigde artikel 8 zal een directeur-grotaandeelhouder die zijn pensioen bij een verzekeraar heeft ondergebracht zelf kunnen aangeven of hij dit pensioen als PSW-pensioen aanmerkt, of niet. In het eerste geval zal het pensioen per 1-1-2008 automatisch als pensioen in de zin van de Pensioenwet worden aangemerkt.”

En uit de nvw:⁴

“De bedoeling van de regeling in het tweede lid is dat het pensioen van een directeur-grotaandeelhouder wiens pensioentoezegging een jaar na inwerkingtreding van de Pensioenwet (nog steeds) is ondergebracht als pensioen in de zin van de Pensioen- en spaarfondsenwet, wordt aangemerkt als pensioen in de zin van de Pensioenwet. De regeling in lid 2 was echter niet voldoende voor de situatie dat het pensioen van een directeur-grotaandeelhouder bij een verzekeraar is ondergebracht. In dat geval kan het namelijk gaan om een pensioenregeling in de zin van de Pensioen- en spaarfondsenwet, namelijk wanneer de directeur-grotaandeelhouder «meeloopt» in de collectieve regeling voor het hele personeel, maar het kan ook gaan om de situatie dat de directeur-grotaandeelhouder niet voor meelopen in deze collectieve pensioenregeling heeft gekozen, en ook niet voor «eigen beheer», maar de voor pensioen bestemde premies als «derdepijler product» bij een verzekeraar heeft ondergebracht.

Met de wijziging van het tweede lid en het toevoegen van het nieuwe derde lid wordt bereikt dat de directeur-grotaandeelhouder, wiens pensioen bij een verzekeraar is ondergebracht, expliciet de keuze kan maken om dit pensioen als pensioen in de zin van de Pensioen- en spaarfondsenwet aan te merken. Deze keuze moet hij uiterlijk een jaar na de datum van inwerkingtreding van de Pensioenwet maken. In dat geval zal dat pensioen na het overgangsjaar ook onder de Pensioenwet vallen.

Indien de directeur-grotaandeelhouder dit niet wil, en dus niet aangeeft dat er sprake is van pensioen in de zin van de Pensioen- en spaarfondsenwet, zal er ook geen sprake zijn van pensioen in de zin van de Pensioenwet.”

3. Met stomheid geslagen

Ik was met stomheid geslagen toen ik deze passages las.

Eenzijds omdat ik uit deze passages afleid, dat, in tegenstelling tot hetgeen ik verdedigde in mijn artikel in P&P nr. 2006/10, aan art. 8, tweede lid, IPW wel een ruime reikwijdte dient te worden toegekend. Kennelijk was het inderdaad toch de bedoeling van de wetgever dat ook het individuele, rechtstreeks verzekerde pensioen van de DGA in beginsel onder de PW komt te vallen. Ik schrijf “was”, omdat de in de nvw opgenomen wijziging van art. 8 IPW er toe leidt, althans er toe moet leiden, dat de DGA een keuze krijgt. De DGA mag namelijk tot uiterlijk 1 januari 2008 uitdrukkelijk aangeven of hij zijn pensioenverzekeringsspolis al dan niet onder de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW), en dientengevolge daarop aansluitend al dan niet onder de PW wil laten vallen.

Anderzijds omdat ik de nnvv en de toelichting op de wijziging van art. 8 IPW in de nvw niet kan volgen. Want als de DGA besluit om zijn pensioen extern te verzekeren, dan zijn naar mijn mening de PSW en de Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet (Regelen) van toepassing. Slechts indien het verzekeringsproduct geen pensioen in de zin van de PSW is, zijn PSW en Regelen niet van toepassing. In dit laatste geval betreft het ongetwijfeld een kapitaalverzekering- of een lijfrenteproduct, oftewel een product uit de derde pijler. Maar dan gaat het dus helemaal niet over pensioen, want pensioen is een product uit de tweede pijler. De toelichting in de nvw is derhalve volkomen onbegrijpelijk. De wetgever is hier naar mijn mening appels met peren aan het vergelijken. Het kan toch niet zo zijn dat iets, bijvoorbeeld een lijfrenteverzekering, ineens pensioen is omdat men het pensioen noemt of als pensioen ervaart. Dan kan een bankspaarrekening ook wel pensioen genoemd worden.⁵

4. Wat zijn de gevolgen?

Maar alles goed en wel. Feit is dat in de IPW ten behoeve van de DGA een bepaling wordt opgenomen die hem de mogelijkheid biedt om een (lees: elke) pensioenverzekering die onmiskenbaar onder de beschermende werking van de PSW en Regelen valt, uiteindelijk buiten de PW te laten vallen. Nu heb ik daar in beginsel niets op tegen. Maar de vraag is of die ene zinsnede in art. 8, derde lid, IPW wel voldoende basis biedt voor het uitbrengen van de keuze, en wat de gevolgen daarvan zijn. Kan de DGA die waardeoverdracht van werknemerspensioenaanspraken heeft gedaan naar een C-polis, waarbij deze C-polis onderdeel uitmaakt van de eigen-beheertoezegging, ook ten aanzien van deze C-polis de keuze maken om deze C-polis niet als pensioen in de zin van de PSW aan te merken? Ik zie niet in waarom dat niet zou kunnen. De C-polis maakt immers onderdeel uit van de pensioentoezegging die de werkgever van de DGA (lees: zijn eigen B.V.) heeft gedaan. De beschermende werking van de PSW en Regelen vervalt dan en naar mijn mening kan de DGA vervolgens het pensioenkapitaal desgewenst overhevelen naar zijn eigen B.V. Iets wat thans uitdrukkelijk niet mogelijk is. Ik vraag mij af of de wetgever hierbij stil heeft gestaan.

5. Afronding

Wat art. 8 IPW betreft, is naar mijn mening het laatste woord nog niet gezegd. Ik kan niet anders concluderen dan dat de wetgever een aantal fundamentele zaken ten onrechte door elkaar heeft gehaald. Of de wetgever is er niet in geslaagd zijn bedoeling op een begrijpelijke wijze op te schrijven. Hier wrekt zich de snelheid waarmee deze voor de praktijk belangrijke overgangswetgeving door het parlement wordt gejaagd.

Noten

- 1 Helaas hebben schrijvers nog altijd te maken met de doorlooptijd bij de drukker.
- 2 Het verslag, TK 2006-2007, 30 655, nr. 6, werd vastgesteld op 28 september 2006 en de nota naar aanleiding van het verslag, TK 2006-2007, 30 655, nr. 7, werd ontvangen op 9 oktober 2006, gelijktijdig met de nota van Wijziging, TK 2006-2007, 30 655, nr. 8.
- 3 TK 2006-2007, 30 655, nr. 7, blz. 12-13.
- 4 TK 2006-2007, 30 655, nr. 8, blz. 15.
- 5 Ik mag voor wat betreft deze begripsverwarring graag verwijzen naar het rapport van het EIM, getiteld Pensioen van ondernemers, Hoe ondernemers hun pensioen regelen. In dit rapport worden eveneens allerlei vormen van sparen voor de oudedag pensioen genoemd.