

# De positie van de directeur-grootaandeelhouder onder de Pensioenwet, deel 3



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

*Jurgen Holtermans is als pensioenfiscalist verbonden aan Hendriks en Bakker fiscaal adviseurs te Tilburg. Deze bijdrage, een bewerking van een afstudeerwerkstuk ten aanzien van de Leergang Pensioenrecht aan de VU Amsterdam, is op persoonlijke titel geschreven.*

**Een bespreking van een aantal opmerkelijke gevolgen van de keuzemogelijkheid van art. 8, derde lid, van de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet**

## 1. Inleiding

In Pensioen & Praktijk 2006, nummers 10 en 11, ben ik in twee bijdragen al eerder ingegaan op de positie van de directeur-grootaandeelhouder (hierna: DGA) onder de Pensioenwet (hierna: PW) en het overgangsrecht voor DGA's. In Pensioen & Praktijk 2006, nummer 10, besprak ik de positie van de DGA onder de PW en het overgangsrecht voor DGA's zoals neergelegd in het oorspronkelijke art. 8 Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet (hierna: IPW). Ik kwam daarin tot de conclusie dat aan art. 8 IPW een beperkte reikwijdte moest worden toegekend. Uit de nota naar aanleiding van het verslag bij de IPW bleek echter dat de wetgever een zeer ruime werking aan art. 8 IPW toe kende. Kennelijk was dit niet de bedoeling van de wetgever, getuige het bij Nota van wijziging gewijzigde art. 8 IPW<sup>1</sup>, welke wijziging ik in Pensioen & Praktijk 2006, nummer 11, besprak. Ik sloot deze bijdrage af met de opmerking dat over art. 8 IPW het laatste woord nog niet gesproken is. Nu de hectiek rondom de invoering van de PW voorbij lijkt te zijn, is het tijd voor een nadere beschouwing van het definitieve overgangsrecht voor DGA's en met name de gevolgen van de keuzemogelijkheid die de DGA ten aanzien van een verzekerde pensioenregeling heeft.

In deze bijdrage bespreek ik in paragraaf 2 in algemene zin art. 8 IPW, zoals dit uiteindelijk is aangenomen en ingevoerd. Daarna werk ik in paragraaf 3 een aantal opmerkelijke gevolgen uit ten aanzien van schei-

ding en waardeoverdracht, indien de DGA ten aanzien van een verzekerde regeling al dan niet uitdrukkelijk kiest voor een pensioen in de zin van de Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna: PSW) en daarmee opteert voor gelijkstelling met een 'gewone' werknemer om uiteindelijk onder de toepassing van de PW te vallen. In paragraaf 4 geef ik mijn conclusies en aanbevelingen weer.

## 2. Overgangsrecht voor de DGA bij de overgang van de PSW naar de PW

In dit paragraaf bespreek ik het overgangsrecht voor de DGA zoals dat uiteindelijk in art. 8 IPW is neergelegd. Dit overgangsrecht geldt voor de DGA aan wie uiterlijk op de zogenoemde peildatum 31 december 2006 een pensioentoezegging als bedoeld in art. 2 PSW is gedaan. In het navolgende ga ik er vanuit dat sprake is van een DGA met een dergelijke pensioentoezegging.

### 2.1 PSW is gedurende 2007 van toepassing

Indien sprake is van een DGA aan wie uiterlijk op de zogenoemde peildatum 31 december 2006 een pensioentoezegging als bedoeld in art. 2 PSW is gedaan, blijven zowel de PSW als de lagere regelgeving<sup>2</sup> nog een jaar, derhalve gedurende het gehele jaar 2007, van toepassing op deze pensioentoezegging. Aldus bepaalt art. 8, eerste lid, IPW.

## 2.2 Pensioentoezegging bij pensioenfonds of verzekeraar

### 2.2.1 Hoofregel

Het tweede lid van art. 8 IPW bepaalt vervolgens dat indien en voor zover<sup>3</sup> de DGA uiterlijk op 31 december 2007 zijn pensioentoezegging als een PSW-toezegging bij een pensioenuitvoerder, dat wil zeggen een pensioenfonds of een verzekeraar, heeft ondergebracht, hij voor de toepassing van de PW met een werknemer wordt gelijkgesteld. Dit betekent dat die pensioentoezegging, en vanaf 1 januari 2008 de daarop voortbordurende pensioenovereenkomst, in beginsel onder de toepassing van de PW valt.

Anders dan ik aanvankelijk heb verondersteld, heeft deze hoofdregel wel degelijk een zeer ruime werking. Dit laatste heeft de wetgever kennelijk ook onderkend, ten gevolge waarvan bij Nota van wijziging de hierna te bespreken keuzemogelijkheid is geïntroduceerd.<sup>4</sup>

### 2.2.2 Keuzemogelijkheid

De DGA die zijn pensioentoezegging bij een verzekeraar<sup>5</sup> heeft ondergebracht of alsnog gedurende het jaar 2007 bij een verzekeraar gaat onderbrengen, heeft op grond van art. 8, derde lid, IPW een keuzemogelijkheid. Indien de DGA zijn verzekerde pensioentoezegging namelijk onder de toepassing van de PW wenst te brengen, dient de DGA in de loop van het jaar 2007 uitdrukkelijk aan de verzekeraar kenbaar te maken dat hij zijn pensioentoezegging als een PSW-toezegging wenst aan te merken. Gevolg hiervan is dat de DGA ingevolge art. 8, eerste lid, IPW met een werknemer wordt gelijkgesteld, zodat de pensioentoezegging, en vanaf 1 januari 2008 de daarop voortbordurende pensioenovereenkomst, onder de toepassing van de PW valt. In feite geldt dan de hoofdregel van art. 8, tweede lid, IPW.

De DGA die in de loop van het jaar 2007 niet uitdrukkelijk aan de verzekeraar kenbaar maakt dat hij zijn pensioentoezegging als een PSW-toezegging wenst aan te merken, wordt dus niet ingevolge art. 8, eerste lid, IPW met een werknemer gelijkgesteld. De pensioentoezegging, en vanaf 1 januari 2008 de daarop voortbordurende pensioenovereenkomst, valt dan niet onder de toepassing van de PW maar volgt het regime van art. 8, vierde lid, IPW. Dit is het regime ten aanzien van de pensioentoezegging die in eigen beheer wordt gehouden. Zie paragraaf 2.3 hierna.

De vraag die opkomt is wat de gevolgen zijn van het niet of niet-tijdig kenbaar maken van de gewenste keuze voor een PSW-toezegging. Ik ga er vooralsnog vanuit dat de pensioentoezegging dan uiteindelijk niet onder de toepassing van de PW valt. Tekstueel sluit dit het beste aan bij art. 8, derde lid, IPW, waarin met zoveel woorden is bepaald dat de DGA zijn bij een verzekeraar ondergebrachte pensioentoezegging als zodanig als een PSW-toezegging dient aan te merken. De DGA lijkt in deze een actieve handeling te moeten verrichten. Uit de Nota van wijziging, waarin de keuzemogelijkheid is geïntroduceerd, maak ik op dat dit ook de bedoeling van de wetgever is.<sup>6</sup>

### 2.3 Pensioentoezegging in eigen beheer

Voor de DGA die zijn pensioentoezegging in eigen beheer houdt, is in art. 8, vierde lid, IPW bepaald dat indien en voor zover de DGA uiterlijk op 31 december 2007 zijn pensioentoezegging niet bij een pensioenfonds of een verzekeraar heeft ondergebracht, hij voor de toepassing van de PW ook niet met een werknemer wordt gelijkgesteld. Dit betekent dat die pensioentoezegging, en vanaf 1 januari 2008 de daarop voortbordurende pensioenovereenkomst, niet onder de toepassing van de PW valt.

De DGA die zijn pensioentoezegging in eigen beheer houdt, heeft niet de mogelijkheid om die pensioentoezegging als een PSW-toezegging aan te merken. Wel heeft de DGA de mogelijkheid om gedurende het jaar 2007 zijn pensioentoezegging alsnog onder te brengen bij een verzekeraar, waarna hij vervolgens die pensioentoezegging desgewenst als een PSW-toezegging kan aanmerken. Als de DGA dit laatste doet, wordt hij ingevolge art. 8, eerste lid, IPW met een werknemer gelijkgesteld, zodat de pensioentoezegging, en vanaf 1 januari 2008 de daarop voortbordurende pensioenovereenkomst, onder de toepassing van de PW valt. Merkt de DGA de inmiddels verzekerde pensioentoezegging niet als een PSW-toezegging aan, dan wordt de PW uiteindelijk niet van toepassing, ook al is dan op 31 december 2007 sprake van een bij een pensioenuitvoerder ondergebrachte pensioentoezegging.

### 2.4 Onherroepelijke keuze

Op de op grond van art. 8, derde lid, IPW gemaakte keuze kan op of na 1 januari 2008 niet meer worden teruggekomen. Als de PW eenmaal van toepassing is, kan dit etiket niet meer worden afgeschud, en vice versa.<sup>7</sup> Het is dus bijzonder belangrijk dat de keuze weloverwogen geschiedt.

Men kan zich terecht de vraag stellen wat het voordeel is van het aanmerken van de verzekerde pensioentoezegging als een PSW-toezegging, nu de belangrijkste reden, te weten bescherming van de pensioenaanspraken in geval van een persoonlijk faillissement van de DGA, ook buiten de PW lijkt te zijn gewaarborgd op grond van art. 7:986 Burgerlijk Wetboek en art. 22a Faillissementswet.<sup>8</sup> Waarschijnlijk zal een DGA, die directeur en enig aandeelhouder is, derhalve niet snel de keuze maken om de verzekerde pensioentoezegging als een PSW-toezegging aan te merken, omdat dit tot gevolg heeft dat alle hieruit voortvloeiende verplichtingen moeten worden nagekomen. Grotendeels liggen deze verplichtingen bij de verzekeraar, maar ook de werkgever (lees: de eigen bv) krijgt met (informatie)verplichtingen te maken.

De keuzemogelijkheid zal wellicht uitkomst kunnen bieden voor de 'kleine' DGA: de werknemer die wel ten minste 10% direct of indirect aandeelhouder is in zijn werkgever, maar geen doorslaggevend zeggenschap heeft.<sup>9</sup> Deze DGA's zullen wel de behoefte kunnen hebben om hun pensioentoezegging onder de toepassing van de PW te brengen. Met name indien de pensioentoezegging reeds vóór 1 januari 2007 is verzekerd, zal deze behoefte aanwezig kunnen zijn, omdat de pensioentoezegging in dat geval tot 1 januari 2008 reeds onder de beschermende werking van de PSW valt.

### 2.5 Ontheffing tijdens overgangsperiode

#### 2.5.1 Certificering van aandelen

Het is zeker niet uitgesloten dat een DGA die onder de overgangsregeling van art. 8 IPW valt, en de uitvoering van zijn pensioentoezegging in eigen beheer houdt, op enig moment in het jaar 2007 zijn aandelenbelang certificeert. In dit geval hoeft geen ontheffing meer bij De Nederlandsche Bank te worden aangevraagd, omdat art. 2, derde lid, onderdeel c, PSW op 20 december 2006 is gewijzigd in die zin, dat ook de certificaathouder onder de wettelijke vrijstelling valt, mits aan de voorwaarde wordt voldaan dat de betreffende werknemer houder is van certificaten van aandelen, uitgegeven door tussenkomst van een administratiekantoor waarvan hij voor ten minste een tiende deel in het bestuur vertegenwoordigd is, en welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigen. Voor het overige gelden (uiteraard)

dezelfde in art. 2, derde lid, onderdeel c, PSW, vermelde voorwaarden als voor de werknemer/aandeelhouder<sup>10</sup>.

### 2.5.2 Voortgezette pensioenopbouw oudere gewezen DGA

Indien het aandelenbelang in de werkgever van een oudere DGA op enig moment in het jaar 2007 onder de 10% zakt, kan naar mijn mening nog steeds op grond van art. 29 PSW juncto art. 2, eerste lid, onderdeel c, en tweede lid, Beleidsregels ontheffingen PSW, (gedeeltelijke) ontheffing van de onderbrengingsplicht bij De Nederlandsche Bank worden aangevraagd. Gedurende het gehele jaar 2007 blijft immers ten aanzien van de DGA, aan wie op de peildatum 31 december 2006 een pensioentoezegging is gedaan, de PSW en de lagere regelgeving van toepassing. Hierbij doet zich overigens de opmerkelijke situatie voor dat vervolgens vanaf 1 januari 2008 de PW volledig van toepassing wordt. De overgangsregeling van art. 19 IPW ziet namelijk niet op dergelijke situaties. Art. 19 IPW sluit aan bij een pensioentoezegging die op 31 december 2006 krachtens een door De Nederlandsche Bank verleende ontheffing niet is ondergebracht bij een pensioenuitvoerder. En daarvan is in bedoelde situatie geen sprake, omdat de ontheffing eerst op of na 1 januari 2007 wordt aangevraagd. En van een DGA in de zin van de PW is op 31 december 2007 geen sprake meer, zodat de PW van toepassing wordt.

### 2.6 Geen fiscale overgangsregeling

Opmerkelijk is dat geen op art. 8 IPW aansluitende fiscale overgangsregeling is getroffen. Ik doel hierbij op een overgangsregeling voor art. 19a Wet LB 1964. Want indien de PSW nog tot een jaar na de peildatum blijft gelden, dan zou het voor de hand liggen dat de fiscale voorwaarden die voor een pensioenuitvoerder in eigen beheer gelden ook nog gedurende dat jaar blijven gelden. Deze fiscale voorwaarden waren tot en met 31 december 2006 geregeld in art. 19a, tweede lid, Wet LB 1964, welk artikellid met ingang van 1 januari 2007 is gewijzigd en geheel is toegepast op de PW.

De gevolgen van het ontbreken van een fiscale overgangsregeling zullen in de praktijk waarschijnlijk minimaal zijn, omdat het 'oude' art. 19, tweede lid, PSW voornamelijk beperkingen met zich bracht. Fraai is het in ieder geval niet, nu geen eenduidige wetgeving tot stand is gebracht.

## 3. Opmerkelijke gevolgen van het overgangsrecht

### 3.1 Algemeen

De keuze die de DGA op grond van art. 8, derde lid, IPW in de loop van het jaar 2007 maakt, is van groot belang voor diverse aspecten ten aanzien van zijn pensioenopbouw en -aanspraken. De keuze die wordt gemaakt, beïnvloedt namelijk zowel de civiel- als fiscaalrechtelijke behandeling en mogelijkheden.

De keuzemogelijkheid die de DGA wordt geboden ten aanzien van zijn verzekerde regeling leidt tot een aantal opmerkelijke gevolgen, die naar mijn mening niet door de wetgever zijn voorzien of beoogd. In deze bijdrage bespreek ik een tweetal, voor zover mij bekend nog niet in de literatuur aan de orde gestelde, onderwerpen: scheiding en waardeoverdracht.

### 3.2 Scheiding

Bij de uitwerking van de door mij geconstateerde opmerkelijke gevolgen onderscheid ik de volgende drie situaties:

1 de pensioenaanspraken zijn op 31 december 2007 niet ondergebracht bij een pensioenuitvoerder (eigen beheer);

2 de pensioenaanspraken zijn op 31 december 2007 ondergebracht bij een verzekeraar, maar niet als pensioen in de zin van de PSW/PW;

3 de pensioenaanspraken zijn op 31 december 2007 ondergebracht bij een pensioenuitvoerder als pensioen in de zin van de PSW/PW.

#### 3.2.1 Scheiding vóór 1 januari 2008

In art. 8, vijfde lid, IPW is een overgangsbepaling getroffen voor scheidingssituaties, waarbij de echtscheidingsbeschikking vóór 1 januari 2008 is ingeschreven in de basisadministratie persoonsgegevens of het huwelijk vóór 1 januari 2008 is ontbonden na een scheiding van tafel en bed. De bedoeling van de wetgever bij deze overgangsbepaling is de gewezen echtgenoot van de DGA bescherming te bieden, onder meer tegen beslissingen van de DGA ter zake van diens pensioen.<sup>11</sup> Maar ten gevolge van de wijzigingen die de wetgever bij nota van wijziging heeft doorgevoerd in verband met de in paragraaf 2.2.2 beschreven keuzemogelijkheid om uitdrukkelijk te opteren voor een pensioen in de zin van de PSW, is uiteindelijk een onduidelijke, en naar mijn mening niet beoogde, situatie ontstaan ten aanzien van de bepalingen die van toepassing zijn en blijven.

De overgangsbepaling van art. 8, vijfde lid, IPW ziet namelijk uitsluitend op die situaties waarbij de DGA zijn pensioen in eigen beheer houdt of gedurende het jaar 2007 naar eigen beheer terughaalt (situatie 1). Er wordt immers uitdrukkelijk verwezen naar art. 8, vierde lid, IPW, welke bepaling uitsluitend ziet op de DGA die op 31 december 2007 zijn pensioen niet bij een pensioenuitvoerder (lees: pensioenfonds of verzekeraar) heeft ondergebracht. Indien in die situaties de echtscheidingsbeschikking vóór 1 januari 2008 is ingeschreven in de basisadministratie persoonsgegevens of het huwelijk vóór 1 januari 2008 is ontbonden na een scheiding van tafel en bed, blijven art. 8a en art. 8c, tweede lid, PSW van toepassing, mits ten gevolge van de scheiding de gewezen echtgenoot of gewezen geregistreerd partner een aanspraak op bijzonder nabestaandenpensioen heeft verkregen. Deze wettelijke bepalingen blijven vervolgens van toepassing totdat (de aanspraak op) het bijzonder nabestaandenpensioen volledig is uitgewerkt.

Gelet op de uitdrukkelijke verwijzing naar art. 8, vierde lid, IPW ziet art. 8, vijfde lid, IPW niet op de situatie dat de DGA zijn pensioen wel uiterlijk op 31 december 2007 bij een verzekeraar heeft ondergebracht, maar niet in de loop van het jaar 2007 op grond van art. 8, derde lid, IPW uitdrukkelijk opteert voor een pensioen in de zin van de PSW (situatie 2). Van de ene kant is dit logisch omdat in geval van een verzekerde regeling niet art. 8a en art. 8c, tweede lid, PSW van toepassing zijn, maar art. 10 en art. 11, tweede lid, Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW. Van de andere kant ontstaat hierdoor een leemte, omdat in een dergelijke situatie de DGA met ingang van 1 januari 2008 eveneens buiten de reikwijdte van de PW valt en in die zin dus dezelfde positie inneemt als de DGA die zijn pensioen in eigen beheer houdt.

De vraag die hierbij rijst, is welke beschermingsbepaling in een dergelijke situatie wel van toepassing is. Want art. 10 en art. 11, tweede lid, Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW zijn ingevolge art. 2 IPW inmiddels ingetrokken, hoewel op grond van art. 8, eerste lid, IPW, vreedig kan worden dat ook de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW gedurende het jaar 2007 voor een kwalificerende DGA van toepassing blijft. Maar vanaf 1 januari 2008 gelden de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW in ieder geval niet meer en art. 3a WVPS – dit is

het nieuwe artikel waarin de tekst van art. 8a en art. 8c, tweede lid, PSW nagenoeg letterlijk in terugkomt – is naar mijn mening ook niet van toepassing, want anders had de wetgever het niet noodzakelijk geacht om art. 8, vijfde lid, IPW in het leven te roepen. Bovendien sluit art. 3a WVPS tekstueel niet aan op deze situatie; vóór 1 januari 2008 is er immers nog geen sprake van een DGA in de zin van art. 1 PW, omdat gedurende het jaar 2007 de PSW en de daarbij behorende lagere regelgeving van toepassing zijn. Vooral nog ben ik derhalve van mening dat voor de situaties als bedoeld in art. 8, tweede lid, IPW, waarbij de DGA niet op grond van art. 8, derde lid, IPW opteert voor pensioen in de zin van de PSW (situatie 2), de hoofdregel van art. 3a WVPS niet van toepassing is.

Art. 8, vijfde lid, IPW is (uiteraard) ook niet van toepassing ten aanzien van de DGA, die zijn pensioen uiterlijk op 31 december 2007 bij een verzekeraar heeft ondergebracht en gedurende het jaar 2007 wel uitdrukkelijk opteert voor een pensioen in de zin van de PSW en dientengevolge vanaf 1 januari 2008 als werknemer in de zin van de PW kwalificeert (situatie 3). Ook hierbij rijst de vraag welke (overgangs)bepaling van toepassing is, indien de echtscheidingsbeschikking vóór 1 januari 2008 is ingeschreven in de basisadministratie persoonsgegevens of het huwelijk vóór 1 januari 2008 is ontbonden na een scheiding van tafel en bed. Tot en met 31 december 2007 blijft immers de PSW en blijven derhalve art. 10 en art. 11, tweede lid, Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW van toepassing. Echter, vanaf 1 december 2008 vervallen deze bepalingen, maar is er niets geregeld over het van toepassing blijven van deze bepalingen.

Indien de scheiding plaatsvindt op of ná 1 januari 2007, kan naar mijn mening nog wel worden verdedigd dat art. 57 IPW van toepassing is.<sup>12</sup> Heeft de scheiding daarentegen vóór 1 januari 2007 plaatsgevonden, dan ontbreekt een hierop betrekking hebbende overgangsbepaling.<sup>13</sup> Dit laatste is dan slechts te billijken indien art. 10 en art. 11, tweede lid, Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW van toepassing zijn gebleven. Dit moet dan zijn gebaseerd op de gedachte dat ten tijde van de scheiding die wetsbepalingen van toepassing waren en van toepassing zijn gebleven. Ik kan met deze gedachte leven, maar plaats daarbij, mede gelet op het voorgaande, wel vraagtekens bij doel en strekking van art. 8, vijfde lid, IPW, op grond waarvan art. 8a PSW in geval van een in eigen beheer gehouden pensioen expliciet van toepassing blijft. Dit laatste zou dan niet nodig zijn.

Ten slotte zijn ook nog de situaties denkbaar, waarbij de DGA ná de scheiding maar vóór 1 januari 2008 zijn pensioen bij een verzekeraar onderbrengt en vervolgens uitdrukkelijk opteert voor pensioen in de zin van de PSW, of juist niet hiervoor opteert, alsmede de situatie dat de DGA zijn bij een verzekeraar ondergebracht pensioen naar eigen beheer terughaaft. Ik neem aan dat dan beoordeling dient plaats te vinden naar de feitelijke situatie op 31 december 2007. Omdat bij deze situaties sprake is van waardeoverdracht zal het bijzonder nabestaandenpensioen overigens niet zonder instemming van de gewezen echtgenoot/partner kunnen worden overgedragen, zodat hierin reeds bescherming in is te onderkennen.<sup>14</sup>

### 3.2.2 Scheiding op of na 1 januari 2008

Scheidingen die op of na 1 januari 2008 plaatsvinden<sup>15</sup>, zijn eenduidiger geregeld. Voor de situaties dat de DGA vanaf 1 januari 2008 niet als werknemer als bedoeld in art. 1 PW kwalificeert (situaties 1 en 2), geldt in dat geval art. 3a WVPS. Voor de gewezen echtgenoot/partner is hierbij nog wel van belang dat slechts dan een aanspraak op bijzonder nabe-

staandenpensioen kan ontstaan, indien in de pensioenovereenkomst van de DGA is bepaald dat in geval van beëindiging van de pensioenopbouw van de DGA, anders dan door overlijden of het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, premievrije aanspraken op nabestaandenpensioen ontstaan; de zogenoemde fictieve ontslagaanpakken. Dit laatste is namelijk geen vanzelfsprekendheid meer, omdat een met art. 8 PSW overeenkomende bepaling ten aanzien van de DGA niet meer geldt.

Voor de situatie dat de DGA vanaf 1 januari 2008 wel als werknemer als bedoeld in art. 1 PW kwalificeert (situatie 3), geldt art. 57 PW. Voor deze DGA is van belang dat ook een aanspraak op bijzonder nabestaandenpensioen kan ontstaan voor de gewezen partner waarmee hij niet gehuwd is geweest of een geregistreerd partnerschap heeft gehad.

## 3.3 Waardeoverdracht

### 3.3.1 Algemeen

In deze paragraaf ga ik nader in op de mogelijkheden voor de DGA om ten aanzien van zijn opgebouwde pensioenaanspraken waardeoverdracht toe te passen. Ik richt mij hierbij met name op de mogelijkheden om door waardeoverdracht zogenoemde fictieve dienstjaren te verkrijgen ten aanzien van de DGA-pensioenregeling bij de eigen bv.<sup>16</sup> Ik maak hierbij een onderscheid tussen waardeoverdracht van als 'gewone' werknemer opgebouwde pensioenaanspraken en waardeoverdracht van als DGA opgebouwde pensioenaanspraken, waarbij in beide gevallen waardeoverdracht naar de geldende DGA-pensioenregeling plaatsvindt.

Fictieve dienstjaren ontstaan indien op grond van art. 8 PSW/9 Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW verkregen premievrije tijdsevenredige pensioenaanspraken worden afgekocht en de afkopsom (rechtstreeks) wordt aangewend om in een nieuwe pensioenregeling extra pensioenaanspraken te verkrijgen. In geval van een eindloonregeling vertaalt dit zich vervolgens in fictieve dienstjaren. Het voordeel hiervan is dat indien het salaris en daarmee de pensioengrondslag in de toekomst stijgt, ook over de verstreken dienstjaren een verbetering van pensioenaanspraken optreedt. Dit wordt de zogenoemde backservice genoemd. Naarmate er meer verstreken dienstjaren zijn, daaronder begrepen de fictieve dienstjaren, neemt de backservice toe en wordt een pensioenbreuk zo veel mogelijk voorkomen of beperkt. Het moge duidelijk zijn dat de DGA er dus belang bij kan hebben om door waardeoverdracht (zo veel mogelijk) fictieve dienstjaren te verkrijgen.

Uit de wetsgeschiedenis bij art. 32b PSW is af te leiden dat het kennelijk de bedoeling is geweest de DGA die pensioen in eigen beheer opbouwt als zodanig uit te sluiten van het wettelijk recht op waardeoverdracht. Het is daarom op zijn minst opmerkelijk te noemen dat in de Memorie van toelichting bij de PW expliciet is vermeld dat het op grond van de PSW mogelijk is dat een DGA die een 'gewone' werknemer wordt, met toepassing van art. 32b PSW, waarde overdraagt van in eigen beheer of in een pensioen-bv opgebouwde aanspraken naar de nieuwe pensioenuitvoerder van de 'gewone' werknemerspensioenregeling.<sup>17</sup> Wat hier verder ook van zij, onder de PW heeft de DGA in ieder geval niet meer de mogelijkheid tot waardeoverdracht van onder de PW opgebouwde pensioenaanspraken naar een niet-PW DGA-pensioenovereenkomst, en vice versa. De DGA behoudt wel de mogelijkheid tot gehele of gedeeltelijke waardeoverdracht van niet onder de PW opgebouwde DGA-pensioenaanspraken naar een andere niet-PW DGA-pensioenovereenkomst.<sup>18</sup> Dit speelt zich immers volledig buiten de PW af.

Hierna werk ik een tweetal opmerkelijke gevolgen van art. 8 IPW uit. Het betreft enerzijds de mogelijkheid om het pensioenkapitaal ter zake van de als 'gewone' werknemer opgebouwde pensioenaanspraken na een waardeoverdracht bij de eigen bv af te laten storten. Anderzijds betreft het het behouden van de mogelijkheid tot waardeoverdracht van als 'gewone' werknemer onder de PW opgebouwde pensioenaanspraken naar een PW DGA-pensioenovereenkomst.

### 3.3.2 Afstorten van PW-pensioenkapitaal bij eigen bv

Een persoon die pensioen heeft opgebouwd als 'gewone' werknemer en vervolgens als DGA werkzaam wordt bij zijn eigen bv, heeft naar mijn mening wel degelijk recht op toepassing van het wettelijk recht op waardeoverdracht als bedoeld in art. 32b PSW of art. 16a Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW.<sup>19</sup> De uitvoering van een dergelijke waardeoverdracht zal noodzakelijkerwijs via een zogenoemde B- of C-polis zijn verlopen. Op de als 'gewone' werknemer opgebouwde pensioenaanspraken zijn immers de PSW, dan wel de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW van toepassing en dit laatste moet blijven gewaarborgd. Afstorting van het pensioenkapitaal naar de eigen bv is derhalve tot dusver niet mogelijk.<sup>20</sup> De desbetreffende B- of C-polis is naar mijn mening wel onmiskenbaar onderdeel van de DGA-pensioenregeling geworden. En de DGA heeft ten gevolge van de waardeoverdracht van zijn als 'gewone' werknemer opgebouwde pensioenaanspraken fictieve dienstjaren binnen zijn DGA-pensioenregeling verkregen. Dit volgt, uiteraard ook nog voor situaties die onder onder de overgangsregeling van art. 8 IPW vallen, uit art. 13 Besluit reken- en procedureregels waardeoverdracht, en voor nieuwe PW-situaties, uit art. 28 Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.

Opmerkelijk is dat de DGA ook in dit soort situaties de mogelijkheid heeft om gebruik te maken van de keuzemogelijkheid die art. 8, derde lid, IPW biedt. De DGA heeft in dit geval immers de uitvoering van een gedeelte van zijn pensioentoezegging bij een verzekeraar ondergebracht. En noch uit de wettekst, noch uit enige toelichting daarop is af te leiden dat ten aanzien van dergelijke bij een verzekeraar ondergebrachte pensioenaanspraken niet de uitdrukkelijke keuze zoals bedoeld in art. 8, derde lid, IPW dient te worden uitgebracht, doch dat de PSW/PW overkort van toepassing is en blijft. De keerzijde daarvan is dan naar mijn mening dat de DGA ervoor kan kiezen om op grond van art. 8, derde lid, IPW de door waardeoverdracht verkregen pensioenaanspraken niet als pensioen in de zin van de PSW aan te merken. Het gevolg daarvan is dat vanaf 1 januari 2008 de PW niet op deze pensioenaanspraken van toepassing wordt. En dat betekent ten slotte dat de DGA op of na 1 januari 2008 de pensioenverzekeringsspolis kan afkopen in het kader van een waardeoverdracht van pensioenkapitaal naar de eigen bv toe (wijziging pensioenuitvoerder). Daarmee wordt een resultaat bereikt dat tot dusver niet tot de mogelijkheden behoort. Ik waag te betwijfelen of dit resultaat door de wetgever is beoogd, laat staan gewenst.

### 3.3.3 Waardeoverdracht van werknemerspensioenaanspraken naar DGA-pensioenovereenkomst

De DGA die onder de overgangsregeling van art. 8 IPW valt, en zijn pensioenregeling geheel of gedeeltelijk bij een verzekeraar heeft ondergebracht, of zijn pensioenregeling gedurende het jaar 2007 alsnog geheel of gedeeltelijk bij een verzekeraar onderbrengt, heeft de mogelijkheid om op grond van art. 8, derde lid, IPW de desbetreffende verzekerde pensioenaanspraken als pensioen in de zin van de PSW aan te merken. In

paragraaf 2.4 merkte ik reeds op dat men zich terecht de vraag kan stellen wat het voordeel hiervan is.

Het voordeel van het uitbrengen van de keuze voor pensioen in de zin van de PSW, kan naar mijn mening zijn gelegen in de mogelijkheid om hierdoor toch een (vrijwillige) waardeoverdracht van in een voorafgaande dienstbetrekking opgebouwde werknemerspensioenaanspraken te kunnen realiseren. Door namelijk de keuze uit te brengen voor pensioen in de zin van de PSW, wordt de DGA ten aanzien van dat gedeelte van zijn pensioentoezegging onherroepelijk als werknemer in de zin van de PW aangemerkt. Vervolgens wordt en blijft de PW ten aanzien van dat gedeelte van de pensioentoezegging in volle omvang van toepassing. Tekstueel gezien zijn er dan geen belemmeringen om een (vrijwillige) waardeoverdracht als bedoeld in art. 75 PW uit te kunnen voeren, mits de pensioenuitvoerder hieraan medewerking wil verlenen.<sup>21</sup> De in een vorige dienstbetrekking als 'gewone' werknemer opgebouwde pensioenaanspraken kunnen hierdoor worden afgekocht, waarna het pensioenkapitaal rechtstreeks kan worden overgedragen naar de ten behoeve van of door de DGA zelf afgesloten B- respectievelijk C-polis<sup>22</sup>, ten aanzien waarvan de DGA als 'gewone' werknemer geldt.

Het voordeel van een dergelijke mogelijkheid tot waardeoverdracht is dat de DGA hierdoor in een betere positie geraakt om pensioentekorten te beperken. Door de waardeoverdracht verkrijgt de DGA immers in één keer extra pensioenaanspraken in zijn geldende pensioenovereenkomst, vrijwel altijd een eindloonregeling, resulterend in fictieve dienstjaren. In geval van een salarisstijging ontstaat vervolgens een backservice en daardoor een verbetering van pensioenaanspraken over voorafgaande dienstjaren.

Indien de DGA niet een mogelijkheid tot waardeoverdracht heeft, is de DGA aangewezen op de mogelijkheid om ontbrekende pensioengevende dienstjaren bij vorige werkgevers in te kopen en daardoor fictieve dienstjaren te verkrijgen. Voorwaarde hierbij is wel dat de DGA dan eerst aantoonbaar sprake is van een pensioentekort.<sup>23</sup> De mogelijkheid om aldus pensioen in te kopen, staat, althans fiscaal gezien, in beginsel slechts open met betrekking tot perioden vóór 8 juli 1994.<sup>24</sup> De gedachte van de wetgever is hierbij namelijk dat vanaf 8 juli 1994 op grond van het wettelijk recht op waardeoverdracht als bedoeld in art. 32b PSW geen of nauwelijks pensioenbreuken ontstaan. Door de invoering van de PW zijn met ingang van 1 januari 2007 de mogelijkheden voor de DGA om pensioen in te kopen enigszins verruimd, namelijk indien de DGA ten gevolge van het feit dat hij niet op grond van de PW kan overgaan tot waardeoverdracht<sup>25</sup>, maar ook deze verruimde mogelijkheid tot inkoop van pensioen is en blijft altijd de mindere ten opzichte van waardeoverdracht. De beperking is hierbij met name gelegen in het feit dat de Belastingdienst inkoop van pensioen door de DGA kritisch beoordeeld op haar zakelijkheid.<sup>26</sup> Op grond hiervan kan een eenmaal vastgesteld pensioentekort, dat zich vertaalt in een bepaald aantal in te kopen fictieve dienstjaren, in nagenoeg alle gevallen niet in één keer worden ingekocht, maar dient de inkoop van pensioen te worden uitgesmeerd over een aantal toekomstig nog door te brengen dienstjaren.<sup>27</sup> Hierdoor ontstaat de backservice de eerste jaren over een beperkte periode van fictieve dienstjaren. Bovendien is het maar de vraag of het pensioentekort volledig kan worden ingekocht, omdat de dienstbetrekking tussen de DGA en zijn bv daarvoor wel dient te blijven bestaan.

Ter afsluiting merk ik op dat een verdere beperking is dat ten gevolge van inkoop van pensioen de zogenoemde 100%-norm als bedoeld in art. 18a, zevende lid, Wet LB 1964 niet mag worden doorbroken, zoals dat ten gevolge van waardeoverdracht op grond van art. 18d, eerste lid, onderdeel c, Wet LB 1964 wel is toegestaan. Daarmee komt de wetgever naar mijn mening zijn tijdens de parlementaire behandeling gedane toezegging niet na, dat ook voor de situatie waarin een 'gewone' werknemer zijn dienstbetrekking met zijn werkgever beëindigt om in dienst te treden van zijn eigen bv het Uitv.besl. LB 1965 zodanig zal worden aangepast, dat de omstandigheid dat een waardeoverdracht van de als 'gewone' werknemer opgebouwde pensioenaanspraken naar een buiten de PW vallende pensioenovereenkomst niet mogelijk is, de facto niet tot een beperking van de tot 1 januari 2007 geldende fiscale mogelijkheden leidt.<sup>28</sup>

#### 4. Conclusies en aanbevelingen

In deze bijdrage heb ik de overgangsregeling van art. 8 IPW geschetst, zoals dit definitief vorm heeft gekregen. De overhaaste en weinig door-dachte bij Nota van wijziging doorgevoerde wijzigingen van dit artikel hebben uiteindelijk een aantal opmerkelijke gevolgen met zich gebracht, welke de wetgever naar mijn mening niet heeft voorzien of beoogd.

Ik kom tot de volgende conclusies en aanbevelingen:

De DGA kan op grond van art. 8, derde lid, IPW gerichte keuzes maken en daarmee door de wetgever onbedoelde mogelijkheden tot waardeoverdracht van als 'gewone' werknemer opgebouwde pensioenaanspraken. De DGA kan hierdoor zelfs afstorting van onder de beschermende werking van de PSW opgebouwd pensioenkapitaal naar zijn eigen bv bewerkstelligen.

Daarnaast is in geval van scheiding vóór 1 januari 2008, waarbij sprake is van een verzekerde regeling ten aanzien waarvan niet wordt geopteerd voor pensioen in de zin van de PSW, onduidelijkheid ontstaan, welke wettelijke beschermingsregels ten aanzien van het bijzonder nabestaandenpensioen ten behoeve van de gewezen echtgenoot van toepassing zijn. Het risico bestaat daarbij dat deze beschermingsregels er per saldo in het geheel niet zijn.

Ten slotte is ten onrechte niet voorzien in overgangsrecht voor de fiscale wetgeving gedurende het overgangsjaar 2007, in verband met de toegelaten (eigen beheer) verzekeraar.

Het ligt naar mijn mening op de weg van de wetgever om deze omissies te herstellen, zodat een sluitende wetgeving ontstaat.

#### Noten

1. Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 30 655, nr. 8.
2. Denk hierbij met name aan de Regeling van voorwaarden voor pensioentoezeggingen aan directe en indirecte grootaandeelhouders en de Beleidsregels ontheffingen PSW.
3. Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 30 655, nr. 7, blz. 12, waaruit volgt dat de DGA niet hoeft te kiezen voor of geheel verzekeren of geheel eigen beheer. Zie ook Wildemans en Ter Beest, Overgangsrecht DGA-pensioen: paniekvoetbal nergens voor nodig, Vakblad voor de MKB Adviseur, januari/februari 2007.
4. Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 30 655, nr. 8.
5. De keuzemogelijkheid geldt dus niet voor bij een pensioenfonds ondergebrachte PSW-toezegging.

6. Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 30 655, nr. 8, blz. 15.
7. In de literatuur, maar ook in de praktijk wordt overigens bij herhaling ten onrechte gesteld dat op of na 1 januari 2008 niet meer van eigen beheer naar een verzekerde regeling of vice versa kan worden geswitcht. Zie bijvoorbeeld Kwel, Mager overgangsrecht voor DGA-pensioen, Pensioen Magazine, oktober 2006, nr. 10, en J.J.M. Jansen, B.V. versus eenmanszaak, Tribuut 07/1, blz. 34. Een dergelijk switchen blijft echter wel mogelijk, want hierop ziet de keuzemogelijkheid niet.
8. Eerste Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 30 655, C, blz. 6-7. Zie ook Wildemans en Ter Beest, Overgangsrecht DGA-pensioen: paniekvoetbal nergens voor nodig, Vakblad voor de MKB Adviseur, januari/februari 2007.
9. Dergelijke DGAs zullen in de meeste situaties op grond van de Regeling aanwijzing directeur-grootaandeelhouders verzekerd zijn voor de werknemersverzekeringen.
10. Zie de Wet van 20 november 2006 tot wijziging van een aantal wetten op het terrein van de arbeidsverhoudingen en de arbeidsmarkt (Verzamelwet arbeidsverhoudingen en arbeidsmarkt 2006), Stb. 2006, 647, en het Besluit van 6 december 2006, tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 20 november 2006 tot wijziging van een aantal wetten op het terrein van de arbeidsverhoudingen en de arbeidsmarkt (Verzamelwet arbeidsverhoudingen en arbeidsmarkt 2006), Stb. 2006, 648 voor de inwerkingtreding per 20 december 2006.
11. Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 655, nr. 3, blz. 29 en blz. 33.
12. Zie art. 25, eerste lid, IPW.
13. Ook ten aanzien van scheidingen van werknemers/niet-DGAs die vóór 1 januari 2007 hebben plaatsgevonden, is naar mijn mening evenmin een adequate overgangsbepaling getroffen.
14. Zie art. 32ba, eerste lid, onderdeel a, PSW. Op grond van het arrest Hoge Raad 9 februari 2007, nr. 06/021HR, heeft de gewezen echtgenoot naar mijn mening in beginsel ook een recht op afstorting van het in eigen beheer gehouden nabestaandenpensioen, zodat ook hierdoor bescherming wordt geboden.
15. Dit kan zijn een scheiding van een DGA die onder de overgangsbepaling van art. 8 IPW valt, of een scheiding van een DGA die op of na 1 januari 2007 is aangevangen met pensioenopbouw.
16. Fiscaalrechtelijk is dit geregeld in art. 10a, eerste lid, onderdeel f, Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965.
17. Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 413, nr. 3, blz. 101.
18. Dit doet zich bijvoorbeeld voor in geval van wijziging van dienstbetrekking tussen twee bv's. Zie ook onder meer Schijlen, Verzekeringmogelijkheden voor de DGA onder de PW, Pensioen & Praktijk nr. 12, december 2006.
19. Zie ook Van der Zandt, (Waarde)overdracht van pensioenkapitaal van de directeur-grootaandeelhouder, WFR 1997/243.
20. Zie Van den Bosch, (Waarde)overdracht van pensioenkapitaal van de directeur/grootaandeelhouder, WFR 1996/1417, Boshuizen, Afkoop van DGA-pensioen, WFR 1997/239.
21. Waardeoverdracht als bedoeld in art. 71 PW (wettelijk recht) zal vanwege de daarin gestelde termijnen praktisch gezien niet mogelijk zijn.
22. Bestaande C-polissen kunnen op grond van art. 18, derde en vierde lid, IPW in hun bestaande vorm blijven gehandhaafd, uiteraard met dien verstande dat, daar waar nodig, aanpassing aan de PW zal plaatsvinden. Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 655, nr. 3, blz. 12-13 en 35.
23. Zie voor de vaststelling of er sprake is van een pensioentekort het besluit van 3 november 2004, nr. CPP2004/1657M.
24. Art. 10a, tweede lid, Uitv.besl. LB 1965.
25. Art. 10a, derde lid, Uitv.besl. LB 1965.
26. Zie besluit van 28 maart 2006, nr. CPP2005/2742M, Stcrt. nr. 66.
27. Zie voor een kritische beschouwing van dit standpunt van de Belastingdienst, Holtermans, Inkoop van pensioenaren door de DGA, Fiscaal Praktijkblad 2005/7.
28. Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 30 655, nr. 7, blz. 16.