

De 'nieuwe' Pensioenwet

Inleiding

Het kabinet streeft er naar om per 1 januari 2007 de 'nieuwe' Pensioenwet (hierna PW) in te voeren. Na een uitgebreide consultatie is op 20 december 2005 de PW bij de Tweede kamer ingediend. Vanuit de Tweede kamer zijn vragen gesteld. Of de PW zonder noemenswaardige wijzigingen wordt goedgekeurd, valt nog te bezien. Een aantal van de problemen en vragen zouden in de definitieve versie opgelost kunnen zijn.

De PW is een technische herziening en modernisering van de Pensioen en Spaarfondsen wet (hierna PSW) uit 1954. In de loop van de jaren zijn er in de uitvoering van de PSW onduidelijkheden ontstaan. De PW bevat een aantal beleidsmatige wijzigingen, die betrekking hebben op transparantie, financiële zekerheidstelling, toezicht en toegang.

Het zou te ver voeren om alle aspecten van de PW aan de orde te stellen. In dit artikel zal ik mij beperken tot de consequenties voor de (echt)scheidingspraktijk. Hierbij zal ik mij richten op de gevolgen van invoering van de PW voor het pensioen van de Directeur Grootaandeelhouder (hierna DGA). De werknemer volgens de definitie van de PW komt hierin dus niet aan de orde.

Achtergrond

Onder de DGA wordt zowel in de PW als in de PSW de persoon verstaan die werkzaam is in het bedrijf en - direct dan wel indirect - ten minste 10% van de aandelen houdt. Het verschil tussen de PW en de PSW is, dat de pensioentoezegging aan een DGA onder de PSW valt – waarbij speciale regels gelden voor de onderbrengingsplicht.

De DGA kan gedeeltelijk afzien van deze 'bescherming' door zijn pensioen in eigen beheer te houden. Mijn artikel zou hier kunnen eindigen, aangezien de PW *niet* van toepassing zal zijn op de DGA, ongeacht of eigen beheer wordt gevoerd of dat de pensioenen worden verzekerd. De gevolgen van het wegvallen van de civielrechtelijke wetgeving voor de DGA en de mogelijke consequenties hiervan bij echtscheiding komen in dit artikel aan de orde.

De DGA onder de PSW

In de huidige wetgeving valt de DGA standaard onder de bescherming van de PSW. Wanneer de DGA zijn pensioen in eigen beheer houdt, ziet hij af van deze 'bescherming'. De pensioenregeling moet dan wel aan een aantal eisen voldoen. Deze voorwaarden zijn vastgelegd in de Regeling van voorwaarden pensioentoezeggingen aan de DGA. De belangrijkste voorwaarden zijn:

- Het bedrag dat in eigen beheer wordt gereserveerd, dient voldoende te zijn om de verplichtingen die uit de pensioenregeling voortvloeien na te kunnen komen;
- Bij beëindiging van zijn dienstverband krijgt de DGA tenminste een tijdsevenredige aanspraak mee;
- Alleen afkoop, zoals toegestaan onder de PSW, bij kleine pensioenen en waardeoverdracht kunnen de aanspraken op ouderdomspensioen en nabestaanden pensioen verminderen;
- De ex-echtgenote van de DGA heeft recht op een bijzonder nabestaandenpensioen wanneer het huwelijk door echtscheiding zou eindigen.

Met de invoering van de PW komt deze civieljuridische wetgeving voor de DGA te vervallen. Daarmee dus ook de keuze die de DGA had om zijn pensioen in eigen beheer te houden of elders (bij een verzekeraar of pensioenfonds) onder te brengen. Er worden immers geen voorwaarden meer gesteld aan het DGA-pensioen. Wat zijn de consequenties daarvan door de (echt)scheidingspraktijk?

De DGA onder de PW

In de PW is niets over de DGA opgenomen. In de Invoeringswet echter wel. Het pensioen van een DGA in het kader van de PW is in het geheel geen pensioen in de zin van de wet. Kort gezegd is de PSW wel van toepassing op de directeur-groootaandeelhouder, en de PW niet, en is de reden daarvoor de gangbare praktijk van 'eigen beheer' door directieuren-groootaandeelhouders.

Voor *nieuwe gevallen* gaat deze regel meteen in. Onder nieuwe gevallen worden in dit verband verstaan personen die na de inwerkingtreding van de PW als DGA gaan werken, en personen die wel als zodanig werkzaam waren, maar pas na die datum met hun werkgever een afspraak over pensioen maken. De pensioenregelingen van deze personen vallen dus niet onder het begrip pensioen in de zin van de PW. Het staat de DGA vrij de voor pensioen bestemde premies ofwel in het bedrijf te laten, dan wel die bijvoorbeeld bij een bank of verzekeraar onder te brengen. In beide gevallen is er geen beschermende werking.

Bij *bestaande gevallen* gaat het om personen die vóór de inwerkingtreding van de PW, op de peildatum dus, al DGA zijn en een pensioentoezegging hebben gekregen. Voor hen geldt op grond van de PSW, zoals hiervoor uiteengezet, de keuzevrijheid om het pensioen ofwel in eigen beheer te houden, ofwel bij de pensioenuitvoerder onder te brengen. Deze keuzevrijheid vervalt in het kader van de PW.

Voor directieuren-groootaandeelhouders die vóórdat de PW in werking treedt de keuze hebben gemaakt voor eigen beheer verandert er op dat punt niet veel. Uit de PW vloeit voor hen voort dat hun pensioen niet ondergebracht kán worden bij een pensioenuitvoerder, omdat er geen sprake is van pensioen in de zin van de PW.

Op grond van het overgangsrecht blijft de PSW, inclusief lagere regelgeving, tot een jaar na inwerkingtreding van de PW van toepassing op aanspraken die de DGA jegens de vennootschap heeft opgebouwd tot dat moment. De relevante bepalingen in de PSW (artikel 8c voorzover betrekking hebbend op het nabestaandenpensioen, en artikel 8a PSW) blijven van toepassing op aanspraken op bijzonder partnerpensioen van ex-partners van DGA's, die gescheiden zijn vóór het moment waarop de overgangstermijn van een jaar na de inwerkingtreding verstrijkt. (Voor een DGA die scheidt ná dat moment is door middel van een aanpassing van de Wet Verevening Pensioenrechten bij Scheiding (verder WVPS) voorzien in het van toepassing blijven van die wet)

Voor DGA's die vóór de inwerkingtreding van de PW gebruik maakten van de mogelijkheid hun pensioen onder te brengen bij een pensioenuitvoerder, geldt dat die onderbrenging op grond van het overgangsrecht gecontinueerd kan worden. Ook in hun situatie blijft, in het eerste jaar waarop de PW in werking is getreden, de PSW van toepassing. Na dat jaar is op hen de PW van toepassing. Er is gekozen voor het continueren van de PSW gedurende één jaar om de DGA gedurende een overgangsperiode ook de mogelijkheden te bieden voor afkoop en waardeoverdracht, die gelden op basis van de PSW. Na deze periode van één jaar geldt de PW voor de

DGA die kiest voor continuering van de onderbrenging bij de pensioenuitvoerder, met alle rechten en plichten die voor werknemers gelden op dit punt. In deze situatie is de fictie gesteld, dat deze DGA vanaf dat moment geacht worden te voldoen aan de definitie van werknemer in de zin van de PW.

In de praktijk kan het bij de PSW voorkomen dat een directeur grootaandeelhouder zijn ouderdomspensioen in eigen beheer houdt, maar zijn nabestaandenpensioen wél bij een pensioenuitvoerder heeft ondergebracht. Deze gedeeltelijke onderbrenging, te weten uitsluitend van het nabestaandenpensioen, kan door DGA's, die op de peildatum al een pensioentoezegging hadden (bestaande gevallen) op grond van het overgangsrecht gecontinueerd worden.

Concreet betekent het vorenstaande voor de bestaande directeuren - grootaandeelhouders, dat zij in het overgangsjaar na de inwerkingtreding van de PW een keuze moeten maken omtrent het in eigen beheer houden, dan wel bij een pensioenuitvoerder onderbrengen van hun pensioen. Na het verstrijken van de overgangstermijn is er geen mogelijkheid meer om te switchen van eigen beheer naar onderbrenging, of andersom.

Tot zover de voornemens van de wetgever, nu de praktijk.

Verevening ouderdomspensioen

Op grond van de WVPS heeft de ex-partner van de DGA een voorwaardelijk recht op de helft van het tijdens de huwelijkse periode opgebouwde ouderdomspensioen, tenzij hiervan bij huwelijkse voorwaarden of convenant wordt afgeweken. Na invoering van de PW zou dit niet worden gewijzigd. Het kabinet is voornemens de WVPS zodanig aan te passen dat het pensioen van de DGA ook na invoering van de PW hieronder blijft vallen.

Het deel van het voorwaardelijk ouderdomspensioen dat verevend wordt ten behoeve van de ex-echtgenoot, valt door deze aanpassing in de WVPS wel onder de PW. De eigen aanspraken van de DGA niet. De PW stelt bepaalde eisen aan pensioenuitvoerders in het kader van zekerheid omtrent de uitkering aan de pensioengerechtigde. Naar mijn mening staat dat haaks op het feit dat de DGA niet onder de PW valt.

Het kan niet de bedoeling zijn dat er als het ware twee eigen beheer reserves komen: Eén die wel onder de PW valt en waar allerlei aanvullende eisen met betrekking tot de zekerheid van de toekomstige pensioenuitkeringen gesteld worden en één die er niet onder valt.

Of gaat de wetgever straks zo ver dat het te verevenen pensioen voor de ex-echtgenote verplicht bij een wel onder de PW vallende pensioenuitvoerder moet worden ondergebracht? Dat zou een aanzienlijke verbetering zijn voor ex-echtgenoten van DGA's. De praktische problemen die dat met zich meebrengt, zoals de (on)mogelijkheid om aan de afstortverplichting te voldoen op grond van liquiditeitsproblemen, laten we buiten beschouwing.

Vragen waar (nog) geen antwoord op is te geven.

De minderheids DGA

Er zijn ook DGA's die een minderheidsbelang hebben. De DGA heeft straks geen wettelijk recht meer op een tijdsevenredige pensioenopbouw, ook niet bij ontslag. Vooral voor de DGA met een minderheidsbelang, die dus in een gezagsverhouding staat en dus ontslagen kan worden, is het van groot belang om in de pensioenovereenkomst vast te hebben liggen dat de pensioenopbouw tijdsevenredig plaatsvindt en dat hij bij ontslag een tijdsevenredige pensioenaanspraak meekrijgt.

Waardeoverdracht

Waardeoverdracht wordt volgens de PW niet langer als afkoop gezien. De DGA kan, als hij weer werknemer wordt, de opgebouwde pensioenrechten niet overdragen naar een nieuwe pensioenuitvoerder.

Ingeval de DGA pensioen opbouwt in een BV waarin hij geen meerderheidsbelang heeft, is het verstandig om vast te leggen dat hij de pensioenrechten mag overdragen naar een verzekeraar.

Wanneer deze zaken niet vastliggen, kan in geval van echtscheiding en verevening van pensioenaanspraken, zich de situatie voordoen dat de ex-echtgenoot onder de PW valt, maar dat de pensioenregeling geen ruimte biedt om aan deze aanspraken invulling te geven.

Ook in deze situatie is er (nog) geen antwoord te geven hoe we daar mee omgaan.

In geval van faillissement had de DGA onder de PSW een zekere bescherming. Omdat de DGA niet onder de beschermende werking van de PW valt, is er ook in deze situatie een verhoogd risico.

Dit zou kunnen worden voorkomen door de pensioenaanspraken in een apart directiepensioenlichaam onder te brengen.

Na een echtscheiding loopt de ex-echtgenote immers een groot risico dat bij faillissement er geen middelen zijn om de verevende pensioenen uit te betalen. Dat risico is door het wegvallen van de beschermende werking van de PW, die wel onder de PSW bestond, alleen maar groter geworden.

Dat is zeker het geval wanneer er niet meer duidelijkheid komt over de vreemde constructie, dat bij echtscheiding de aanspraken van de ex-echtgenoot wel onder de PW vallen en die van de DGA niet.

Bijzonder nabestaandenpensioen

Als een DGA gaat scheiden heeft de gewezen echtgenote op grond van artikel 8a van de PSW nu nog recht op een bijzonder nabestaandenpensioen, ook als eigen beheer wordt gevoerd. Met invoering van de PW komt dit recht te vervallen.

De WVPS wordt zodanig aangepast dat de DGA onder de werkingssfeer van deze wet blijft vallen. Waarschijnlijk wordt ook het bijzonder nabestaandenpensioen van de ex-partner van de DGA in de WVPS geregeld. De ex-partner kan immers zelf geen invloed uitoefenen op de pensioenovereenkomst.

De vragen die met betrekking tot het te verevenen ouderdomspensioen aan de orde zijn, gelden in dat geval onverkort voor het bijzonder nabestaandenpensioen, tenzij het extern verzekerd is.

Conclusies

Als de PW wordt ingevoerd, vervalt de civieljuridische bescherming voor het DGA-pensioen. De wetgever heeft getracht om door aanpassing van de WVPS maatregelen te nemen, die de positie van de ex-echtgenoot zouden moeten waarborgen.

In de praktijk leidt dit tot een ingewikkelde spagaat in de uitvoering, vooral als het gaat om een in eigen beheer gehouden pensioen. Zowel de overgangssituatie als de PW in zijn huidige vorm, zullen u en mij nog de nodige hoofdbrekens bezorgen bij de praktische uitvoering.