

(Echt)scheiding**PJ 2021/58****HOF DEN HAAG**

27 januari 2021, nr. 200.270.439/01

(Mrs. A.N. Labohm, R.L.M.C. Janssen, L.A.G.M. van der Geld)

m.nt. mr. W.P.M. Thijssen

Art. 2:216, 6:2 BW; art. 2, 3, 3a Wvps; art. 251, 424 Rv

ECLI:NL:GHDHA:2021:179

Concrete bepaling van het bedrag dat beschikbaar moet worden gesteld voor externe uitvoering van de rechten van de ex-partner van de DGA op het pensioen in eigen beheer van de DGA.

Concrete bepaling van het bedrag dat door de B.V. van een DGA beschikbaar moet worden gesteld voor externe uitvoering van de rechten van de ex-partner van de DGA op het pensioen in eigen beheer van de DGA met inachtneming van het onderdekkingsarrest (HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693, PJ 2017/87 met aant. W.P.M. Thijssen; de hier geannoteerde zaak betreft de verwijzing) en het peildatumarrest van de Hoge Raad (HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:276).

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling civiel recht

Zaaknummer gerechtshof: 200.270.439/01

(Zaaknummer rechtbank: 159928)

Beschikking van de meervoudige kamer van 27 januari 2021 na verwijzing door de Hoge Raad in de beschikking van 14 april 2017

inzake

[appellant],

wonende te [woonplaats 1],

verzoeker in hoger beroep,

hierna te noemen: de man,

advocaat prof. dr. E. Lutjens en mr. H.L. Doorn te Amsterdam,

tegen

[geintimeerde],

wonende op een geheim adres te [woonplaats 2],

verweerster in hoger beroep,

hierna te noemen: de vrouw,

advocaat voorheen mr. H.E. Brokers-van Dijk te Vleuten, thans mr. H.M.M. van den Elzen te Boxtel.

1 Het verder procesverloop van het geding in hoger beroep na verwijzing

1.1. De Hoge Raad heeft op 14 april 2017 een beschikking gegeven en daarbij de beschikking van het gerechtshof Amsterdam van 7 juli 2015 (gedeeltelijk) vernietigd en de zaak voor verdere behandeling en beslissing verwezen naar het gerechtshof Den Haag. Voor het verloop van de procedure tot 2 december 2019 wordt verwezen naar voormelde beschikking van de Hoge Raad.

1.2. De man heeft bij beroepsschrift na verwijzing, ingekomen bij het hof op 2 december 2019, verzocht om over te gaan tot verdere behandeling van de zaak.

1.3. De vrouw heeft een verweerschrift na verwijzing, tevens incidenteel beroep na verwijzing, ingekomen bij het hof op 4 maart 2020, ingediend.

Bij journaalbericht van 26 maart 2020 met bijlagen, ingekomen bij het hof op 27 maart 2020, heeft de vrouw een rectificatie akte houdende intrekking incidenteel hoger beroep, tevens wijziging petitiem, ingediend.

1.4. Bij het hof zijn voorts de volgende stukken ingekomen:

- een journaalbericht van de zijde van de man van 30 januari 2020 met bijlagen, ingekomen op diezelfde datum;

- een faxbericht van de zijde van de man van 14 april 2020, ingekomen op diezelfde datum;
- een journaalbericht van de zijde van de vrouw van 9 juli 2020 met bijlage, ingekomen op diezelfde datum;
- een journaalbericht van de zijde van de vrouw van 20 oktober 2020 met bijlagen, ingekomen op diezelfde datum;
- een journaalbericht van de zijde van de vrouw van 29 oktober 2020 met bijlagen, ingekomen op diezelfde datum;
- een journaalbericht van de zijde van de vrouw van 2 november 2020 met bijlagen, ingekomen op diezelfde datum;
- per fax een journaalbericht van de zijde van de vrouw van 3 november 2020 met bijlagen, ingekomen op diezelfde datum.

Op 9 november 2020 heeft het hof de advocaat van de vrouw per mail verzocht om nadere stukken in te dienen.

Per journaalbericht van 11 november 2020, ingekomen bij het hof op diezelfde datum, heeft de advocaat van de vrouw, onder meer, op het mailbericht van het hof gereageerd.

1.5. De mondelinge behandeling heeft op 13 november 2020 plaatsgevonden. Partijen zijn in persoon verschenen, bijgestaan door hun advocaten. Ook is aan de zijde van de vrouw verschenen mevrouw drs. [naam 1], partijdeskundige, die de mondelinge behandeling deels heeft bijgewoond en de heer mr. M.E. Bruning, cassatieadvocaat van de vrouw, die de gehele mondelinge behandeling heeft bijgewoond. De advocaat van de man (mr. Doorn) en de advocaat van de vrouw hebben ter zitting pleitnotities overgelegd.

De aan de pleitnotitie van de advocaat van de vrouw gehechte “Toelichting III en toelichting IV” zijn door het hof, na protest van de wederpartij tegen aanhechting van bijlagen aan de pleitnotitie, geweigerd en aan de advocaat van de vrouw teruggegeven.

2 Ontvankelijkheid man

2.0. De vrouw stelt dat door bijna drie jaar na datum het beroepschrift na verwijzing aan te brengen de man de grens van het redelijke en gebruikelijke overschrijdt. Immers, de termijn als bedoeld in artikel 424 jo. 251 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) is ruim overschreden. In de visie van de vrouw dient de man dan ook niet-ontvankelijk verklaard te worden in zijn beroep.

2.1. Het hof overweegt als volgt. Er geldt geen termijn waarbinnen het geding na verwijzing moet worden voortgezet. De vrouw heeft zelf cassatie ingesteld, zij had het dus ook in eigen hand om de zaak aan te brengen bij het hof voor voortzetting van de procedure. Voorts heeft de vrouw de man geen termijn gesteld inzake voortprocederen. Naar het oordeel van het hof is de man dan ook ontvankelijk in zijn beroepschrift na verwijzing.

3 De procedure na verwijzing

3.1. Artikel 424 Rv bepaalt dat de rechter, naar wie het geding is verwezen, de behandeling daarvan voortzet en beslist met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad.

3.2. De rechter naar wie de zaak door de Hoge Raad na cassatie wordt verwezen, moet deze berechten in de stand waarin de zaak zich ten tijde van de vernietigde uitspraak bevond.

3.3. Na verwijzing zijn alle in cassatie niet of tevergeefs bestreden beslissingen definitief. De rechter naar wie door de Hoge Raad is verwezen is daaraan gebonden, zodat partijen op die punten de rechtstrijd niet mogen voortzetten of heropenen. De enige uitzondering op deze regel is aan de orde als sprake is van nieuwe omstandigheden op grond waarvan het onaanvaardbaar zou zijn dat de rechter na verwijzing aan een bepaalde, onjuist gebleken, beslissing gebonden blijft. De rechter na verwijzing mag acht slaan op na verwijzing zonder voorafgaande bewijsopdracht overgelegde producties, als deze producties betrekking hebben op al voor de cassatie ingenomen stellingen. De producties die betrekking hebben op de pensioenrechten en op de financiën van [X] B.V. beschouwt het hof als producties ter precisering van eerder ingenomen stellingen. Voorts doet zich een tweetal nieuwe feiten voor namelijk de in vergelijking met de uitgangspunten van de beschikking van het gerechtshof Amsterdam van 7 juli 2015 veranderde (actuele) financiële positie van [X] B.V. alsmede het in vergelijking met vorenbedoelde uitgangspunten veranderde bedrag dat benodigd is voor afstorting van de pensioenaanspraken op basis van de (actuele) commerciële waarde van die verplichting.

4 De omvang van het geschil

4.1. De kern van het geschil wat partijen al vanaf de echtscheiding in 2010 verdeeld houdt is, of de vrouw als directeur groot aandeelhouder van [X] B.V., het aandeel van de man met betrekking tot het pensioen in eigen beheer opgebouwde aanspraak – op basis van de commerciële waarde – kan (doen) afstorten onder een door de man aangewezen verzekeringsmaatschappij terwijl de pensioenaanspraken van de vrouw evenzeer blijven gewaarborgd.

4.2. Door het enorme tijdsverloop van de gehele echtscheidingsprocedure – inmiddels twaalf jaar – is de problematiek met betrekking tot pensioen in eigen beheer er niet eenvoudiger op geworden. Dit wordt mede veroorzaakt door de steeds dalende rente met als gevolg dat de bedragen die moeten worden gestort bij een verzekeringsmaatschappij om pensioenrechten te borgen, in tegenstelling tot de fiscaal in dit kader te hanteren substantieel hogere rekenrente, steeds hoger zijn geworden. Deze feitelijkheid kan het hof niet veranderen.

4.3. De man verzoekt het hof de beschikking van het gerechtshof Amsterdam te bekrachtigen met aanvulling en/of verbetering van de gronden en met veroordeling van de vrouw in de kosten van dit geding met inbegrip van nakosten.

4.4. De vrouw verzoekt het hof, na wijziging van haar petitum, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de man in zijn beroepschrift na verwijzing niet-ontvankelijk te verklaren, dan wel de verzoeken van de man in deze procedure en in het door hem ingestelde hoger beroep, voor zover in het geding na verwijzing nog aan de orde, te ontzeggen, althans in ieder geval het verzoek van de man ten aanzien van de pensioenopbouw in eigen beheer bij Interpolis en op de balans, zoals verzocht in de procedure bij het gerechtshof Amsterdam onder kenmerk 200.093.079/01 (met in achtname van de uitspraak van de Hoge Raad) alsnog af te wijzen, zo mogelijk met veroordeling van de man in de kosten van deze procedure met inbegrip van de nakosten en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na dagtekening van de einduitspraak.

5 De vordering van de man tot afstorting pensioen in eigen beheer.

5.1. De man heeft in hoger beroep bij het gerechtshof Amsterdam gevorderd de vrouw te veroordelen om binnen tien dagen na betekening van de te geven beschikking in het geding te brengen een voor haar rekening gemaakte berekening van Akkermans & Partners van de in eigen beheer opgebouwde pensioenreserves per 14 juli 2010, en haar tevens te veroordelen om binnen 1 maand na betekening van de te geven eindbeschikking het door dat hof in goede justitie te bepalen aandeel daarin van de man af te storten bij een externe, door de man te kiezen verzekeraar, elk van deze handelingen op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 1.000,- per dag of dagdeel dat de vrouw in gebreke blijft met voldoening aan die veroordeling.

5.2. In het dictum van de beschikking van het gerechtshof Amsterdam van 7 juli 2015 is vermeld:

“gelast de verdeling van de tussen partijen bestaande huwelijksgoederengemeenschap op de wijze als onder 2.27 van deze beschikking is overwogen.”

In rechtsoverweging 2.27 is onder meer vermeld:

“- de vrouw dient binnen vier weken na het wijzen van deze beschikking een nieuwe – actuele – berekening van het door haar af te storten bedrag aan de man ter zake van de in eigen beheer opgebouwde pensioenreservering in [X] B.V. ter beschikking te stellen overeenkomstig r.o. 2.16 hiervoor en uitgaande van een af te storten bedrag van € 198.537,- per 30 juni 2013. Zij dient uiterlijk twee weken nadien het aldus berekende bedrag af te storten bij een externe, door de man te kiezen verzekeraar. (r.o. 2.16 hof eindbeschikking)”

Het hof begrijpt uit de formulering van het gerechtshof Amsterdam dat dat hof heeft beslist dat een bedrag afgestort moet worden gelijk aan de commerciële waarde van het aandeel van de man in de pensioenaanspraak op het moment van de afstorting.

5.3. Het hof wijst beide partijen erop dat op basis van artikel 1:94 lid 3 Burgerlijk Wetboek (BW) de pensioenrechten die vallen onder de Wet verevening pensioenrechten niet tot de huwelijksgoederengemeenschap behoren. Met andere woorden, de pensioenrechten die vallen onder de Wet verevening pensioenrechten vallen niet te verdelen, zodat hoogstens sprake zal kunnen zijn van verevening van deze pensioenrechten.

5.4 De Hoge Raad heeft de beschikking van het gerechtshof Amsterdam van 7 juli 2015 (gedeeltelijk) vernietigd. Gezien de cassatiemiddelen alsmede het oordeel van de Hoge Raad gaat het hof ervan uit dat thans nog alleen op de door de Hoge Raad in zijn beschikking onder 3.4.5 omschreven wijze te onderzoeken is of, het in de vennootschap aanwezige kapitaal toereikend is om én de pensioenaanspraak van de man af te storten, én de overblijvende pensioenaanspraak van de vrouw te dekken. De afstorting dient overigens, zoals het gerechtshof Amsterdam, in de visie van de Hoge Raad, terecht in rov. 4.16 van zijn tussenbeschikking heeft geoordeeld, zodanig plaats te vinden dat de aanspraken van partijen op het pensioen in beginsel ook in dezelfde mate zijn verzekerd, althans dat dit laatste zoveel mogelijk het geval is. De Hoge Raad geeft expliciet aan dat van de commerciële waarde van de pensioenrechten moet worden uitgegaan. Zoals het hof hiervoor al heeft overwogen wisselt de waarde van het af te storten bedrag als gevolg van rentestijgingen of -dalingen, voorts moeten partijen zich ervan bewust zijn dat de balans van een B.V. in de loop van vele jaren zal veranderen als gevolg van de exploitatie van de in de B.V. geëxploiteerde onderneming, denk alleen maar aan winsten, verliezen, investeringen, desinvestering, en dividendpolitiek. Dit is echter geen limitatieve opsomming.

6 De verdere inhoudelijke behandeling

6.1 Voor de leesbaarheid en het begrip van de onderhavige materie zal het hof belangrijke overwegingen uit de beschikking van het gerechtshof Amsterdam van 7 juli 2015 citeren, voorts zal het hof een aantal overwegingen citeren uit de beschikking van de Hoge Raad van 14 april 2017. Tevens gaat het hof in op een tweetal beschikkingen van de Hoge Raad uit 2020 – 20 februari 2020 en 18 oktober 2020 in welke beschikkingen onderhavige materie ook aan de orde is gesteld.

6.2 Het gerechtshof Amsterdam heeft in zijn beschikking van 7 juli 2015 onder meer overwogen:

“2.15. Tussen partijen is niet in geschil dat aan de door de deskundige gestelde voorwaarden voor zijn oordeel dat [X] B.V. in staat is het aandeel van de man af te storten – de lening u/g inzake de eigen woning en de rekening-courant op de bestuurder moeten daadwerkelijk op termijn kunnen worden ontvangen – inmiddels is voldaan. Ook is niet in geschil dat [X] B.V. thans over voldoende liquide middelen beschikt om het aandeel van de man in de in eigen beheer opgebouwde pensioenvoorzieningen ook werkelijk af te storten, en dat daardoor de directe bedrijfsvoering niet bedreigd wordt. De vraag is nog slechts of de vrouw voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat afstorting van het aandeel van de man uiteindelijk ertoe zal leiden dat de pensioenaanspraken van de vrouw niet in dezelfde mate als die van de man zeker gesteld kunnen worden. Het hof is van oordeel dat de vrouw daarin niet is geslaagd. In dit verband verwijst het hof allereerst naar de brief van de deskundige van 20 juni 2013, gevoegd bij het deskundigenrapport, waarin uiteengezet wordt dat in de berekening van de vrouw van de waarde van de aandelen [X] B.V. uitgegaan wordt van (te) hoge rentelasten ter zake van de stamrechtverplichting (die de vrouw zelf bepaalt en die haar ook ten goede komen) tegenover een (te) laag rendement op de bezittingen van [X] B.V. (nu [X] B.V. een rente van 4% op een stamrechtverplichting kennelijk commercieel verantwoord vindt, is redelijk dat [X] B.V. naar mogelijkheden zoekt om minimaal dat rendement ook op haar beleggingen te maken). In de brief van de heer [naam 2] van 5 maart 2014, waarin de hiervoor onder 2.14 weergegeven berekeningen zijn opgenomen, wordt nog steeds bij alle varianten uitgegaan van rentelasten ter zake van het stamrecht van € 154.630, -, terwijl de rentebaten van [X] B.V. slechts op een bedrag van € 106.081,- worden gesteld. Daarnaast is het hof van oordeel dat uit de berekeningen van de vrouw niet valt af te leiden, of en, zo ja, op welke wijze zij daarbij (voldoende) rekening heeft gehouden met onzekere variabelen, zoals de rentestand tot 2030 en haar verdien capaciteit in de komende jaren. Al met al is het hof van oordeel dat grief 9 van de man slaagt.

2.16. Voor wat betreft de hoogte van het door de vrouw af te storten bedrag, dient het volgende. De deskundige heeft de indicatieve af te storten koopsom wegens te verevenen pensioenaanspraken berekend op een bedrag van € 198.537, - per 30 juni 2013. Volgens de vrouw kan van een lager bedrag worden uitgegaan, te weten € 155.044, - per 1 februari 2014, nu bij de aanspraken in eigen beheer rekening moet worden gehouden met de elders verzekerde rechten bij Interpolis. Echter, uit het deskundigenrapport valt naar het oordeel van het hof nu juist af te leiden dat de (pensioen)deskundige de berekening van de af te storten koopsom heeft uitgevoerd uitsluitend op basis van de voorziening in de balans van [X] B.V. en dat de polissen bij Interpolis daarbij niet zijn betrokken, zodat het bedrag van € 198.537,- als

uitgangspunt dient. Het hof sluit echter niet uit dat de ontwikkeling van de rentestand vanaf 30 juni 2013 van invloed is geweest op de omvang van het thans nog door de vrouw af te storten aandeel van de man in het in eigen beheer opgebouwde pensioen.

Voor de hiervoor onder 2.14 en 2.15 besproken vraag, doet dit niet ter zake, nu de vrouw nog geen bedrag ten behoeve van de man heeft afgestort en zij derhalve nog steeds over dit bedrag heeft kunnen beschikken. Gelet op het voorgaande zal het hof bepalen dat de vrouw binnen vier weken na het wijzen van deze beschikking een nieuwe – actuele – berekening van het door haar af te storten bedrag aan de man ter beschikking dient te stellen alsmede dat zij uiterlijk twee weken nadien het aldus berekende bedrag dient af te storten bij een externe, door de man te kiezen verzekeraar. Het hof ziet geen aanleiding c.q. mogelijkheid om hieraan een dwangsom te verbinden, zoals door de man verzocht.”

6.3. Zoals het hof hiervoor al heeft overwogen gaat het gerechtshof Amsterdam ervan uit dat ter beantwoording van de vraag of afgestort kan worden, uitgegaan moet worden van de commerciële waarde van de pensioenaanspraak van de man op het moment van de afstorting ervan.

6.4. De Hoge Raad heeft in de beschikking van 14 april 2017 overwogen:

“3.4.5 Bij dit laatste dient het volgende tot uitgangspunt te worden genomen. Indien de vennootschap een pensioentoezegging doet, dient zij zorg te dragen dat zij deze te zijner tijd kan nakomen. Indien en voor zover de opbouw van het pensioen in eigen beheer plaatsvindt, dient zij daarom in beginsel over voldoende kapitaal daartoe te beschikken (in de vorm van een voorziening of van eigen vermogen). In verband met de bepaling van art 3.29 Wet IB 2001 (die een rekenrente voorschrijft van tenminste 4%) kan de fiscale pensioenreserve in dit verband onvoldoende zijn (hetgeen mede aanleiding is geweest voor de totstandkoming van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen, *Stb.* 2017,115). Bij vorenstaande dient dan ook te worden uitgegaan van de zogeheten *commerciële waarde van de toezegging, waarbij de heersende markrente tot uitgangspunt wordt genomen*. Indien op het tijdstip van scheiding onvoldoende kapitaal aanwezig is om én het aandeel van de tot verevening gerechtigde echtgenoot af te storten, waaronder begrepen de meerkosten om na afstorting tot dezelfde pensioenuitkering te komen als waarop deze zonder afstorting aanspraak had kunnen maken, én voldoende kapitaal in de vennootschap achter te laten om (opnieuw naar commerciële waarde berekend) de met het aandeel van de tot verevening verplichte echtgenoot corresponderende pensioenaanspraak te dekken, zal het tekort in beginsel moeten worden gedeeld, evenredig met de verhouding waartoe de verevening overeenkomstig art 3 lid 1 WVPS leidt. Alleen aldus wordt immers voldoende recht gedaan aan het hiervoor in 3.4.2. en 3.4.4. vermelde uitgangspunt dat de aanspraken van partijen (zoveel mogelijk) in dezelfde mate zijn verzekerd.

3.4.6 Uit het vorenstaande volgt dat het hof terecht, in het voetspoor van de door hem benoemde deskundige, is uitgegaan van de commerciële waarde van het in [X] B.V. opgebouwde pensioen, maar dat het heeft miskend dat het vervolgens had te onderzoeken of het in [X] B.V. aanwezige kapitaal toereikend is om én de pensioenaanspraak van de man af te storten, én de overblijvende pensioenaanspraak van de vrouw te dekken, op de hiervoor in 3.4.5 omschreven wijze. De verwijzing door het hof naar nog door [X] B.V. te behalen rendementen en naar de verdien capaciteit van de vrouw, duidt immers erop dat dit kapitaal niet in de vennootschap aanwezig is.

3.4.7 De klacht van het onderdeel, die dit laatste mede aan de orde stelt, is dus gegrond. In verband hiermee behoeven de overige klachten van onderdeel 2.3 en de onderdelen 2.4 en 2.5 geen behandeling.”

6.5. In de beschikking van de Hoge Raad van 14 februari 2020 (ECLI:NL:HR:2020:276) – niet zijnde de procedure tussen partijen – heeft de Hoge Raad als volgt overwogen:

“3.1.4 Het voorgaande brengt mee dat naar het tijdstip van echtscheiding bepaald moet worden wat de hoogte is van de pensioenaanspraak van de tot verevening gerechtigde echtgenoot, maar dat de commerciële waarde van die aanspraak – het bedrag dat nodig is om die pensioenaanspraak bij een externe pensioenverzekeraar te verzekeren – bepaald moet worden naar het tijdstip van afstorting door de rechtspersoon.

3.2 Indien op het moment waarop de afstorting plaatsvindt, onvoldoende kapitaal aanwezig is in de rechtspersoon om én de commerciële waarde van het aandeel in de pensioenaanspraak van de tot verevening gerechtigde echtgenoot af te storten, én voldoende kapitaal in de rechtspersoon achter te laten om de commerciële waarde van het aandeel in de pensioenaanspraak van de tot verevening verplichte echtgenoot te dekken, zal het tekort in beginsel moeten worden gedeeld, evenredig met de verhouding waartoe de verevening overeenkomst art. 3 lid 1 Wvps leidt. De omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de rechter tot een andere verdeling komt van het tekort tussen de ex-echtgenoten. Daarvoor is met name plaats indien het aan de vereveningsplichtige echtgenoot is toe te rekenen dat zodanig tekort is ontstaan of is opgelopen.

3.3. Het voorgaande laat onverlet dat de rechter, gelet op alle omstandigheden van het geval, kan beslissen dat geen aanspraak bestaat op (volledige) afstorting indien de tot verevening verplichte echtgenoot stelt en bij betwisting aannemelijk maakt dat de benodigde liquide middelen niet kunnen worden vrijgemaakt of van elders verkregen zonder de continuïteit van de bedrijfsvoering van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming in gevaar te brengen."

In de beschikking van de Hoge Raad van 16 oktober 2020 ECLI:NL:HR:2020:1631 komt vorenstaande problematiek inzake pensioen in eigen beheer en het bedrag dat dient te worden afgestort wederom aan de orde. De AG overweegt in haar conclusie (onder 2.27):

"3.1.4 Het voorgaande brengt mee dat naar het tijdstip van echtscheiding bepaald moet worden wat de hoogte is van de pensioenaanspraak van de tot verevening gerechtigde echtgenoot, maar dat de commerciële waarde van die aanspraak – het bedrag dat nodig is om die pensioenaanspraak bij een externe pensioenverzekeraar te verzekeren – bepaald moet worden naar het tijdstip van afstorting door de rechtspersoon."

6.6. Bij beschikking van 4 september 2012 heeft het gerechtshof Amsterdam in het onderhavige geschil tussen partijen een deskundigenonderzoek gelast. De deskundige diende onder meer de navolgende vragen te beantwoorden:

1. Wat is de waarde per 16 juni 2010 van de aandelen in de besloten vennootschap [X] B.V. uitgaande van de zich in de stukken bevindende jaarrekening per die datum?
2. Hoe hoog is het aandeel van de man in de in eigen beheer opgebouwde pensioenvoorziening, waarbij het de deskundige vrijstaat voor de beantwoording van deze vraag zonodig een pensioenspecialist in te schakelen?
3. Is [X] B.V. in staat om het aandeel van de man in de eigen beheer opgebouwde pensioenvoorziening af te storten, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval?
- 6.7. De deskundige heeft op 28 juni 2013 zijn rapport uitgebracht. Uit dit rapport volgt onder meer het navolgende:
 1. De deskundige is uitgegaan van de balans per 16 juni 2010. De cijfers 2009 en de cijfers per 16 juni 2010 zijn ontleend aan de financiële rapportage 29 juni 2010, waarbij een samenstellingsverklaring is afgelegd.
 2. Uit de door de deskundige gehanteerde balans volgt dat er op 16 juni 2010 een voorziening is opgenomen van € 198.931,- en wel tegen de commerciële waarde.
 3. De deskundige heeft de aandelen in [X] B.V. gewaardeerd op basis van de intrinsieke waarde. De waarde van de aandelen is vastgesteld op een bedrag van € 80.410,-.
 4. Bij beantwoording van de vraag of [X] B.V. in staat is om het aandeel van de man in het pensioen in eigen beheer feitelijk af te storten heb ik mij laten leiden door de vraag of afstorten zou leiden tot een direct gevaar voor de continuïteit van de [X] B.V.. De balans per waarderingdatum 16 juni 2010 is daarbij leidend voor mijn oordeel. In die balans staat voor een bedrag van € 204.575,- aan liquiditeiten. Na deze datum is nog een groot bedrag ontvangen van LTB Holding B.V., namelijk de afrekening ad € 351.236,-. Daarmee komen de liquiditeiten in [X] B.V. op circa € 555.000,-. Het gecorrigeerde Eigen Vermogen van [X] B.V. per 16 juni 2010 is door mij bepaald op € 80.410,- positief, met andere woorden: de bezittingen zijn groter dan de schulden. Op grond van deze gegevens ben ik van mening dat [X] B.V. in staat is om het aandeel van de man in de in eigen beheer opgebouwde pensioenvoorziening ook daadwerkelijk af te storten.
- 6.8. De man heeft in zijn beroepsschrift na verwijzing onder 3.7 gesteld dat het gerechtshof Amsterdam heeft beslist dat het indicatieve af te storten bedrag per 30 juni 2013 is € 198.537,-. In 3.8 van zijn

beroepschrift stelt hij dat de kans bestaat dat dit indicatieve bedrag in 2019 hoger ligt dan het indicatieve bedrag in 2013. Daarom dient in de visie van de man opnieuw te worden onderzocht wat de actuele waarde is van de pensioenaanspraak.

6.9. De vrouw heeft op blz. 18 van haar verweerschrift na verwijzing gesteld dat het uitgangspunt bij de berekening van de verplichting tot afstorting is de commerciële waarde van de pensioenaanspraak op datum van de scheiding en dat is dus 16 juni 2010.

6.10. Het hof is van oordeel dat de vrouw een verkeerde lezing geeft van de beschikking van de Hoge Raad van 17 april 2017. Uit rechtsoverweging 3.4.5 van de beschikking van de Hoge Raad van 17 april 2017 volgt expliciet dat voor de waardering - in het kader van het afstorten van de pensioenverplichting bij een derde partij - uitgegaan moet worden van de commerciële waarde op het moment van afstorting, dit volgt eveneens uit de hiervoor vermelde beschikkingen van de Hoge Raad van 20 februari 2020 en 18 oktober 2020. Voor de omvang van de te verevenen pensioenrechten is bepalend hetgeen partijen in de huwelijkse periode hebben opgebouwd en hetgeen uit de pensioenbrief voortvloeit. Naar het oordeel van het hof staan de aanspraken op de te verevenen pensioenrechten niet ter discussie. Het gaat thans alleen om het bedrag dat benodigd is voor de afstorting van de aanspraak van de man en of door een afstorting daarvan de pensioenaanspraak van de vrouw in [X] B.V. nog in dezelfde mate als die van de man (na afstorting) verzekerd is. Vast staat dat tot op heden er nog geen afstorting heeft plaatsgevonden. Het is een algemeen bekend gegeven dat de rente sinds 2013 aanzienlijk is gedaald. Deze rentedaling heeft tot gevolg dat wanneer een pensioen bij een verzekeringsmaatschappij moet worden ingekocht daar in 2020 een groter bedrag voor nodig is dan in 2013. Zoals het hof hiervoor al heeft overwogen heeft de Hoge Raad in 2020 reeds tweemaal beslist dat voor het af te storten bedrag uitgegaan dient te worden van het moment van de feitelijke storting. Het hof zal deze lijn van de Hoge Raad ook in deze volgen.

6.11. De vrouw heeft op blz. 23 van haar verweerschrift na verwijzing gesteld, dat om op 1 maart 2020 te kunnen afstorten [X] B.V. een bedrag moet aanwenden van € 611.428,-. Van dit bedrag dient € 290.491,- toegerekend te worden aan de pensioenaanspraken van de vrouw en € 320.937,- aan de man. De vrouw heeft haar stelling nadien nog onderbouwd. Bij brief van 29 oktober 2020 (productie 16) heeft de vrouw nog een partijdeskundigenbericht in het geding gebracht van drs. [naam 3]. Deze deskundige berekent de indicatieve koopsom voor de afstorting van de totale pensioenaanspraken per 1 december 2020 op € 635.730,-. Het aandeel van de man hierin is € 322.765,50 (de helft van de waarde van de rechten van de vrouw op ouderdoms- en overbruggingspensioen) vermeerderd met de waarde van de weduwnaarspensioenen.

6.12. Door de man is zelf gesteld dat de af te storten bedragen inzake pensioen in 2020 ten opzichte van 2013 zijn veranderd. Door de vrouw is gemotiveerd weergegeven wat de bedragen zijn per 1 maart 2020 en 1 december 2020. Tijdens de mondelinge behandeling heeft de man de door de vrouw genoemde bedragen en in het geding gebrachte berekeningen niet bestreden. Het hof gaat er derhalve van uit dat met de pensioenen van beide partijen bij inkoop ervan bij een verzekeringsmaatschappij thans een bedrag gemoeid is van € 635.730,-.

6.13. Hetgeen, gelet op de beschikking van de Hoge Raad van 14 april 2017, thans door het hof onderzocht dient te worden is of, als de vrouw een bedrag van € 322.765,50 aan [X] B.V. onttrekt voor afstorting van de pensioenaanspraak van de man, de aanspraken van de vrouw in dezelfde mate als die van de man verzekerd zijn, waarbij, aldus de Hoge Raad in zijn beschikking van 14 april 2017, het tekort in beginsel zal moeten worden gedeeld, evenredig met de verhouding waartoe de verevening overeenkomstig art. 3 lid 1 WVPS leidt. Alleen aldus wordt immers voldoende recht gedaan aan het door de Hoge Raad bevestigde uitgangspunt dat, na vorenbedoelde afstorting van de pensioenaanspraken van de daartoe gerechtigde echtgenoot, de pensioenaanspraken van beide echtgenoten (zoveel mogelijk) in dezelfde mate zijn verzekerd, berekend naar de economische waarde van de aanspraken van ieder van de echtgenoten.

6.14. In beginsel is het hof van oordeel dat dan de balans van de [X] B.V. beoordeeld dient te worden per 1 december 2020 als op dat moment de afstorting moet plaatsvinden. Door de afstorting mag de continuïteit van [X] B.V. ook per 1 december 2020 niet in gevaar komen. Met het vennootschappelijk belang dient ook dan rekening te worden gehouden. Onder vennootschappelijk belang verstaat het hof onder meer dat met de belangen van werknemers rekening wordt gehouden, de belangen van crediteuren en dat de onderneming nog investeringen kan verrichten die van belang zijn voor haar voortbestaan. Voorts dient een analyse te worden gemaakt van de stortingen en opnames (dividendbeleid) in [X] B.V. in de perioden van 16 juni 2010 tot en met 1 december 2020. Als de directeur groot aandeelhouder weet dat er nog een pensioenaanspraak is van diens voormalige echtgenoot dan dient hij of zij daar rekening mee te houden. Met andere woorden hij of zij kan geen dividend uitkeren als daarmee aan de pensioenrechten van diens ex-echtgenoot tekort wordt gedaan. Het hof vindt steun voor dit uitgangspunt

in de overweging van de Hoge Raad in de beschikking van 14 februari 2020 waarin de Hoge Raad onder meer heeft overwogen (3.2 onderaan):

“De omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de rechter tot een andere verdeling komt van het tekort tussen de ex-echtgenoten. Daarvoor is met name plaats indien het aan de vereveningsplichtige echtgenoot is toe te rekenen dat zodanig tekort is ontstaan of is opgelopen.”

Als winstreserves als gevolg van normaal ondernemerschap toch zijn verdampt is dit een risico dat voor beide echtgenoten komt. Ook jaarrekening-technisch dient naar het oordeel van het hof gekeken te worden naar de balans per 1 december 2020 aangezien de jaarrekening een getrouw beeld moet geven van de vermogenspositie van de vennootschap.

In de literatuur is er eveneens van uitgegaan dat de dekkingsgraad beoordeeld moet worden aan de hand van de balans op datum afstorting (W.P.M. Thijssen, De peildatum bij externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex) partner van de DGA EB 2020/40). Het hof verwijst eveneens naar de noot van S.F.M. Wortmann bij het arrest van 20 februari 2020 NJ 2020/149: “De uitspraak van de Hoge Raad uit 2017 gaat ervan uit dat het tijdstip van de scheiding beslissend is voor de beoordeling van de vraag of onvoldoende kapitaal in de B.V. aanwezig is, vrijgemaakt kan worden of kan worden verkregen om aan beide aanspraken te voldoen. De onderhavige uitspraak gaat ervan uit dat de omvang (hoogte) van de pensioenaanspraak wordt bepaald op de datum van de scheiding, maar dat op het tijdstip van de afstorting wordt beoordeeld of voldoende kapitaal aanwezig is om naar de commerciële waarde op dat moment aan beide aanspraken, zoals de Wvps die definieert, volledig tegemoet te komen. Ik ga er vanuit dat de bepaling van de hoogte van de aanspraak op het tijdstip van de scheiding betreft de commerciële waarde van de aanspraak op dat moment, maar dat op het tijdstip van de afstorting opnieuw een berekening plaatsvindt naar wat er dan nodig is om de aanspraak naar commerciële waarde te verwezenlijken. Dan wordt ook beoordeeld of voldoende kapitaal aanwezig is, vrijgemaakt kan worden of kan worden verkregen om beider aanspraken te effectueren. En anders moet er op beide aanspraken in evenredigheid worden gekort. Hiermee is de uitspraak van 2017 duidelijk genuanceerd.”

6.15. Het hof heeft tijdens de mondelinge behandeling aan beide advocaten de vraag voorgelegd welke balans het hof volgens partijen moet hanteren bij de beantwoording van de hiervoor vermelde rechtsvraag. Beide partijen hebben bij monde van hun respectieve advocaten te kennen gegeven te wensen uit te gaan van de balans van [X] B.V. per 16 juni 2010. Het motief van de advocaat van de man was hierin gelegen omdat het vermogen van [X] B.V. in 2020 nagenoeg is verdampt. Nu beide partijen wensen uit te gaan van de balans van [X] B.V. per 16 juni 2010 zal het hof partijen hier dus in volgen.

6.16. Het hof verwijst naar het deskundigenbericht van drs. [naam 4] RA RV van 28 juni 2013 dat op 1 juli 2013 bij het hof is gedeponereerd. Op blz. 14 van het rapport zijn de balansposities opgenomen per 16 juni 2010. Onder de passiva is opgenomen een post pensioenvoorziening € 198.931,-. Uitgaande van een pensioenvoorziening van € 198.931,- is er een eigen vermogen van € 80.410,-. De voorziening voor pensioenen moet worden aangepast in de balans aangezien de voorziening niet € 198.931,- is maar € 635.730,-. Een gevolg van de aanpassing is dat er per bedoelde balansdatum, die door het hof op verzoek van partijen wordt gehanteerd, een aanzienlijk in het kader van onderhavig door het hof uit te voeren onderzoek negatief vermogen ontstaat in [X] B.V. en wel van € 356.389,-, ervan uitgaande dat een in het kader van dit onderzoek per bedoelde, door het hof op verzoek van partijen te hanteren balansdatum als ijkpunt te hanteren eigen vermogen van de vennootschap van nihil zou gelden. Het hof is van mening dat van dat laatste in dit geval per bedoelde - door het hof op verzoek van partijen te hanteren - balansdatum geen sprake is, gelet op het feit dat er per die datum rekening dient te worden gehouden met een in de vorm van een continuïteitsreserve aan te houden kapitaalbuffer waarvan de hoogte door de vrouw wordt geschat op het bedrag dat zij, in de omstandigheden per bedoelde datum, destijds nodig gehad zou hebben om zich als belastingadviseur weer in te kunnen kopen in een voor de continuïteit van haar werkzaamheden voor haar relevant samenwerkingsverband. Het hof sluit zich hiertoe aan bij de, naar inzicht van het hof door de man onvoldoende weersproken, inschatting door de vrouw van bedoelde continuïteitsreserve van € 200.000,-. Vanwege deze in dit kader te respecteren reserve, komt in de visie van het hof het tekort voor het afstorten van de pensioenaanspraak van de man uit op een bedrag van € 556.389,-. Dit tekort moet - zoals hiervoor vermeld - voor rekening komen van beide partijen, ieder voor de helft oftewel € 278.194,50. Het hof heeft in deze zaak geen feitelijke aanknopingspunten gevonden om tot een andere ‘verdeling’ van dit tekort te komen. Aldus reesteer een deel van de pensioenaanspraken van de man groot € 317.685,- (de actuele waarde van diens aandeel in de in eigen beheer opgebouwde pensioenrechten) verminderd met € 278.194,50 (zijn ‘aandeel’ in het in

dit kader in aanmerking te nemen tekort) oftewel € 39.490,50 dat cijfermatig in dit geval voor afstorting in aanmerking zou kunnen komen. In de hiervoor reeds aan de orde gekomen beschikking van de Hoge Raad van 14 februari 2020 staat dat de rechter *“gelet op alle omstandigheden van het geval, kan beslissen dat geen aanspraak bestaat op (volledige) afstorting indien de tot verevening verplichte echtgenoot stelt en bij betwisting aannemelijk maakt dat de benodigde liquide middelen niet kunnen worden vrijgemaakt of van elders verkregen zonder de continuïteit van de bedrijfsvoering van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming in gevaar te brengen”*. Het hof meent dat het verzoek van de man tot afstorting - gelet op alle omstandigheden van het geval - in zijn geheel dient te worden afgewezen. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat naast de tussen de echtgenoten aan de orde zijnde post-relatieve redelijkheid en billijkheid, het feit dat onderhavige procedure met weinig voortgang door de man bij het hof is voortgezet, en verder het feit dat de man over pensioenaanspraken blijkt te beschikken waar de vrouw, blijkens het door dit gerechtshof op 28 november 2017 onder zaaknummer 200.186.761/01 gewezen arrest, (deels) geen aanspraak op kan maken, de destijds per de eerder vermelde balansdatum (en overigens ook thans nog) bestaande onzekerheid wat betreft de in de vennootschap in de toekomst te behalen rendementen én de destijds (en overigens ook thans nog) bestaande onzekerheid omtrent de toekomstige verdien capaciteit van de vrouw. Het hof laat hierbij eveneens meewegen dat de man aanspraak kon maken op een bedrag van € 80.000,- bij de verdeling van de ontbonden gemeenschap van goederen (bij akte op 25 juli 2001 verleden voor mr E.F. van Bolhuis, notaris te Haarlem) waarbij aan de vrouw de aandelen in [X] B.V zijn toegeedeeld. Bij de vaststelling van dit bedrag is uitgegaan van een aan deze aandelen toegekende (positieve) waarde, die mede was gebaseerd op de destijds substantieel lagere economische waarde van hun beider pensioenaanspraken.

6.17. Gezien het hof hiervoor heeft overwogen zal het hof de vordering van de man tot afstorting van zijn aandeel in het pensioen in eigen beheer in [X] B.V. geheel afwijzen.

7 Proceskosten

7.1. Gezien het feit dat er sprake is van ex-echtgenoten zal het hof de proceskosten compenseren en wel in die zin dat ieder der partijen zijn eigen kosten draagt.

8 Resumé

8.1. De Hoge Raad heeft de beschikking van het Hof Amsterdam 7 juli 2015 vernietigd. In de vernietigde beschikking heeft het hof Amsterdam een helder overzicht gegeven met betrekking tot de wijze waarop de verdeling moet worden gelast. De Hoge Raad heeft de beschikking van het hof slechts op één punt gecasseerd zijnde de problematiek inzake pensioen in eigen beheer. Uit doelmatigheidsoverwegingen zal het hof eveneens de bestreden beschikking van de rechtbank Haarlem van 31 mei 2011 vernietigen en het hof zal de wijze van verdeling van de voormalige huwelijksgoederen gemeenschap als volgt gelasten:

- Ten aanzien van de voormalige echtelijke woning dient te worden uitgegaan van een flexibele hypotheekschuld van € 180.000,-. Aan partijen komt vervolgens na aflossing van de hypothecaire leningen de helft van de overwaarde na verkoop van de woning aan een derde toe. De kosten van de overdracht dienen bij helfte door partijen te worden gedragen.
- Partijen zijn het erover eens dat het saldo van de spaarloonrekening van de man met nummer [nummer 1] bij helfte dient te worden verdeeld. De man dient de helft van het saldo ad € 2.452,-, derhalve een bedrag van € 1.226,-, aan de vrouw te vergoeden. Ter zitting in hoger beroep van 21 maart 2012 heeft de man verklaard dat deze kwestie inmiddels door verrekening is opgelost.
- De Ford Ka wordt aan de man toegeedeeld tegen een waarde van € 1.500,-. De man voldoet aan de vrouw een bedrag van € 750,-.
- De kapitaalverzekering bij (voorheen Fortis) Allianz met nummer [nummer 2] blijft buiten de verdeling.
- De nalatenschap van de moeder van de man valt buiten de verdeling.
- De door de vrouw op 31 december 2008 in een lijfrenteovereenkomst ondergebrachte uittredingsvergoeding valt buiten de gemeenschap en wordt niet in de verdeling betrokken.
- De waarde van de aandelen in [X] BV per 16 juni 2010 bedraagt € 80.410,-. Daarin is de deelneming in [X] Belastingadviseurs BV verdisconteerd. De vrouw vergoedt aan de man de helft van dit bedrag zijnde € 40.205,-

- Op de hiervoor gestelde waarde van de aandelen in [X] BV vindt geen correctie plaats in verband met de voorziening betreffende verhuiskosten van de vrouw; op deze waarde vindt evenmin correctie plaats als gevolg van de verkoopopbrengst van € 61.000,- ter zake van [Y] BV.
- Bij de verrekening over en weer dient met een rekening-courantschuld van € 38.831,27 rekening te worden gehouden.
- Het door de vrouw in eerste aanleg verzochte – en door de rechtbank toegewezen – bedrag ter zake van de schuld [naam 5] ad € 2.437,87 is reeds betrokken in de hoogte van de flexibele hypotheek, die in de verdeling is betrokken, zodat dit bedrag niet nogmaals verrekend kan worden.
- Ter zake van de belastingaanslagen 2008 t/m 2010 is de man geen vergoeding aan de vrouw verschuldigd.
- Het verzoek tot vergoeding door de man aan de vrouw van in de toekomst te verwachten definitief vastgestelde belastingaanslagen inkomstenbelasting over 2008 tot en met 2010 komt niet voor toewijzing in aanmerking.
- De man vergoedt de vrouw een bedrag € 5.500,- ter zake van de aankoop van inboedelgoederen.
- De man vergoedt aan de vrouw een bedrag van € 373,54.
- Niet verschuldigd door de man zijn de door de rechtbank toegewezen correctieposten van € 632,- aan heffingsrente en € 2.452,- met betrekking tot spaarloon.
- De man vergoedt aan de vrouw een bedrag van € 6.057,79 zijnde de helft van een post kortlopende schulden, die in de verdeling moet worden betrokken.
- Bij de verrekening over en weer dient rekening te worden gehouden met een door de vrouw aan de man te betalen bedrag van € 51,98 aan makelaarskosten.

8.2. Het hof Amsterdam heeft in zijn beschikking van 4 september 2012 overwogen dat volgens vaste jurisprudentie wettelijke rente in het kader van een verdeling eerst verschuldigd is indien de verdeling is vastgesteld. Nu dit hof de wijze van verdeling gelast zal het hof bepalen dat, voor zover een eventuele verrekening als gevolg van de hiervoor beschreven verdeling per saldo ertoe leidt dat aan de kant van de man dan wel aan de vrouw sprake is van een onverschuldigde betaling, over het bedrag van de onverschuldigde betaling wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van de datum van deze beschikking.

8.3. De rechtbank Haarlem heeft in haar beschikking van 31 mei 2011 in rechtsoverweging 2.32. overwogen: “Aangezien een specifiek verzoek dienaangaande ontbreekt en pensioenrechten ingevolge art. 1:94 BW in beginsel niet in de gemeenschap vallen behoeft hierover geen beslissing te worden gegeven.” Het oordeel van de rechtbank dat de onderhavige pensioenrechten niet in de voormalige gemeenschap vallen is juist. Op basis van de Wet verevening pensioenrechten geldt dat pensioen in eigen beheer van de directeur groot aandeelhouder in de verevening moet worden betrokken.

8.4. Dit leidt tot de volgende beslissing.

9 De beslissing

Het hof:

In principaal en in incidenteel hoger beroep:

verklaart de vrouw niet-ontvankelijk in haar verzoek met betrekking tot [naam 6];

vernietigt de beschikking waarvan beroep, en opnieuw rechtdoende:

gelast de verdeling van de tussen partijen bestaande huwelijksgoederengemeenschap op de wijze als onder 8.2 van deze beschikking is overwogen;

voor zover een eventuele verrekening als gevolg van de onder 8.2 beschreven verdeling per saldo ertoe leidt dat aan de kant van de man dan wel aan de vrouw sprake is van onverschuldigde betaling, zal het bedrag van de onverschuldigde betaling vermeerderd worden met wettelijke rente vanaf heden tot de dag der algehele voldoening;

wijst de vordering van de man zoals opgenomen onder rechtsoverweging 5.1 inzake af te storten pensioenrechten af;

compenseert de kosten van het geding in hoger beroep instanties in die zin, dat elke partij de eigen kosten draagt;

bepaalt dat de kosten van de deskundige voor rekening komen van partijen ieder voor de helft;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders verzochte.

Noot

1. Deze zaak betreft het verwijzingsarrest na het belangrijke onderdekkingsarrest van de Hoge Raad (HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693, *PJ* 2017/87 met aantekening van mijn hand). Bij mijn aantekening bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 december 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:4006, *PJ* 2021/28 (deze uitspraak komt hierna nog aan de orde) gaf ik aan dat die zaak meer dan 7 jaar had geslept. Deze zaak sleepte nog langer. Uit de beschikking van de Hoge Raad uit 2017 blijkt dat de eerste beschikking werd afgegeven door de Rechtbank Haarlem op 30 maart 2010. Die beschikking vind ik niet op rechtspraak.nl, maar waarschijnlijk dateert het inleidende verzoekschrift uit 2019. De zaak heeft dan 12 jaar geslept, zij het dat de man wiens verzoek om externe uitvoering van zijn rechten op het pensioen van de vrouw dat zij als DGA in eigen beheer opbouwde in haar B.V. volledig werd afgewezen nog cassatie zou kunnen instellen tegen de beschikking van het hof. Omdat de beschikking van het hof beperkt is tot het feitelijke oordeel of en in hoeverre de B.V. tot externe uitvoering van de pensioenrechten van de man in staat was, is cassatie slechts mogelijk indien het hof het recht (art. 6:2 BW, de kapstok voor het recht op externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van een DGA, inmiddels fijnmazig ingevuld in de rechtspraak) heeft geschonden of sprake is van een motiveringsgebrek. In deze annotatie zal ik de kern van de beschikking van het hof, voor zover van belang voor de rechtspraak, samenvatten en becommentariëren, de stand van de rechtspraak rond externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van een DGA samenvatten om vervolgens na te gaan of de beschikking van het hof in mijn visie in een eventuele cassatie stand zou moeten houden. In verband met dat laatste merk ik op dat de sluitingsdatum voor de kopij van deze aantekening binnen de cassatietermijn lag.

2. De kern van het oordeel van het hof is te vinden in overweging 6.16, die ik als volgt poog samen te vatten:

- Het hof ging voor de beoordeling van de liquiditeitspositie van de B.V. en daarmee de mogelijkheid voor externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA uit van de balans van de B.V. per een door partijen overeengekomen datum, te weten: 16 juni 2010.
Commentaar: indien het hof had moeten vaststellen van welke balans had moeten worden uitgegaan op grond van de onder vigeur van art. 6:2 BW gewezen rechtspraak, zou dat de balans per de feitelijke datum waarop de externe uitvoering zou worden gerealiseerd zijn geweest. Zie overweging 3.2 van het peildatumarrest. Het lijkt erop dat de DGA door akkoord te gaan met de keuze voor de blijkens overweging 6.15 van de beschikking van het hof kennelijk betere balanspositie per 16 juni 2010 een geschil over de oorzaak het afnemen van het vermogen van de B.V. wenste te voorkomen. Mogelijk vreesde de DGA dat de ex-partner zou stellen dat sprake was van onbehoorlijk bestuur van de B.V. en zou stellen dat de DGA in het licht van Rechtbank Rotterdam 15 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2456, *PJ* 2017/90 met aantekening van mijn hand bij *PJ* 2017/87 een bijstortingsverplichting uit privé vermogen had. De bekende feiten geven mij overigens geen aanleiding te veronderstellen dat sprake was van onbehoorlijk bestuur van de B.V.
- Het hof herrekende de commerciële waarde van de pensioenvoorziening per de gekozen datum om naar de (veel hogere) waarde eind 2020 zoals die uit de gedingstukken herleidbaar was. De berekeningsdatum daarvan lag veel dichter bij de toekomstige werkelijke datum waarop externe uitvoering feitelijk zou worden gerealiseerd, indien de DGA daartoe door het hof zou worden verplicht. Het gevolg van de omrekening was dat het eigen vermogen van de B.V. substantieel negatief werd.
Commentaar: het hof volgde hier overweging 3.2 van het peildatumarrest.
- Het hof hield rekening met een “continuïteitsreserve” van € 200.000 die voor de DGA benodigd zou zijn om zich als belastingadviseur te kunnen inkopen bij een voor de DGA relevant samenwerkingsverband.
Commentaar: het oordeel van het hof op dit punt ligt in lijn met overweging 3.3 van het peildatumarrest. Vgl. ook HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658, *PJ* 2007/42 met aantekening E. Lutjens, inhoudend dat geen verplichting tot externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA bestaat indien de continuïteit van de B.V. daardoor in gevaar zou komen.
- Het hof woog vervolgens alle omstandigheden van het geval.
Commentaar: het hof volgde daarmee overweging 3.3 van het peildatumarrest; vgl. ook op dit punt de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad uit 2007.
- Het hof oordeelde uiteindelijk dat in het geheel geen recht bestond op externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA. Daarbij nam het hof de navolgende feiten en omstandigheden in aanmerking.

3. **De post-relatieve redelijkheid en billijkheid:** de eisen van post-relatieve redelijkheid en billijkheid. Vgl. in verband daarmee met name Gerechtshof Den Haag 18 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2744, *PJ* 2014/136. Die eisen vloeien m.i. overigens niet uitsluitend uit art. 6:2 BW voort, maar eveneens uit art. 1:81 BW waaruit een “post relationele zorgplicht” kan volgen. Daarvan kan de alimentatieplicht (art. 1:156, lid 1 BW) als concreet wettelijk voorbeeld worden beschouwd. Ik merk op dat het hof kennelijk bedoelde dat de post-relatieve redelijkheid en billijkheid impliceerde dat de ex-partner van de DGA geen recht op externe uitvoering van zijn pensioenrechten zou hebben gezien de nader te duiden omstandigheden, zodat met de overweging omtrent de post-relatieve redelijkheid en billijkheid slechts de rechtsgrond voor de verdere beoordeling werd gegeven.
4. **Traag procederen:** het traag procederen door de ex-partner van de DGA. Ik merk op dat het traag procederen in het licht van het peildatumarrest in het nadeel van de ex-partner van de DGA zou hebben uitgekapt indien niet van een gekozen peildatum voor de beoordeling van de liquiditeitspositie van de B.V. zou zijn uitgegaan. Dit omdat de liquiditeitspositie van de B.V. kennelijk sterk was afgenomen sedert de gekozen balansdatum voor het beoordelen van die liquiditeitspositie en volgens het peildatumarrest van de werkelijke datum waarop externe uitvoering wordt gerealiseerd voor het beoordelen van de liquiditeitspositie van de B.V. Zie overweging 3.2 van het peildatumarrest. Het gevolg van het oordeel van het hof was dat het afnemen van de liquiditeitspositie van de B.V. ondanks de gekozen balansdatum voor het beoordelen daarvan toch doorwerkte in het eindoordeel. Daarin zou mogelijk een motiveringsgebrek kunnen worden gezien in het licht van de keuze die partijen nu eenmaal maakten voor de balansdatum voor beoordeling van de liquiditeitspositie van de B.V.
5. **Eigen pensioen van de ex-partner:** het feit dat de ex-partner van de DGA over pensioenaanspraken blijft beschikken waarop de DGA slechts gedeeltelijk aanspraak kon maken. Dit kennelijke feit werd door het hof ontleend aan een arrest van het hof in een kennelijk andere tussen partijen gevoerde procedure. Hoewel het een omstandigheid betreft die los staat van de financiële positie van de B.V., zou deze overweging kunnen worden gedragen door de post-relatieve redelijkheid en billijkheid, maar ik kan uit de hier geannoteerde beschikking niet afleiden of het hof met deze overweging buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door de feiten aan te vullen met bij het hof bekende feiten, waarop door partijen in deze procedure geen beroep werd gedaan. Zie art. 24 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waaruit volgt dat de rechter gestelde feiten niet (uit eigen wetenschap) mag aanvullen.
6. **Onzekerheid resultaat B.V. en verdiencapaciteit DGA:** de onzekerheid van de toekomstige resultaten van de B.V. en de verdiencapaciteit van de DGA. Aan deze overweging ligt impliciet ten grondslag dat bij de beoordeling van de liquiditeitspositie van de B.V. met posterieure feiten en omstandigheden rekening mag worden gehouden. In deze zaak gaat het om het sedert en ten opzichte van de gekozen balansdatum posterieure feit dat de liquiditeitspositie van de B.V. was afgenomen. Verder volgt impliciet uit dit oordeel dat bovendien met latere, nog niet bekende, mogelijke feitelijke omstandigheden rekening zou mogen worden gehouden. Dit lijkt mij bezien vanuit de post-relatieve redelijkheid en billijkheid en vanuit de gedachte dat de continuïteit van de B.V. moet blijven gewaarborgd reëel, omdat externe uitvoering niet kan worden teruggedraaid als de resultaten van de B.V. na het realiseren daarvan tegenvallen.
7. **Aandelenwaardering in het kader van verdeling:** het door de ex-partner van de DGA uit hoofde van de verdeling ontvangen bedrag voor toedeling van de aandelen van de B.V. aan de DGA was vastgesteld op basis van een lagere waarde van het pensioen in eigen beheer uit het verleden dan de waarde op het moment waarop externe uitvoering zou moeten worden gerealiseerd indien de B.V. daartoe verplicht zou zijn. Het hof bedoelde kennelijk dat indien voor de aandelenwaardering in het kader van verdeling van een lagere waarde van het pensioen in eigen beheer van de DGA wordt uitgegaan dan voor de externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van de DGA, de ex-partner hetzij in het kader van de verdeling, hetzij in het kader van de externe uitvoering van de rechten op het pensioen van de DGA, “teveel” ontvangt. Vgl. in verband met dergelijke discrepantie Rechtbank Overijssel 14 februari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:604, *PJ* 2018/60 met aantekening van mijn hand. Ik neem aan dat het hof tot deze overweging kwam in het kader van de postrelatieve solidariteit die aan de bedoelde discrepantie in de weg zou staan, waarbij ik opmerk dat het hof ook op basis van het onaanvaardbaarheidsleerstuk tot dat oordeel zou hebben kunnen komen.
8. Van belang is dat de lezer zich realiseert dat het oordeel dat de B.V. niet tot externe uitvoering van de rechten van de ex-partner op het pensioen van de DGA behoefde over te gaan, niet betekent dat de rechten van de ex-partner verloren gaan. Indien tijdig het wettelijk mededelingsformulier als bedoeld in art. 2, lid 2 WVPS aan de B.V. is gezonden, dient de B.V. de helft van het ouderdomspensioen voor zover tijdens huwelijk opgebouwd aan de ex-partner uit te keren. Indien geen formulier werd ingezonden, dient de DGA betaling van de betreffende bedragen te zijner tijd persoonlijk aan de ex-partner

te verrichten. Het bijzonder partnerpensioen dient na het overlijden van de DGA aan de ex-partner te worden uitgekeerd, indien en zolang deze nog leeft. Zie voor de samenhang tussen de initiële rechten op pensioenverevening en bijzonder partnerpensioen en externe uitvoering van die rechten mijn artikel “*De peildatum bij externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van een DGA*”, EB Tijdschrift voor scheidingsrecht, 2020/40.

9. Nieuw aan de uitspraak van het hof is met name dat expliciet met een continuïteitsreserve rekening gehouden is bij de beoordeling van de liquiditeitspositie van de B.V.

10. Wat is nu de stand van de rechtspraak voor het beoordelen van situaties waarin externe uitvoering van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens art. 2, lid 2 Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (de WVPS) en/of het bijzonder partnerpensioen (art. 3a WVPS) wordt gevorderd? Ik vat het als volgt samen.

11. Voor de beoordeling van de solvabiliteit van de B.V. (die bepalend is voor het antwoord op de vraag welk bedrag voor externe uitvoering van de rechten van de ex-partner van een DGA beschikbaar moet worden gesteld) gelden de volgende uitgangspunten:

- Uit HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289 volgt dat de B.V. de pensioenrechten van de vrouw extern moet onderbrengen;
- Uit HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658 volgt dat de man dient te bewerkstelligen dat de B.V. daartoe overgaat;
- Uit HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693 volgt dat de man en de vrouw in gelijke mate dienen te delen in onderdekking binnen de B.V., waarbij de onderdekking wordt vastgesteld aan de hand van de commerciële waarde van de pensioenrechten van de man en de som van de fiscale pensioenvoorziening en het ongebonden eigen vermogen van de B.V.;
- Uit HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:276 volgt dat voor de berekening van de pensioenaanspraken van de man en de vrouw moet worden uitgegaan van de datum van het eindigen van het huwelijk en voor de berekening van het voor onderbrenging van de rechten van de vrouw beschikbaar te stellen bedrag van de datum waarop onderbrenging feitelijk wordt gerealiseerd;
- Uit Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 december 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:4006 volgt dat bij het vaststellen van het voor externe onderbrenging van de rechten van de vrouw beschikbaar te stellen bedrag rekening moet worden gehouden met de kosten die de verzekeraar voor onderbrenging in rekening brengt.

12. Voor de beoordeling van de liquiditeitspositie van de B.V. (die bepalend is voor beantwoording van de vraag of en in hoeverre de B.V. het bedrag dat voor externe uitvoering beschikbaar zou moeten stellen ook daadwerkelijk beschikbaar moet stellen) gelden de volgende uitgangspunten:

- Uit HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658 volgt dat de B.V. de voor onderbrenging van de rechten van de vrouw slechts dient onder te brengen voor zover de B.V. daarvoor liquide middelen heeft, kan vrijmaken of van derden kan betrekken, mits de continuïteit van de B.V. niet in gevaar komt;
- Uit Gerechtshof Den Haag 27 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:179 volgt dat de mogelijkheid tot onderbrenging moet worden beoordeeld naar het moment van daadwerkelijke onderbrenging;
- Uit de hier geannoteerde zaak volgt dat onder omstandigheden met een continuïteitsreserve rekening mag worden gehouden, dat traag procederen door de ex-partner van een DGA kan meebrengen dat de verslechterde positie van de B.V. aan de ex-partner wordt toegerekend, dat een rol kan spelen dat pensioenen van de ex-partner niet of niet volledig worden verdeeld, dat de verwachte toekomstige resultaten van de B.V. en de verwachte toekomstige verdiencapaciteit van de DGA een rol kunnen spelen en dat op de samenhang met de aandelenwaardering moet worden gelet.

13. Ik vul dat laatste aan met de opmerking dat, indien de DGA alimentatieplichtig is, ook op de samenhang met de alimentatie moet worden gelet (zie mijn artikelen “DGA, pensioen in eigen beheer, ‘verboden’ alimentatie en de rekening-courant” in *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2018/5 en 14).

14. De DGA is op grond van Rechtbank Rotterdam 15 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2456, *PJ* 2017/90 met aantekening van mijn hand bij *PJ* 2017/87 slechts tot bijstorting verplicht in geval van onbehoorlijk bestuur van de B.V. (“ernstig verwijtbaar persoonlijk handelen”).

15. Vanuit procesrechtelijk perspectief is nog van belang dat geen wettelijke termijn geldt waarbinnen een zaak na het doen van uitspraak door de Hoge Raad waarin wordt verwezen naar een gerechtshof voor afdoening van de zaak met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad moet worden voortgezet (zie art. 424 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Indien op de voet van art. 251

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verval van instantie wordt verzocht (dat wil zeggen dat wordt gevorderd dat de zaak niet meer wordt voortgezet omdat de partij die de zaak zou moeten voortzetten na de verwijzing door de Hoge Raad dat nalaat), kan de zaak alsnog aanhangig worden gemaakt. Zie overweging 2 van de hier geannoteerde uitspraak. Verder is van belang dat het verwijzingshof de zaak behandelt op basis van het procesdossier zoals dat tot stand kwam tot en met de procedure gevoerd bij de Hoge Raad. Nieuwe omstandigheden mogen slechts worden meegewogen indien het vasthouden aan een eerdere, door die nieuwe omstandigheden onjuist gebleken, beslissing tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Nieuwe stukken mogen slechts een rol spelen indien deze betrekking hebben op voor de cassatie bij de Hoge Raad ingenomen standpunten. De ontwikkeling van de financiële positie van de B.V. sedert de beschikking van het Hof Amsterdam van 7 juli 2015 beschouwde het hof als precisering van die situatie. Dat lijkt op, misschien zelfs wel over, het randje waardoor ook op dit punt cassatie mogelijk een kans heeft (het punt hangt samen met het beroep op posterieure feiten waarop ik hiervoor al inging). Zie overweging 3.

16. Ik sluit af: de uitspraak van het hof geeft een nadere invulling van de omstandigheden die een rol kunnen spelen bij het beoordelen van de liquiditeitspositie van een B.V. die in beginsel tot externe uitvoering van de rechten van de ex-partner van de DGA op het pensioen van de DGA verplicht is. Ik zie eventueel mogelijkheden voor cassatie op de punten van het traag procederen gezien de door partijen gekozen balansdatum, de rol van de eigen pensioenen van de ex-partner indien het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou zijn getreden en de rol van posterieure feiten. Een disclaimer is hier op zijn plaats: hierin kan de lezer geen cassatieadvies lezen daar ik geen cassatieadvocaat ben en niet kennis heb genomen van het volledige procesdossier.

mr. W.P.M. Thijssen

PJ 2021/59

HOF 'S-HERTOGENBOSCH

9 februari 2021, nr. 200.249.268/01

(Mrs. M. van Ham, G.J. Vossestein, A.W. Rutten)

Art. 2 lid 1 Wvps

ECLI:NL:GHSHE:2021:354

Vraagstuk omtrent afstorting. Bewijs van vereiste koopsom geleverd op basis van aantal offertes die niet deugdelijk zijn weersproken.

In dit geding staan diverse vragen over afstorting van pensioen centraal. De hoogte van het af te storten bedrag acht het hof aangetoond met vier offertes, die niet weersproken zijn met een daarvan afwijkende offerte voor een lager bedrag. Ook is niet met jaarstukken en/of andere documenten onderbouwd dat en waarom de B.V. niet in staat zou zijn tot afstorting.

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.249.268/01

arrest van 9 februari 2021

in de zaak van

[de vennootschap 1],

gevestigd te [vestigingsplaats],

appellante in principaal hoger beroep,

geïntimeerde in incidenteel hoger beroep,

hierna aan te duiden als [appellante],

advocaat: mr. A.D.J. van Ruyven te De Bilt,

tegen

[geïntimeerde],

wonende te [woonplaats],

geïntimeerde in principaal hoger beroep,