

PJ 2024/29

Schending zorgplicht strekkend tot externe onderbrenging pensioenrechten ex-partner door DGA.

HR 22-12-2023, ECLI:NL:HR:2023:1802

Instantie	Hoge Raad
Datum	22 december 2023
Magistraten	Mrs. M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff
Zaaknummer	23/00233
Noot	Red. Aant.
JCDI	JCDI:ADS945562:1
Vakgebied(en)	Civiel recht algemeen (V)
Brondocumenten	ECLI:NL:HR:2023:1802, Uitspraak, Hoge Raad, 22-12-2023 ECLI:NL:PHR:2023:1061, Conclusie, Hoge Raad (Parket), 24-11-2023
Wetingang	Art. 6:2, 6:162, 6:248 BW; art. 2 lid 1, 3a Wvps

Essentie

Schending zorgplicht strekkend tot externe onderbrenging pensioenrechten ex-partner door DGA.

Samenvatting

Veroordeling tot betaling door DGA van schadevergoeding aan zijn ex-partner als compensatie voor het doen verdampen van de rechten van de ex-partner op het pensioen door de DGA in eigen beheer opgebouwd binnen zijn praktijk-B.V. (tandartspraktijk).

Partij(en)

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 23/00233

Datum 22 december 2023

ARREST

In de zaak van

[eiser],

wonende in Italië,
EISER tot cassatie,
hierna: [eiser],
advocaat: J.P. Heering,
tegen
[verweester],
wonende te [woonplaats],
VERWEESTER in cassatie,
hierna: [verweester],
advocaat: C.G.A. van Stratum.

Voorgaande uitspraak

Beschikking Hof Arnhem-Leeuwarden, van 25 oktober 2022:

1. Het verdere verloop van de procedure in hoger beroep

1.1

Naar aanleiding van het arrest van 26 april 2022 heeft op 22 september 2022 een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Daarvan is een verslag gemaakt dat aan het dossier is toegevoegd (proces-verbaal). Voorafgaand aan de zitting heeft [appellante] een brief van 9 september 2022 met een productie ingediend en heeft [geïntimeerde] een brief van gelijke datum met aanvullende producties ingediend.

1.2

Partijen hebben het hof gevraagd om arrest te wijzen.

2. De kern van de zaak

2.1

Partijen zijn (buiten gemeenschap van goederen) gehuwd geweest. De echtscheidingsbeschikking is op 28 oktober 2004 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. [geïntimeerde] is DGA van [geïntimeerde] Tandarts B.V. (de BV). Daarin is een pensioen in eigen beheer opgebouwd. Bij beschikking van 27 oktober 2009 (de beschikking) heeft het gerechtshof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, bepaald dat [geïntimeerde] na verkoop en levering van de echtelijke woning [adres] in [plaats1] (de woning) onverwijld moet zorgen voor afstorting van in de beschikking omschreven pensioenaanspraken van [appellante] bij een verzekeraar. [appellante] heeft tot 2018 pensioenuitkeringen ontvangen van de BV, daarna niet meer omdat de BV die niet meer kon betalen.

2.2

[appellante] maakt in deze procedure aanspraak op vergoeding van de schade die zij lijdt doordat haar pensioenaanspraken niet zijn afgestort conform de beschikking. Zij heeft bij de rechtbank gevorderd dat [geïntimeerde] wordt veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van € 283.972,-. De rechtbank heeft haar vorderingen afgewezen. [appellante] is het daar niet mee eens.

3. Het oordeel van het hof

De beslissing

3.1

Het hof zal de vordering tot betaling van de schadevergoeding toewijzen. Het hof legt deze beslissing hierna uit.

De gang van zaken ten aanzien van het pensioen

3.2

In de echtscheidingsprocedure hebben partijen op de zitting bij de rechtbank een afspraak gemaakt over de afstorting van de pensioenaanspraken van [appellante]. Die afspraak is vastgelegd in een beschikking van de rechtbank Utrecht van 18 juni 2008 en luidt (verkort weergegeven):

- de hoogte van de pensioenaanspraak leidt tot afstorting van een koopsom van € 186.375,-
- [geïntimeerde] verplicht zich ervoor te zorgen dat de BV dit bedrag afstort, onverwijld na de verkoop van de woning, waarvoor hij op dat moment een bod had ontvangen dat hij zou accepteren
- [geïntimeerde] zorgt ervoor dat de BV het bedrag stort bij een pensioenverzekeraar.

De rechtbank heeft conform deze afspraak beslist. [appellante] is van deze beschikking van de rechtbank in hoger beroep gegaan. In die procedure bij het gerechtshof Amsterdam hebben partijen ieder een eigen uitleg aan de afspraak gegeven. De woning was toen niet verkocht, omdat de koper voorbehouden had gemaakt. Het hof heeft de afspraken zo uitgelegd dat [appellante] niet akkoord is gegaan met een vast bedrag van € 186.375,-, maar met het bedrag dat nodig is voor de verzekering van de voor haar berekende pensioenaanspraken en dat de omvang daarvan tussen partijen vaststaat. Het hof heeft de beschikking van de rechtbank vernietigd en ten aanzien van de pensioenaanspraak van [appellante] het volgende beslist: "bepaalt dat de man na verkoop en levering van de woning aan de [adres] te [plaats1] onverwijld moet zorgen voor afstorting bij een als solide bekend staande verzekeraar in Nederland te zijner keuze van het bedrag dat nodig is voor de verzekering van de volgende pensioenaanspraken van de vrouw:

- een voorwaardelijk ouderdomspensioen van € 10.164,- bruto per jaar met 3% jaarlijkse stijging uit te keren vanaf 1 augustus 2010 zolang de man in leven is;
- een voorwaardelijk ouderdomspensioen van € 5.111, bruto per jaar met 3% jaarlijkse stijging uit te keren vanaf 1 augustus 2010 tot uiterlijk 1 augustus 2015 zolang de man inleven is;
- een bijzonder nabestaandenpensioen van € 14.229,- bruto per jaar met 3% jaarlijkse stijging uit te keren vanaf het overlijden van de man zolang de vrouw nog in leven is"

De standpunten van partijen

3.3

[appellante] stelt dat [geïntimeerde] onrechtmatig heeft gehandeld, zowel voor zich als in zijn hoedanigheid van bestuurder van de BV. Zij verwijt [geïntimeerde] dat hij niet datgene heeft gedaan wat noodzakelijk was om afstorting van haar pensioenrechten bij een externe pensioenverzekeraar mogelijk te maken. Op hem rustte een zware zorgplicht om ervoor te zorgen dat zijn BV in staat zou zijn om het aandeel van [appellante] van de opgebouwde pensioenvoorziening te voldoen zoals afgesproken. Hij had ervoor moeten zorgen dat er tegenover de pensioenvoorziening op de balans middelen in de onderneming waren om het pensioen uit te

keren. Hij heeft dat ten onrechte niet gedaan door een grote rekening-courantschuld te laten ontstaan en (ook na het einde van het huwelijk) te laten oplopen. Hij heeft volgens [appellante] excessieve bedragen voor privé-uitgaven aan de BV onttrokken. Door dit handelen, dat [geïntimeerde] kan worden toegerekend, heeft [appellante] schade geleden.

3.4

[geïntimeerde] stelt dat de BV op de datum van het einde van het huwelijk, 28 oktober 2004, technisch failliet was. De BV was niet in staat om de pensioenaanspraken van beide partijen te financieren. [appellante] had toen dus alleen een pensioenaanspraak op papier en zij had recht op 0. [geïntimeerde] dacht in 2008 bij het maken van de afspraak over de pensioenafstorting bij de rechtbank dat de woning verkocht was voor een bedrag van € 1,5 miljoen en dat hij de afstorting uit de overwinst kon financieren. Dat is anders gelopen. De koopovereenkomst die hij toen had gesloten is ontbonden doordat de koper een beroep deed op (ontbindende) voorwaarden. Door de kredietcrisis is het huis pas verkocht in 2018 voor € 1 miljoen. Bovendien was het [geïntimeerde] bij het maken van de afspraak niet bekend dat hij op grond van de beschikking de volledige rekening-courantschuld aan de BV en de kosten aan de woning voor zijn rekening moest nemen. Hij heeft [appellante] daarnaast de helft van de overwaarde van de woning moeten betalen, terwijl de woning aan hem toebehoorde. Het bedrag dat zij uitgekeerd heeft gekregen is gebaseerd op het bod van € 1,5 miljoen en dus hoger dan de werkelijke overwaarde. [geïntimeerde] is door de echtscheiding financieel in een benarde positie geraakt en heeft tot de leeftijd van 66 jaar moeten doorwerken als tandarts om zoveel mogelijk aan zijn verplichtingen te kunnen voldoen. [geïntimeerde] heeft dus ruimschoots voldaan aan wat van hem moreel en juridisch verwacht mocht worden.

[geïntimeerde] heeft een afstortingsverplichting

3.5

Het hof stelt vast dat de beschikking (van het gerechtshof Amsterdam van 27 oktober 2009) tussen partijen gezag van gewijsde heeft. [geïntimeerde] is daaraan dus gebonden. Hij heeft de verplichting tot afstorting van het pensioen conform de beschikking. Die verplichting werd volgens de beschikking opeisbaar na verkoop van de woning. In de beschikking is geen voorbehoud gemaakt ten aanzien van de hoogte van de verkoopopbrengst van de woning. Dat voorbehoud hadden partijen bij het maken van de afspraak bij de rechtbank overigens ook niet gemaakt. Verder is in de beschikking niet te lezen dat [geïntimeerde] slechts gehouden zou zijn om de opbrengst van de woning te gebruiken voor de financiering van de afstortingsverplichting en dat hij daarvoor geen privé- of andere middelen zou hoeven aan te wenden, zoals hij stelt. De afstortingsverplichting vloeit voort uit de onherroepelijk geworden beschikking. Het hof heeft de bij de rechtbank gemaakte afspraak uitgelegd en die uitleg staat daarmee ook vast tussen partijen. De door [geïntimeerde] gestelde omstandigheden dat die afspraak onverplicht was, omdat [appellante] op de peildatum 28 oktober 2004 alleen een papieren pensioenaanspraak had en dat hij toen nog niet wist dat de rekening-courantschuld en de kosten aan de woning voor zijn rekening zouden blijven, zijn dus niet relevant. Overigens verbindt [geïntimeerde] aan deze omstandigheden ook geen (juridische) consequenties.

3.6

[geïntimeerde] is op grond van de beschikking gehouden om datgene te doen wat in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs van hem gevraagd kan worden om aan zijn afstortingsverplichting te voldoen. Deze verplichting rustte zowel op hem ten aanzien van de middelen die hij in privé tot zijn beschikking had als ten aanzien van de middelen die hij als bestuurder aan zijn BV onttrok. Indien en voor zover die onttrekkingen een excessief karakter hadden, heeft hij tegenover [appellante] niet de zorgvuldigheid in acht genomen die van hem verwacht mocht worden.

[geïntimeerde] heeft onrechtmatig gehandeld

3.7

[appellante] voert aan dat [geïntimeerde] excessieve bedragen in privé heeft opgenomen vanuit zijn BV, waardoor hij willens en wetens de rekening-courantschuld zo hoog heeft laten oplopen dat er tegenover de pensioenvoorziening onvoldoende liquide middelen stonden. Zij schetst het verloop van de rekening courantschuld vanaf 31 december 2002 ter hoogte van € 301.632,- tot 31 december 2017 ter hoogte van € 1.306.549,-. Zij stelt dat [geïntimeerde] in de periode gelegen tussen de start van de echtscheidingsprocedure en het einde van de hoger beroepszaak een bedrag van € 767.532,- extra heeft opgenomen terwijl daarvoor geen

enkele noodzaak bestond. Hij had een goed lopende tandartspraktijk waar hij ruim van kon leven. [appellante] onderbouwt haar stellingen door erop te wijzen dat [geïntimeerde] ten tijde van de echtscheiding (tegenover de toenmalige rekening-courantschuld) een substantieel privévermogen had en dat hij ook na de echtscheiding diverse vermogensbestanddelen had. Zij noemt onder meer een vakantiehuis, verschillende waardevolle antieke Porsches (auto's en tractoren), polissen bij Nationale Nederlanden die ten gunste van [geïntimeerde] tot uitkering zijn gekomen ter hoogte van ruim 4 ton, een goodwill-vergoeding van € 140.000,- bij verkoop van de praktijk en de aandelen en een deelneming van zijn BV.

3.8

[geïntimeerde] heeft deze stellingen onvoldoende weersproken. Hij stelt zich op het standpunt dat partijen bij het maken van de afspraak over het pensioen zijn uitgegaan van de jaarstukken van de BV van 2004 en dat hetgeen na die tijd is gebeurd aan vermogensmutaties in de BV dan wel privé niet van invloed is op de vraag of hij onrechtmatig heeft gehandeld doordat hij niet aan de afstortingsverplichting heeft voldaan. Dat standpunt is onjuist. De afstortingsverplichting vloeit voort uit de onherroepelijk geworden beschikking van het hof Amsterdam en voor de vraag of [geïntimeerde] onrechtmatig heeft gehandeld geldt de norm zoals hiervoor weergegeven (3.6). De op hem rustende verplichting brengt mee dat hij ervoor moest zorgen dat er in de BV tegenover de reservering voor het pensioen voldoende liquide middelen zouden zijn, zodat hij aan zijn afstortingsverplichting kon voldoen, Daarnaast moest hij ervoor zorgen dat de middelen die hij - al dan niet via onttrekkingen uit zijn BV - ter beschikking kreeg, zouden worden aangewend om te voldoen aan deze afstortingsverplichting. Er moet daarbij worden gekeken naar zijn handelen of nalaten over de gehele periode vanaf het einde van het huwelijk. [geïntimeerde] beroept zich nog op het arrest van de HR van 14 februari 2020^[1] en wil dat het hof ermee rekening houdt dat ook hij pensioenaanspraken heeft en dat sprake is van onderdekking. Dat beroep gaat niet op, omdat in dit geval de afstortingsverplichting voortvloeit uit de beschikking en het niet meer gaat om de vaststelling van de omvang van die verplichting, zoals in dat arrest van de Hoge Raad het geval was.

3.9

[geïntimeerde] betwist niet dat de rekening-courantschuld is opgelopen en dat hij grote bedragen aan de BV heeft onttrokken. [appellante] heeft uiteengezet over welke vermogensbestanddelen [geïntimeerde] na het einde van het huwelijk beschikte en zij heeft gesteld dat het mogelijk was om (de opbrengst van) die bestanddelen aan te wenden om te voldoen aan de afstortingsverplichting, omdat [geïntimeerde] beschikte over (inkomen uit) een goedlopende tandartspraktijk. Dat hij winst in de BV maakte ná uitkering van zijn salaris blijkt ook uit de overgelegde stukken: in 2015 bedroeg die winst bijvoorbeeld € 73.377 en in 2016 € 79.681. [geïntimeerde] legt hier tegenover niet uit waarom hij naast zijn salaris, dat bijvoorbeeld in 2015 € 82.810 bruto bedroeg, aanzienlijke bedragen in rekening-courantschuld heeft opgenomen en waarom hij die bedragen niet heeft aangewend om te voldoen aan de afstortingsverplichting. Dat had wel op zijn weg gelegen, zeker omdat hij beschikt over alle voor de betwisting van de stellingen van [appellante] benodigde gegevens. Hij refereert slechts aan de tegenvallende opbrengst van de woning en de uitbetaling die hij ter afwikkeling van het huwelijk aan [appellante] heeft moeten voldoen. Ook noemt hij (zonder dit verder met gegevens toe te lichten) dat de vakantiewoning in [plaats2] ten tijde van de echtscheiding was verkocht en dat er na het aflossen van de hypotheek geen geld overbleef. Maar wat er is gebeurd met de andere vermogensbestanddelen en (de besteding van) zijn inkomen uit de BV blijft ongewis. De betaling aan de Belastingdienst die [geïntimeerde] nog noemt vond pas plaats in 2017. Toen was de rekening-courantschuld al zo hoog opgelopen dat [geïntimeerde] in de tussentijd met de middelen die daarmee tot zijn beschikking waren gekomen aan de afstortingsverplichting had kunnen en moeten voldoen. [geïntimeerde] heeft dan ook de gedetailleerde stellingen van [appellante] onvoldoende weersproken.

3.10

Het hof stelt vast dat [geïntimeerde] voor het overige de stelling van [appellante], dat [geïntimeerde] niet datgene heeft gedaan wat nodig was om tot pensioenafstorting over te gaan terwijl dat wel had gekund, onvoldoende gemotiveerd heeft betwist. Daarmee staat vast dat [geïntimeerde] zijn verplichting ten opzichte van haar niet is nagekomen en onrechtmatig heeft gehandeld. Dit handelen kan [geïntimeerde] worden toegerekend, omdat het als enig bestuurder en enig aandeelhouder in zijn macht lag om de juiste keuzes te maken waardoor wel aan de afstortingsverplichting voldaan had kunnen worden. Als [geïntimeerde] ervoor had gezorgd dat er voldoende liquiditeiten voorhanden waren en hij de middelen die hij in rekening-courant uit de BV in privé had opgenomen had aangewend om te voldoen aan de afstortingsverplichting, had [appellante] het

pensioen kunnen krijgen waarop zij op grond van de beschikking recht had.

3.11

Het beroep op eigen schuld van [appellante] gaat niet op. Voor zover [geïntimeerde] bedoelt dat [appellante] in 2013 had moeten ingaan op zijn voorstel om het door hem bij verkoop van de woning afgesplitste stuk grond te kopen, overweegt het hof dat niet valt in te zien hoe dat zich verhoudt met zijn eigen stelling dat dat stuk grond 'maar' € 12.000,- waard is. De stellingen van [geïntimeerde] over hoe partijen tijdens het huwelijk omgingen met de rekening-courantschuld, het feit dat partijen onder huwelijkse voorwaarden waren getrouwd en dat [geïntimeerde] door de echtscheiding financieel in een slechte(re) positie is geraakt kunnen onbesproken blijven. Die gaan er ten onrechte van uit dat het in deze procedure nog zou gaan om de afwikkeling van het huwelijk. Maar daarover is al onherroepelijk beslist. In deze procedure is slechts aan de orde de door [appellante] gevorderde schadevergoeding vanwege het niet naleven van de afstortingsverplichting door [geïntimeerde]

Schadevergoeding

3.12

[geïntimeerde] is gehouden de door zijn onrechtmatig handelen geleden schade te vergoeden. Vaststaat dat [geïntimeerde] niet aan de afstortingsverplichting heeft voldaan, dat [appellante] vanaf 2018 geen pensioenuitkeringen meer uit de BV heeft ontvangen en dat in de BV onvoldoende middelen zijn om het pensioen af te storten. [appellante] lijdt hierdoor schade.

3.13

[appellante] heeft een schadeberekening van een pensioendeskundige overgelegd. Daarin is de schade berekend die [appellante] lijdt doordat de afstortingsverplichting niet is nagekomen. Het in die berekening gehanteerde uitgangspunt is de waarde in het economisch verkeer indien de pensioenaanspraak bij een onafhankelijke derde partij zou worden afgestort. [appellante] vordert haar deel daarvan op basis van gelijkblijvende pensioenuitkeringen, dus zonder indexatie. Daarbij is al rekening gehouden met de pensioenuitkeringen die zij tot 2018 heeft ontvangen. Het hof onderschrijft deze uitgangspunten. Het standpunt van [geïntimeerde] dat moet worden uitgegaan van de pensioenvoorziening in de jaarstukken van de BV van 2004 en dat moet worden uitgegaan van een bruto-bedrag is onjuist. Het gaat hier immers om een schadevergoeding. [geïntimeerde] heeft de berekening van de pensioendeskundige inhoudelijk niet bestreden. Nu de door [appellante] gevorderde schade deugdelijk is onderbouwd en door [geïntimeerde] niet is betwist, zal het hof deze toewijzen.

Conclusie

3.14

Het hof zal het bestreden vonnis vernietigen en wijst de vorderingen van [appellante] toe als hierna te vermelden. [geïntimeerde] wordt veroordeeld de schade van [appellante] te vergoeden. Het hof hoeft daarnaast niet meer te beoordelen of hij ook als bestuurder van zijn BV gehouden zou zijn tot schadevergoeding. Aan de beoordeling van de voorwaardelijke vordering tot het overleggen van stukken komt het hof niet toe.

3.15

Het hof passeert de bewijsaanbiedingen van [geïntimeerde], omdat de stellingen die hij aanbiedt te bewijzen het hof niet tot een ander oordeel kunnen brengen.

3.16

Omdat [geïntimeerde] in het ongelijk is gesteld zal het hof hem veroordelen in de kosten van de procedure bij de rechtbank en in hoger beroep.

4. De beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 29 oktober 2020 en beslist:

- verklaart voor recht dat [geïntimeerde] onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van [appellante] en dat hij schadeplichtig is
- veroordeelt [geïntimeerde] om bij wege van schadevergoeding binnen één week na betekening van dit arrest te betalen aan [appellante] een bedrag van € 283.972,-- netto, te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van de achtste dag na betekening van het arrest tot de dag van volledige betaling

veroordeelt [geïntimeerde] tot betaling van de volgende proceskosten van [appellante] tot aan de uitspraak van de rechtbank:

- € 101,06 aan kosten voor het betekenen (bekendmaken) van de dagvaarding aan [geïntimeerde]
- € 1.599,- aan griffierecht
- € 5.822,- aan salaris voor de advocaat

en tot betaling van de volgende proceskosten van [appellante] in hoger beroep:

- € 103,83 aan kosten voor het betekenen van de dagvaarding
- € 1.756,- aan griffierecht
- € 8.128,- aan salaris van de advocaat (2 procespunten x appeltarief VI)

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af wat verder is gevorderd.

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen in de zaak C/16/489825 / HA ZA 19-103 van de rechtbank Midden-Nederland van 5 februari 2020 en 28 oktober 2020;
- b. de arresten in de zaak 200.289.506 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 26 april 2022 en 25 oktober 2022.

[eiser] heeft tegen het arrest van het hof van 25 oktober 2022 beroep in cassatie ingesteld.

[verweerster] heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor [verweerster] toegelicht door haar advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

2. Beoordeling van het middel

De Hoge Raad heeft de klachten over het arrest van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van dat arrest. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij

tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

3. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] begroot op € 2.135,- aan verschotten en € 2.200,- voor salaris.

Redactionele aantekening

1.

Uit hoofde van een Beschikking van het gerechtshof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, met kracht en gezag van gewijsde uit 2009 diende de DGA te bewerkstelligen dat zijn praktijk-B.V. (een tandartspraktijk) de rechten van zijn ex-partner op zijn in eigen beheer opgebouwde pensioen extern zou onderbrengen nadat de voormalige echtelijke woning zou zijn verkocht. Uit die Beschikking, die niet is gepubliceerd, blijkt welke de pensioenrechten van de ex-partner waren. Kennelijk betrof het een vastgesteld recht op uitbetaling van ouderdomspensioen krachtens pensioenverevening (art. 2, lid 1 WVPS) en mogelijk bijzonder partnerpensioen (art. 3a WVPS). In de Beschikking was geen voorbehoud opgenomen ten aanzien van de verkoopopbrengst van de woning. De woning werd uiteindelijk verkocht, maar de DGA had zijn privé rekening-courantschuld aan de B.V. dermate hoog laten oplopen, dat het pensioen in eigen beheer was verdampt. De ex-partner vorderde schadevergoeding. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:9116 bekrachtigde vonnissen van de rechtbank waarin de schadevergoedingsvordering werd toegewezen. De Hoge Raad bekrachtigde het arrest van het Hof op basis van een art. 81 RO-arrest. Het navolgende betreft daarom materieel het arrest van het Hof.

2.

Ik vat de verplichtingen van een DGA en zijn B.V. in verband met pensioen in eigen beheer ten opzichte van de ex-partner in een notendop samen:

- De B.V. is verplicht tot externe onderbrenging van de rechten van de ex-partner op grond van HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289, *PJ* 2004/63;
- De DGA is jegens de ex-partner verplicht te bewerkstelligen dat de B.V. daartoe overgaat op grond van HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658, *PJ* 2007/47;
- De ex-partner deelt naar evenredigheid mee in onderdekking van het pensioen in eigen beheer, waarbij geldt dat de dekkingsgraad van het pensioen in eigen beheer moet worden bepaald aan de hand van de som van de fiscale pensioenvoorziening + het ongebonden eigen vermogen van de B.V. (HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693, *PJ* 2017/87; de solvabiliteitstoets);
- Op grond van HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:276 geldt als peildatum voor de berekening van de rechten van de ex-partner datum (echt)scheiding en als peildatum voor de berekening van het bedrag dat beschikbaar moet worden gesteld voor externe onderbrenging de datum van externe onderbrenging;

- Externe onderbrenging van de rechten van de ex-partner is in lijn van HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658 en gerechtshof Den Haag 27 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:179, PJ 2021/58 slechts verplicht voor zover de mogelijkheid daartoe bestaat op grond van de daarvoor beschikbare liquide middelen, liquide middelen die kunnen worden vrijgemaakt of van derden kunnen worden verkregen, bijvoorbeeld door het sluiten van een lening (de liquiditeitstoets), met dien verstande dat voor zover externe onderbrenging rechtens niet mogelijk blijkt, de niet ondergebrachte rechten van de ex-partner jegens de B.V. blijven bestaan en de ex-partner alsnog externe onderbrenging daarvan kan vorderen als dat later wel mogelijk blijkt (*EB* 2020/40, p. 86).

3.

In Rechtbank Rotterdam 15 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2456, PJ 2017/90 met annotatie van mijn hand werd geoordeeld dat als de DGA die tot externe onderbrenging van de rechten van de ex-partner verplicht is door ernstig verwijtbaar persoonlijk handelen (het criterium voor bestuurdersaansprakelijkheid) heeft bewerkstelligd dat de B.V. daartoe niet in staat is, de DGA persoonlijk aansprakelijk kan zijn. In die zaak vorderde de ex-partner dat de DGA privé de betaling aan een verzekeraar diende te verrichten waartoe de B.V. niet in staat was. De vordering werd afgewezen omdat van ernstig verwijtbaar persoonlijk handelen geen sprake was. Ik merk vanuit praktisch oogpunt nog op dat wanneer een DGA persoonlijk aansprakelijk is voor het niet kunnen nakomen door zijn B.V. van de verplichting tot externe onderbrenging van de rechten van zijn ex-partner op zijn pensioen in eigen beheer, die persoonlijke aansprakelijkheid hetzij zou moeten leiden tot een verplichting van de DGA om de financiële middelen van de B.V. uit privé middelen aan te vullen om de B.V. alsnog in staat te stellen aan de verplichting tot externe onderbrenging te voldoen, hetzij tot betaling van schadevergoeding door de DGA rechtstreeks aan de ex-partner. Op grond van het hier geannoteerde arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden werd de DGA veroordeeld tot de gevorderde netto schadevergoeding aan de ex-partner. Op grond van gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL7921 werd de DGA die het daar betref veroordeeld tot aflossing van zijn rekening-courantschuld aan de B.V. om te bewerkstelligen dat de B.V. de rechten van zijn ex-partner op het pensioen in eigen beheer extern kon onderbrengen. De juridische grondslag voor die veroordeling was gelegen in onrechtmatig handelen van de DGA jegens de ex-partner. Omdat de rechtspraak omtrent ernstig verwijtbaar persoonlijk handelen respectievelijk onrechtmatig handelen van een DGA in het kader van het extern onderbrengen van de rechten van de ex-partner van een DGA op diens pensioen in eigen beheer schaars is, leek het mij zinvol het arrest van de Hoge Raad (materieel het arrest van het hof waartegen vergeefs cassatieberoep werd ingesteld) te annoteren.

mr. W.P.M. Thijssen

Voetnoten

[1.] ECLI:NL:HR:2020:276