

Verzekeringsplicht voor recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en bijzonder partnerpensioen in eigen beheer?

45 In geval van scheiding van tafel en bed of echtscheiding ontstaat per de datum van inschrijving daarvan recht op uitbetaling van 50% van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen voor de (gewezen) echtgenoot of de (gewezen) geregistreerde partner (zie art. 1 lid 1 aanhef en onder a gelezen in verband met art. 2 lid 2 en art. 3 lid 1 van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding, de WVPS). In geval van echtscheiding, beëindiging van een geregistreerde partnerrelatie of ontbinding van een huwelijk na scheiding van tafel en bed ontstaat voor de gewezen echtgenoot of de gewezen partner recht op het nabestaandenpensioen opgebouwd tot de datum van inschrijving van de echtscheiding, de inschrijving van de ontbinding van het huwelijk of de beëindiging van het geregistreerd partnerschap (art. 8a Pensioen- en spaarfondsenwet, de PSW, voor bij pensioenfonds ondergebrachte pensioenregelingen en de art. 10 en 22 van de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW voor zonder tussenkomst van een pensioenfonds bij een verzekeraar ondergebrachte pensioenregelingen). De wettelijke regeling voor het afsplitsen van bijzonder nabestaandenpensioen wordt in pensioenregelingen vaak van overeenkomstige toepassing verklaard in geval van beëindiging van een niet-geregistreerde, maar wel binnen de pensioenregeling als zodanig erkende, partnerrelatie.

Vrijstelling van de verzekeringsverplichting voor de grootaandeelhouder

De kernbepaling van de PSW houdt in dat indien een werkgever een pensioentoezegging doet die (veelal stilzwijgend) door de werknemer wordt aanvaard, de werkgever verplicht is ter dekking van de pensioenaanspraken een voldoende vermogen te vormen dat buiten de onderneming dient te worden ondergebracht, te weten bij een pensioenfonds of een erkende verzekeraar (art. 2 lid 1 PSW). Indien een naamloze of besloten vennootschap een pensioentoezegging doet aan een werknemer van die vennootschap die direct of indirect ten minste 10% van de aandelen van die vennootschap houdt, geldt de hiervoor bedoelde 'verzekeringsverplichting' niet (art. 2 lid 3 aanhef en onder c PSW). De verzekeringsplicht geldt slechts dan niet, indien de vennootschap ter uitvoering van de aanvaarde pensioentoezegging voldoet aan de Regeling van voorwaarden voor pensioentoezeggingen aan direct- en indirect-grootaandeelhouders (Regeling van 23 december 1994, *Stcrt.* 1994, 251 als laatstelijk gewijzigd bij Regeling van 11 december 2000, *Stcrt.* 2000,

Belangrijkste voorwaarden

242). De belangrijkste voorwaarden die uit deze regeling voortvloeien zijn dat:

- een voldoende voorziening wordt aangehouden ter dekking van de toegekende pensioenaanspraken (onduidelijk is of deze voorziening vanuit civiele optiek in verband met de opbouw van pensioenaanspraken vóór 1 januari 2000 ten minste volgens het zogenaamde 65-X-systeem voor de financiering van pensioenaanspraken diende te worden opgebouwd, en vanaf 1 januari 2000 toereikend moet zijn in verband met het voorschrift van evenredige opbouw en financiering als volgend uit de art. 7a en 8 PSW; in de praktijk wordt de voorziening gemaximeerd door stringente fiscale regels);
- deze voorziening wordt aangehouden binnen de vennootschap die de pensioentoezegging doet, binnen een houdstervenootschap die ten minste 10% van de aandelen van de vennootschap die de pensioentoezegging doet houdt of binnen een pensioenvennootschap (een vennootschap die in ieder geval op grond van de statuten mede ten doel heeft de uitvoering van een pensioentoezegging);
- de vennootschap die als uitvoerder van de pensioentoezegging optreedt in geval van echtscheiding, ontbinding van een huwelijk na scheiding van tafel en bed of beëindiging van een geregistreerde partnerrelatie per de datum van inschrijving daarvan uitvoering geeft aan het bepaalde in art. 8a PSW;
- de vennootschap die de pensioentoezegging uitvoert in geval van scheiding van tafel en bed, echtscheiding of beëindiging van een geregistreerd partnerschap per de datum van inschrijving daarvan uitvoering geeft aan de WVPS.

Deze stringente voorwaarden volgen uit het bepaalde in art. 2 van de hiervoor aangeduide regeling.

De pensioentoezegging aan een werknemer die certificaten van aandelen in de vennootschap waarbij hij in dienst is houdt (eventueel indirect via een holdingvennootschap), kan onder aanvullende voorwaarden vrijgesteld zijn van de verzekeringsplicht van art. 2, lid 1 PSW. De aanvullende voorwaarde is dat de werknemer/certificaathouder voor ten minste 10% in het bestuur van het administratiekantoor dat de certificaten uit-

geeft is vertegenwoordigd. Dit volgt uit art. 2, lid 1, aanhef en onder a van de Beleidsregels onthefingen PSW. Uit dit artikellid blijkt dat in deze situatie wel over een ontheffing van de verzekeringsplicht van art. 2, lid 1 PSW dient te worden beschikt. Deze ontheffing kan aan de Pensioen- & Verzekeringskamer worden gevraagd op basis van art. 29 PSW en zal moeten worden verleend indien aan de hiervoor weergegeven voorwaarden is voldaan.

Indien de werknemer/certificaathouder niet over de hiervoor bedoelde ontheffing beschikt, mag zijn pensioen niet in eigen beheer worden gehouden door de vennootschap die de pensioentoezegging doet.

Consequenties van (echt)scheiding of beëindiging partnerrelatie

Met het oog op de situatie waarin de werknemer/direct- of indirect-grootaandeelhouder wordt geconfronteerd met scheiding van tafel en bed, ontbinding van huwelijk na scheiding van tafel en bed, echtscheiding of beëindiging van geregistreerd partnerschap is in de praktijk de vraag gerezen in hoeverre de (gewezen) echtgenoot of (gewezen) geregistreeerde partner zich kan verweren tegen het weigeren door de vennootschap die de pensioentoezegging uitvoert de hiervoor omschreven verplichtingen via de hiervoor aangeduide regeling voortvloeiend uit de PSW en WVPS na te komen. Hierover is inmiddels jurisprudentie beschikbaar. Op die jurisprudentie wordt hierna ingegaan.

Het 'eigen' pensioen van de meewerkende echtgenoot of partner

Uit HR 19 januari 1996, *PJ* 1996/71 m.nt. Lutjens volgt dat de (gewezen) echtgenoot of (gewezen) partner die zelf op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst is bij de vennootschap die een pensioentoezegging doet aan de werknemer/direct- of indirect-grootaandeelhouder en aan deze echtgenoot of partner, kan worden verplicht tot veiligstelling van het door de (gewezen) echtgenoot of (gewezen) partner zelf uit hoofde van diens arbeidsovereenkomst met de vennootschap opgebouwde pensioenaanspraken. Dit arrest van de Hoge Raad betekende overigens geen doorbraak omdat de vennootschap in deze situatie in het geheel niet bevoegd was de pensioenaanspraken toegekend aan de echtgenoot of geregistreeerde partner van de werknemer/direct- of indirect-grootaandeelhouder in eigen beheer uit te voeren. Uitvoering in eigen beheer is immers slechts toegestaan ten overstaan van de werknemer/direct- of indirect-grootaandeelhouder, niet ten overstaan van zijn of haar echtge-

noot of geregistreeerde partner. De verplichting tot veiligstelling vloeide daarom rechtstreeks voort uit de hoofdregel van art. 2 lid 1 PSW. De uitspraak van de Hoge Raad op dit punt is inmiddels bevestigd door de Hoge Raad in een arrest van 12 mei 2004, *PJ* 2004/64.

Het arrest was in zoverre van belang dat de Hoge Raad aangaf welk bedrag aan een 'erkende' verzekeraar diende te worden overgedragen. Dat was de waarde van de pensioenaanspraken toekomend aan de (gewezen) echtgenoot of (gewezen) geregistreeerde partner, berekend op basis van de zogenaamde lineaire methode. Deze waarde kan in de praktijk wel eens (aanzienlijk) hoger zijn dan de in eigen beheer aangehouden voorziening gezien de fiscale beperkingen die gelden voor de vorming van een pensioenvoorziening in eigen beheer. Een en ander betekent dan mogelijk een aanslag op de liquiditeit van de vennootschap. Deze aanslag op de liquiditeit is in die situatie echter de consequentie van het feit dat de vennootschap de ter dekking van de aan de (gewezen) echtgenoot of (gewezen) geregistreeerde partner toegekende pensioenaanspraken gevormde voorziening, in strijd met het bepaalde in art. 2 lid 1 PSW, in eigen beheer aanhield.

Berekening
op basis van
lineaire
methode

Het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en het bijzonder nabestaandenpensioen

Uit HR 12 maart 2004, LjN-nr. AO1289; zaak nr. C 02/319HR volgt dat in de situatie waarin een vennootschap 'al een aantal jaren doende is om haar vermogen weg te maken, althans structureel te weinig zorg besteedt aan de dekking van de benodigde pensioenreservering' de (gewezen) echtgenoot of (gewezen) geregistreeerde partner met succes van de vennootschap kan vorderen een voldoende kapitaal af te zonderen ter dekking van het uit hoofde van de WVPS aan de (gewezen) echtgenoot of (gewezen) geregistreeerde partner toekomende recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en ter dekking van het aan hem of haar toekomende recht op bijzonder nabestaandenpensioen. Voorts kan in die situatie met succes worden gevorderd dit kapitaal te betalen aan een door de (gewezen) echtgenoot of (gewezen) geregistreeerde partner aan te wijzen erkende levensverzekeraar. De Hoge Raad overwoog dat de redelijkheid en billijkheid de grondslag voor deze vordering vormden.

Bedacht dient te worden dat de Hoge Raad aannam dat tussen de vennootschap en de (gewezen) echtgenoot of (gewezen) geregistreeerde partner een obligatoire rechtsverhouding bestond die door de redelijkheid en billijkheid werd beheerst. Die door de redelijkheid en billijkheid beheerste verbintenis vloeide in het oor-

deel van de Hoge Raad voort uit de PSW, voor zover het bijzonder nabestaandenpensioen betrof, en uit de WVPS voor zover het betrof het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen. Het oordeel van de Hoge Raad week af van het oordeel van het in de cassatieprocedure bestreden arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 15 augustus 2002, *Pf* 2002/109. Het hof had geoordeeld dat de (gewezen) echtgenoot of (gewezen) geregistreerde partner van de werknemer/direct- of indirect-groootaandeelhouder hooguit deze werknemer/direct- of indirect- grootaandeelhouder in de hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap op grond van de redelijkheid en billijkheid zou kunnen aanspreken tot de gevorderde afstorting. De Hoge Raad is duidelijk een stap verder gegaan dan het hof.

In de situatie waarin een werknemer/certificaathouder niet over de vereiste vrijstelling van de verzekeringsverplichting beschikt, kan een (ex-)echtgeno(o)t(e) in de hoedanigheid van verenigingsgerechtigde waarschijnlijk afstorting van het recht op uitbetaling vorderen, en in de hoedanigheid van gerechtigde op bijzonder nabestaandenpensioen afstorting van het bijzonder nabestaandenpensioen.

Dit laatste geldt waarschijnlijk eveneens in de situatie waarin de op grond van art. 2, lid 3, aanhef en onder c, aanhef en ten tweede PSW vereiste schriftelijke instemming van de werknemer die direct- of indirect grootaandeelhouder is in de vennootschap die de pensioentoezegging doet, of die certificaathouder is, met het uitvoeren van de pensioentoezegging in eigen beheer ontbreekt.

Consequenties voor de praktijk

Afstorting

Het arrest van de Hoge Raad zet de deur open voor talloze procedures over 'afstorting' gezien het geformuleerde criterium voor de afstortingsverplichting. In vervolgjurisprudentie zal duidelijk moeten worden wanneer sprake is van het onaanvaardbaar wegmaken van pensioenvermogen of het onaanvaardbaar te weinig zorg besteden aan de dekking van pensioenaanspraken in eigen beheer die tot afstorting door de vennootschap van de actuariële contante waarde van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen uit hoofde van de WVPS en van het recht op bijzonder nabestaandenpensioen noodzaken. Ook over de hoogte van het af te storten bedrag zijn procedures te verwachten.