

Het pensioen van de dga bij scheiding

45

De positie van de directeur-grotoaandeelhouder (dga) in verband met pensioen is een bijzondere: hij kan zijn pensioen 'in eigen beheer' houden. Regelingen omtrent de gevolgen voor het pensioen van de beëindiging van het huwelijk of het geregistreerd partnerschap gelden onverkort. Dit maakt dat de 'machtspositie' van de dga hem ook kwetsbaar maakt. Waarom dat zo is, blijkt hierna.

Definitie dga

Voor de toepassing van de Pensioenwet (PW) is een grotoaandeelhouder van een vennootschap de natuurlijke persoon die direct of indirect ten minste 10% van het door de vennootschap geplaatste kapitaal houdt. Ook als grotoaandeelhouder geldt de houder van certificaten van aandelen van de vennootschap, mits hij voor ten minste 10% in het bestuur van het administratiekantoor dat de certificaten uitgeeft is vertegenwoordigd en mits de certificaten ten minste 10% van het geplaatste aandelenkapitaal vertegenwoordigen. In de terminologie van de PW wordt de werknemer van een vennootschap, die tevens grotoaandeelhouder van die vennootschap is, dga genoemd (art. 1 PW).

Dga-pensioen onder de Pensioenwet

Uitgangspunt van de wetgever is dat pensioen dat voortvloeit uit een pensioenovereenkomst gesloten tussen een dga en een vennootschap weliswaar pensioen in de zin van de PW is, maar dat de PW niet van toepassing is. De constructie die werd gekozen om de PW niet op dga-pensioen van toepassing te laten zijn, is de regeling dat de dga voor de toepassing van de PW niet als werknemer geldt (zie de definitie van 'werknemer' in art. 1 PW, vgl. Schijlen, in: *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, tweede druk, p. 152). Een gevolg is dat voor de dga de externe uitvoeringsverplichting van art. 23 PW niet geldt. Het pensioen mag in eigen beheer worden uitgevoerd. Een ander gevolg is dat de verplichting van art. 57 PW, die inhoudt dat bij beëindiging van het huwelijk, geregistreerd partnerschap of niet-geregistreerd partnerschap dat op grond van de pensioenovereenkomst als partnerschap gold, bijzonder partnerpensioen dient te worden afgesplitst, niet van toepassing is op het partnerpensioen van de dga.

Afsplitsen bijzonder partnerpensioen en pensioenverevening

Hoewel op het pensioen van de dga de PW niet van toepassing is, is aan de partner van de dga wel dezelfde positie toegekend bij echtscheiding, ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed, beëindiging van het geregistreerd partnerschap en beëindiging van niet-geregistreerd partnerschap als bedoeld in de pensioenovereenkomst als aan de partner van een 'gewone' werknemer. Daartoe is aan de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (WVP) art. 3a WVP toegevoegd (ingevoerd per 1 januari 2007 op grond van art. 79 IPW). Pensioenverevening is in het systeem van de PW en de WVP van toepassing omdat het dga ouderdomspensioen wel als 'ouderdomspensioen' in de zin van de PW geldt, en daarmee als 'pensioen' in de zin van de WVP (zie de definitie van 'pensioen' in art. 1 PW en art. 1 lid 1, aanhef en onder d WVP).

Overgangsrecht

Het voorgaande geldt sinds de invoering van de PW per 1 januari 2007. Voorheen gold de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW). De PSW bood een dga de keuze om op zijn pensioen de PSW van toepassing te doen zijn of niet (zodat de externe uitvoeringsverplichting van destijds art. 2 lid 1 PSW, momenteel art. 23 PW, niet gold). Overigens gold de verplichting tot het afsplitsen van bijzonder partnerpensioen altijd op grond van *hetzij* art. 10 Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW (indien de PSW van toepassing was), *hetzij* art. 2 lid 3 Regeling van voorwaarden voor pensioentoezeggingen aan direct- en indirect-grotoaandeelhouders (indien de PSW niet van toepassing was).

Als overgangsrecht gold dat een dga die vóór 1 januari 2007 geen gebruik maakte van de mogelijkheid zijn pensioen in eigen beheer uit te voeren, vóór 1 januari 2008 de keuze kon maken ook voor het jaar 2007 onder het regiem van de voorheen geldende PSW te blijven vallen. Indien deze keuze niet werd gemaakt, viel de dga op grond van de hoofdregel van de PW met ingang van 1 januari 2007 niet langer onder de PW. Indien deze keuze wel werd gemaakt, gold in 2007 de PSW nog, maar ging vanaf 1 januari 2008 de PW gelden zodat de onder vigeur van de PSW in deze bijzondere situatie reeds bestaande externe uitvoeringsplicht bleef gehandhaafd. Een en ander is geregeld in art. 8 Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet (IPW). Voor een dga die onder de PSW had afgezien van uitvoering van zijn pensioenregeling in eigen beheer en die voor 1 januari 2008 koos voor het toepassen van de PSW in 2007, bleef de externe uitvoeringsplicht met ingang van 1 januari 2008 gehandhaafd onder de PW.

1. Mr. W.P.M. Thijssen is advocaat bij Thijssen Pensioen Advocaten te Amstelveen. Jurisprudentie is bijgewerkt tot 1 april 2010.

Zie Schijlen, t.a.p., p. 178-179. Deze groep blijft daarom een uitzonderingsgroep.

Toch een externe uitvoeringsverplichting voor de dga

In deze bijdrage beperk ik me tot de dga, die direct of indirect méér dan 50% van de aandelen van een vennootschap houdt en tevens alleen en volledig vertegenwoordigingsbevoegd bestuurder van de vennootschap is. Deze dga is immers 'alleen aan de macht' in de vennootschap en bekleedt daarom met het oog op scheiding een bijzondere positie.

Op grond van de jurisprudentie geldt voor de dga met deze 'machtspositie', indien de externe uitvoeringsverplichting niet geldt, ten aanzien van het afsplitsen van bijzonder partnerpensioen en het vestigen van een recht op uitbetaling van ouderdomspensioen uit hoofde van pensioenverevening onder omstandigheden een externe uitvoeringsverplichting. De rechtsbron voor die verplichting is de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 1 BW). Onderscheid moet worden gemaakt tussen *enerzijds* de dga in zijn rol van ex-partner en *anderzijds* de dga in zijn rol van bestuurder van de vennootschap waarmee hij de pensioenovereenkomst sloot.

De dga in de rol van gewezen partner

De lijn in de rechtspraak is dat de ex-partner op grond van de redelijkheid en billijkheid verplicht is in zijn hoedanigheid van dga te bewerkstelligen dat de vennootschap, waarin hij zijn pensioenrechten in eigen beheer houdt, laat overgaan tot externe uitvoering van het recht op bijzonder partnerpensioen en het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen op grond van pensioenverevening. De rol van de gewezen partner/dga is in de jurisprudentie nader ingevuld.

Zo oordeelde de Rb. Zutphen (5 september 2002, *NJ* 2003, 281) dat het laten vervallen van een eigen beheer pensioen na indiening van een verzoek tot echtscheiding een onrechtmatige daad van de dga in hoedanigheid van ex-echtgenoot oplevert jegens de andere ex-echtgenoot. De schade die de dga dient te vergoeden is gelijk aan het bedrag dat voor externe uitvoering van het recht op uitbetaling volgens de WVP zou zijn verschuldigd indien de pensioenregeling in stand zou zijn gebleven. In dezelfde zin voor een pensioen-BV Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 2008, *PJ* 2008/19.

In HR 9 februari 2007, *NJ* 2007, 306, *PJ* 2007/42 (min of meer het standaardarrest met betrekking tot externe uitvoering van bijzonder partnerpensioen en het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen op grond van de WVP door dga's) werd geoordeeld dat de redelijkheid en billijkheid grondslag kunnen zijn voor een vordering jegens de vereveningsplichtige om te bewerkstelligen dat de vennootschap tot externe uitvoering van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen volgens de WVP

overgaat indien het ouderdomspensioen in eigen beheer wordt uitgevoerd en de vereveningsplichtige volledige zeggenschap over de uitvoerende vennootschap heeft. Deze uitvoeringsplicht komt ten laste van de liquide middelen van de vennootschap of dient te worden gefinancierd, tenzij dit niet mogelijk is zonder de continuïteit van de vennootschap in gevaar te brengen.

Een soortgelijk uitgangspunt gold in HR 20 maart 2009, *NJ* 2009, 155. De Hoge Raad overwoog hier dat het niet noodzakelijk is dat een dergelijke externe uitvoeringsverplichting vooraf is overeengekomen. Het oordeel van de Hoge Raad in het als standaardarrest aangeduide arrest uit 2007 is uitgewerkt in Rb. Zutphen 25 februari 2009, *PJ* 2009/96. De rechtbank oordeelde dat de Hoge Raad aan zijn oordeel in dat arrest niet ten grondslag heeft gelegd de op grond van de PSW geldende externe uitvoeringsverplichting, zodat niet kan worden gesteld dat het arrest door het vervallen van de PSW zijn betekenis heeft verloren. De omstandigheid dat de Pensioenwet niet van toepassing is op dga's, zodat op grond van de wet voor het pensioen van de dga niet langer een externe uitvoeringsverplichting bestaat, doet er bovendien niet aan af dat de relatie tussen gewezen echtelieden (mede) wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. De dga diende en dient nu juist op grond van de redelijkheid en billijkheid zorg te dragen voor externe uitvoering door de vennootschap bij een externe pensioenverzekeraar van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen door betaling van het bedrag dat de waarde van het recht van de vereveningsgerechtigde vertegenwoordigt. De rechtbank oordeelde dat dit bedrag niet gelijk hoeft te zijn aan de koopsom, die een verzekeraar in rekening brengt voor het uitvoeren van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen, omdat daarin bijvoorbeeld provisies zijn begrepen, maar aan de waarde van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen in het economisch verkeer. Anders oordeelde Rb. 's-Hertogenbosch 20 mei 2009, *PJ* 2009/119. In die zaak werd de dga verplicht de uitvoering van het bijzonder partnerpensioen en het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen te bewerkstelligen. De te betalen koopsom werd gesteld op de koopsom die een verzekeraar bedingt voor het verzekeren van die rechten, ook al is die hoger dan de voorziening die de vennootschap ter dekking van de betreffende rechten mocht vormen.

In de situatie waarin een belegging diende te worden geliquideerd alvorens tot externe uitvoering kon worden overgegaan, brachten de redelijkheid en billijkheid mee dat van de gerechtigde kon worden verlangd dat werd gewacht met de uitoefening van het recht op uitvoering totdat daarvoor gelden zouden zijn vrijgekomen door verkoop van de belegging van de pensioengelden (Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2009, *PJ* 2009/118).

De dga in de rol van bestuurder

Ook blijkt uit de jurisprudentie dat van de vennootschap zelf externe uitvoering van het recht op bijzonder partnerpensioen en het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen kan worden gevorderd. In die situatie dient de dga externe uitvoering niet in zijn rol van ex-partner, maar als bestuurder van de vennootschap te realiseren.

Zo oordeelde de Hoge Raad (HR 12 maart 2004, *NJ* 2004, 636) dat de redelijkheid en billijkheid grondslag kunnen zijn voor een vordering tot externe uitvoering van bijzonder partnerpensioen en het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen ingesteld tegen een vennootschap. De Hoge Raad kwam tot dat oordeel omdat de daartoe gerechtigde niet het risico behoeft te aanvaarden dat die vennootschap, waarbinnen deze rechten in eigen beheer worden uitgevoerd en waarover de ex-partner volledige zeggenschap heeft, het vermogen gevormd ter dekking van die rechten verloren laat gaan of aan de uitvoering van die rechten onvoldoende zorg besteedt. Vgl. de genoemde uitspraken Rb. Zutphen 5 september 2002, *NJ* 2003, 281 en Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 2008, *PJ* 2008/19, waarin werd geoordeeld dat in die situatie sprake is van onrechtmatig handelen van de dga ten opzichte van zijn ex-partner.

Eigen pensioen gewezen partner dga als 'gewoon' werknemer

Het door een werknemster binnen de vennootschap van haar gewezen partner opgebouwde ouderdomspensioen dient na het eindigen van het huwelijk extern te worden uitgevoerd, tenzij de liquiditeitspositie van de vennootschap dat niet toelaat. Dit geldt niet voor haar weduwnaarspensioen indien haar gewezen echtgenoot daarvan afstand doet, omdat zij bij de externe uitvoering daarvan dan geen belang heeft. Aldus Rb. Arnhem 19 september 1996, *NJ* 1997, 553. Opmerkelijk is dat de vordering in die uitspraak niet (mede) werd gegrond op art. 2 lid 1 PSW (het huidige art. 23 PW). Het was immers van meet af aan niet toegestaan de pensioenen van deze werknemster in eigen beheer te houden daar zij geen dga was.

Procesrecht

In diverse uitspraken over de uitvoeringsplicht van de dga bij scheiding kwamen processuele aspecten aan de orde. Het betrof de absolute competentie en de bewijslastverdeling.

In Rb. Arnhem 19 september 1996, *NJ* 1997, 553 werd geoordeeld dat de kantonrechter niet bevoegd was om kennis te nemen van de vordering tot externe uitvoering van het door een werknemster binnen de vennootschap van haar gewezen partner/dga van de vennootschap opgebouwde bijzonder weduwnepensioen. Deze uitspraak lijkt ook onder art. 216 PW nog actueel te zijn, daar het

een vordering betreft die niet onder de reikwijdte van art. 216 PW valt.

In HR 9 februari 2007, *NJ* 2007, 306, *PJ* 2007/42 (het 'standaardarrest') werd geoordeeld dat de bewijslast dat een vennootschap vanuit financieel oogpunt niet tot externe uitvoering in staat is, op de dga rust. Hetzelfde zal gelden indien een vennootschap tot externe uitvoering is aangesproken en stelt daartoe niet in staat te zijn. Het oordeel of een externe uitvoeringsverplichting voor een dga wordt aangenomen, kan worden aangehouden in afwachting van een deskundigenbericht waaruit de financiële gevolgen voor de vennootschap blijken, aldus Rb. Arnhem 8 november 2007, *NJ* 2008, 3. Dit geldt waarschijnlijk ook als externe uitvoering van een vennootschap wordt gevorderd.

Om tot het oordeel te komen dat bijzonder partnerpensioen en een recht op uitbetaling van ouderdomspensioen die in eigen beheer zijn verworven, extern moeten worden uitgevoerd is het niet aan de gerechtigde om te stellen, en bij betwisting te bewijzen, dat de vennootschap niet zorgvuldig omgaat met het belegde vermogen, maar aan de gewezen partner in diens hoedanigheid van dga om klemmende omstandigheden te stellen die ertoe kunnen nopen de vordering tot externe uitvoering af te wijzen. Aldus Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2009, *PJ* 2009/118. Extern uitvoeren is de hoofdregel.

Slotbeschouwing

Voor de dga, die zijn pensioen in eigen beheer uitvoert, is externe uitvoering bij een erkende pensioenuitvoerder (een verzekeringsmaatschappij) van het bijzonder partnerpensioen en het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen voor zijn ex-partner op grond van de rechtspraak eerder regel dan uitzondering. De uitzondering doet zich slechts dan voor, indien hij kan aantonen dat de liquiditeit voor externe uitvoering uitbreekt en niet kan worden aangetrokken zonder de continuïteit van de onderneming in gevaar te brengen. In de situatie waarin een pensioen-BV uitsluitend het pensioen van de dga houdt, zou een praktische oplossing kunnen zijn dat de ex-partner 50% van de aandelen van de pensioen-BV verwerft en samen met de dga gelijkelijk bevoegde bestuurder van de pensioen-BV wordt (zie r.o. 5.12 in Rb. Zutphen 25 februari 2009, *PJ* 2009/96). Nadeel van die oplossing is dat de ex-echtelieden dan gezamenlijk de BV moeten besturen en het over te nemen beslissingen altijd eens moeten zijn. Dat zal niet altijd goed gaan, waardoor de pensioen-BV feitelijk onbestuurbaar zou kunnen worden.

De dga dient de externe pensioenuitvoering in samenhang te bezien met de alimentatie en de eventuele waardeverrekening van de aandelen van zijn vennootschap. De alimentatieplicht zal in het algemeen leiden tot de verplichting om structureel dividenden te gaan opnemen of om het salaris te verhogen. Dit zal meestal het geval zijn omdat alimentatie bij de dga niet aan zijn met de vennoot-

schap overeengekomen inkomen wordt gerelateerd, maar mede aan het aanvullend inkomen dat uit winst kan worden gegenereerd. Dat telt immers mee voor de berekening van de 'draagkracht'. Waardeverrekening zal de dga vaak dwingen een lening bij zijn vennootschap te sluiten.

Gezien het voorgaande betekent een scheiding in veel situaties een driedubbele aanslag op de liquiditeitspositie van de vennootschap: indien van toepassing dient een lening te worden gesloten in verband met waardeverrekening van de aandelen, de alimentatie dwingt tot verhoging van de privéopnamen in de vorm van dividend of

verhoging van het salaris en bijzonder partnerpensioen en het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen volgens de WVP dienen extern te worden uitgevoerd. Externe uitvoering op basis van de tarieven van een verzekeringsmaatschappij betekent bovendien uitholling van het resterende ouderdomspensioen van de dga: reserveren op basis van dergelijke tarieven is immers niet toegestaan. Daarbij dient te worden bedacht dat de inkomsten van een vennootschap, die een onderneming drijft, altijd onzeker zijn: de markt bepaalt immers uiteindelijk welke inkomsten een dergelijke vennootschap maximaal kan realiseren.