

# De peildatum bij externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van een DGA

EB 2020/40

**Op 14 februari 2020 wees de Hoge Raad een beschikking die duidelijk maakt welke de peildatum is voor het berekenen van dekkingstekort binnen een BV, die verplicht is tot externe uitvoering (“afstorting”) van de pensioenrechten van de (ex-)partner van de directeur/groootaandeelhouder (“DGA”). Hierna wordt de beschikking toegelicht, wordt geanalyseerd in hoeverre met deze beschikking duidelijkheid bestaat omtrent de bedoelde externe uitvoering en welke restvragen nog in nadere rechtspraak door de Hoge Raad zouden moeten worden beantwoord.**

## 1. Samenvatting van de uitspraak van 14 februari 2020<sup>2</sup>

Het gaat in dit verband om het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen voor de (ex-)partner van de DGA uit hoofde van art. 2, lid 2 Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (de WVPS) dat ontstaat bij scheiding van tafel en bed, bij beëindiging van het huwelijk door echtscheiding of eindigen van geregistreerd partnerschap (zie de definitie van het begrip “scheiding” in art. 1 WVPS). Het gaat bovendien om het recht op bijzonder partnerpensioen uit hoofde van art. 3a WVPS, dat ontstaat bij einde huwelijk of einde geregistreerd partnerschap (zie de definitie van het begrip “scheiding” in art. 3a WVPS). Een en ander geldt indien en voor zover de DGA op grond van zijn pensioenovereenkomst met de BV aanspraak op ouderdomspensioen en/of partnerpensioen heeft.

De Hoge Raad oordeelde dat de pensioenrechten commercieel dienen te worden gewaardeerd op de datum waarop externe uitvoering feitelijk wordt gerealiseerd. De dekkinggraad van de BV en in het verlengde daarvan het voor externe uitvoering van de rechten van de (ex-)partner van de DGA door de BV beschikbaar te stellen bedrag, dienen eveneens te worden bepaald per de datum waarop de externe uitvoering feitelijk wordt gerealiseerd, tenzij op grond van het onaanvaardbaarheidsleerstuk van een andere datum dient te worden uitgegaan. Van een eerdere peildatum zou kunnen worden uitgegaan, indien de DGA de externe uitvoering op onredelijke wijze heeft vertraagd en de dekkinggraad na datum scheiding is afgenomen. Van een eerdere peildatum zou ook kunnen worden uitgegaan, indien de (ex-)partner de externe uitvoering onredelijk heeft vertraagd, maar de dekkinggraad na datum scheiding juist is toegenomen.

<sup>1</sup> Mr. W.P.M. Thijssen is advocaat bij Pensioenadvocaten.nl en is tevens verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht.

<sup>2</sup> HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:276.

## 2. Juridisch kader

Het juridisch kader voor externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van een DGA is geheel gelegen in de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2, lid 1 BW indien omtrent pensioenverevening en het afsplitsen van bijzonder partnerpensioen geen constitutieve overeenkomst tussen de (ex-)echtgenoten is gesloten, zodat de wettelijke regeling geldt. Deze situatie doet zich voor indien tussen partijen in het geheel geen regeling is getroffen omtrent pensioenverevening en het afsplitsen van bijzonder partnerpensioen, of indien (in de kern weergegeven) hooguit is overeengekomen dat de wettelijke regelingen zullen gelden. De overeenkomst dat wettelijke regelingen zullen gelden, is uit zijn aard declaratoir.

Het juridisch kader voor externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van een DGA is geheel gelegen in de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248, lid 1 BW, indien omtrent pensioenverevening en het afsplitsen van bijzonder partnerpensioen een constitutieve overeenkomst tussen de (ex-)echtgenoten is gesloten. Zo'n constitutieve overeenkomst kan zijn vastgelegd in huwelijkse voorwaarden of een bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding (in de praktijk met de term *convenant aangeduid*). Van een constitutieve overeenkomst is sprake bij keuze voor een van het wettelijk systeem afwijkende vorm van pensioenverevening (zie art. 4 en art. 5 WVPS) of bij keuze voor een van het wettelijke bijzonder partnerpensioen afwijkend bijzonder partnerpensioen (zie art. 3a, lid 4 WVPS; een willekeurig voorbeeld is beperking van het bijzonder partnerpensioen tot het tijdens het huwelijk opgebouwde partnerpensioen).

De (ex-)partner van de DGA van een BV heeft recht op pensioenverevening indien de DGA op grond van zijn pensioenovereenkomst met de BV in de toekomst aanspraak of op ouderdomspensioen of recht op ingegaan ouderdomspensioen heeft. De ex-partner heeft recht op bijzonder partnerpensioen, indien de DGA aan zijn pensioenovereenkomst met de BV partnerpensioen ontleent. Het recht op pensioenverevening en het recht op bijzonder partnerpensioen kunnen bij huwelijkse voorwaarden of bij een bij geschrift gesloten overeenkomst zijn uitgesloten (zie art. 2, lid 1 WVPS ten aanzien van pensioenverevening en art. 3a, lid 4 WVPS ten aanzien van bijzonder partnerpensioen). De BV die pensioen in eigen beheer uitvoert geldt als pensioenuitvoerder. Dat betekent in verband met pensioenverevening dat recht op uitbetaling van ouderdomspensioen jegens de BV ontstaat, mits de BV tijdig het mededelingsformulier als bedoeld in art. 2, lid 2 WVPS ontvangt. De (ex-)partner van de DGA kan dat formulier zelfstandig, zonder dat medewer-

king van de DGA is vereist, aan de BV doen toekomen om te bewerkstelligen dat het zelfstandig recht op uitbetaling van ouderdomspensioen ontstaat (dit volgt uit de woorden “een van beide echtgenoten” in art. 2, lid 2 WVPS). Terzijde merk ik op dat, indien geen mededelingsformulier wordt ingezonden, toch recht op externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van de DGA ontstaat, althans volgens hof Amsterdam 28 februari 2012.<sup>3</sup> De ratio van deze uitspraak is dat het recht op externe uitvoering rechtstreeks uit de wet voortvloeit, zoals hiervoor werd aangegeven.

## 2.1 De positie van de BV

De lijn dat de pensioenrechten van de (ex-)partner van de DGA van een BV extern dienen te worden uitgevoerd werd ingezet met het arrest van de Hoge Raad van 12 maart 2004.<sup>4</sup> In die zaak vorderde de ex-partner van een DGA externe uitvoering van haar pensioenrechten rechtstreeks van de BV (de DGA was geen partij bij de procedure). De Hoge Raad oordeelde dat:

- de vraag of de ex-partner van de DGA recht op externe uitvoering van (in de berechte situatie) haar pensioenrechten had niet uitsluitend afhangt van de eisen van redelijkheid en billijkheid zoals die de rechtsverhouding tussen de ex-partners beheersen; maar ook
- afhangt van de eisen van redelijkheid en billijkheid zoals die de rechtsverhouding tussen de ex-partner van de DGA en de BV beheersen, omdat de BV geen van partijen onafhankelijke pensioenuitvoerder is gezien het feit dat de BV volledig door de ene ex-partner (de DGA) wordt beheerst;
- de vordering strekkend tot externe uitvoering van de rechten van ex-partner van de DGA tegen de BV kan worden ingesteld zonder de DGA mede als partij te betrekken, omdat de DGA de BV in de procedure vertegenwoordigt;
- de keuze van een DGA voor het in eigen beheer uitvoeren van zijn pensioenrechten, waardoor de bescherming van de pensioenrechtelijke onderbrengingsverplichting van destijds art. 2, lid 1 Pensioen- en spaarfondsenwet (“PSW”), momenteel art. 23 Pensioenwet, niet geldt, niet rechtvaardigt dat de ex-partner van de DGA na scheiding in de risico’s zou moeten blijven delen, omdat het hoofddoel van pensioenrechtelijke onderbrengingsverplichting is te waarborgen dat een pensioenovereenkomst daadwerkelijk wordt nagekomen.

## 2.2 De positie van de DGA

In de uitspraak van 9 februari 2007<sup>5</sup> oordeelde de Hoge Raad in het kader van een procedure tussen ex-partners, waarvan de ene DGA was met pensioen in eigen beheer, dat:

- de eisen van redelijkheid en billijkheid in de rechtsverhouding tussen een DGA en zijn (ex-)partner, de vereveningsplichtige DGA verplichten tot externe uitvoering van de pensioenrechten van zijn (ex-)partner, omdat de DGA de BV beheerst; omdat
- de vereveningsgerechtigde in beginsel niet afhankelijk behoort te blijven van het beleid dat de DGA ten aanzien van de BV voert, waarvan het gevolg zou zijn dat de (ex-)partner het risico zou moeten blijven lopen dat het in eigen beheer opgebouwde pensioen te zijner tijd niet kan worden betaald;
- het antwoord op de vraag of in een concrete situatie recht op externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van de DGA bestaat, afhangt van alle omstandigheden die spelen;
- daarbij de omstandigheid dat onvoldoende liquide middelen aanwezig zijn om de externe uitvoering uit te voeren de DGA slechts dan bevrijdt van die verplichting, indien de vereveningsplichtige DGA stelt, en bij betwisting aannemelijk maakt, dat de benodigde liquide middelen voor externe uitvoering ook niet kunnen worden vrijgemaakt of van derden kunnen worden betrokken zonder de continuïteit van de BV in gevaar te brengen.

Bijzonderheid was dat in deze zaak externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner als uitgangspunt was overeengekomen. Desondanks trok de Hoge Raad de kernoverweging in bredere zin door met het oordeel dat externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van een DGA, ook als die niet is overeengekomen, op grond van de redelijkheid en billijkheid het uitgangspunt is. De procedure betrof uitsluitend pensioenverevening, kennelijk omdat de vereveningsplichtige DGA geen aanspraak op partnerpensioen aan zijn pensioenovereenkomst ontleende. Ik ga er echter zonder meer van uit dat het oordeel van de Hoge Raad voor een vordering strekkend tot externe uitvoering van bijzonder partnerpensioen op overeenkomstige wijze zou uitvallen.

## 2.3 Deling in onderdekking op de grondslag van postrelationele solidariteit

Voor het eerst werd in de uitspraak van de rechtbank Middelburg 22 december 2010<sup>6</sup> geoordeeld dat de (ex-)partner van een DGA in het kader van externe uitvoering dient te delen in onderdekking binnen de BV. De rechtbank baseerde dit oordeel op de gedachte dat indien de partners bijeen zouden zijn gebleven, zij ook samen in de onderdekking zouden hebben gedeeld. Het tekort zou naar evenredigheid van de hoogte van de wederzijdse aanspraken moeten worden verdeeld. In het midden bleef op welke wijze het tekort zou moeten worden vastgesteld of op welke wijze zou moeten worden bepaald welk bedrag de BV voor externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner beschikbaar zou moeten stellen. Een grondslag voor deze beperking van het recht op externe uitvoering van de pensioenrechten

3 Hof Amsterdam 28 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0788.

4 HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289.

5 HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658.

6 Rb. Middelburg 22 december 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BP1976.

van de (ex-)partner van de DGA gaf de rechtbank niet. Het lijkt voor de hand te liggen dat deze grondslag is gelegen in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2, lid 2 BW indien de rechten van de (ex-)partner van de DGA niet op een constitutieve overeenkomst berusten; art. 6:248, lid 2 BW, indien wel een constitutieve overeenkomst geldt). Een verplichting die op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid rust, kan worden beperkt of terzijde geschoven op grond van beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Omdat wettelijke en contractuele verplichtingen nu eenmaal geheel of gedeeltelijk kunnen worden beperkt op grond van de redelijkheid en billijkheid in het kader van toepassing van het onaanvaardbaarheidsleerstuk, geldt dat ook voor verplichtingen die voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid.

De lijn die werd uitgezet door de rechtbank Middelburg werd op 18 juni 2014 gevolgd door het hof Den Haag.<sup>7</sup> In die zaak werd geoordeeld dat het dekkingstekort binnen de BV dient te worden verdeeld naar evenredigheid van de grootte van de koopsommen die voor de externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner respectievelijk voor de DGA resterende rechten benodigd zouden zijn. Het hof Den Haag volgde voor de verdeling een andere maatstaf dan de rechtbank Middelburg (de benodigde koopsommen in plaats van de aanspraken). Het hof gaf net zoals de rechtbank geen eigen oordeel waaruit bleek op welke wijze het tekort binnen de BV zou moeten worden vastgesteld of op welke wijze zou moeten worden bepaald welk bedrag de BV voor externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van de DGA beschikbaar zou moeten stellen, maar volgde op dat punt de analyse van de financieel adviseur van de DGA (kennelijk omdat deze niet of onvoldoende was betwist). Het beschikbaar te stellen bedrag werd gesteld op het eigen vermogen van de BV. Als grondslag voor deling in onderdekking door de (ex-)partner van de DGA voerde het hof de "postrelationele solidariteit" op. Het hof gaf niet aan of deze grondslag in het verlengde ligt van de postrelationele zorgplicht voortvloeiend uit art. 1:81 BW, zoals die bijvoorbeeld zijn weerslag vindt in art. 1:156 BW en art. 1:157 BW (de regeling omtrent alimentatie), of moet worden beschouwd als toepassing van het onaanvaardbaarheidsleerstuk (beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid).

#### 2.4 *Deling in onderdekking volgens de Hoge Raad*

Uiteindelijk oordeelde de Hoge Raad over de verdeling van dekkingstekort binnen een BV in het kader van externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van een DGA. Uit de uitspraak van de Hoge Raad van 14 april 2017<sup>8</sup> blijken de volgende vuistregels:

- een BV die pensioen in eigen beheer uitvoert, dient in beginsel over voldoende vermogen te beschikken om de pensioenverplichting te kunnen nakomen;
  - omdat de BV op grond van art. 3.29 Wet inkomstenbelasting 2001 bij de vorming van de pensioenvoorziening een rekenrente van minimaal 4% dient te hanteren, terwijl de marktrente feitelijk structureel en langdurig lager is, zal de pensioenvoorziening op de fiscale balans ontoereikend zijn om de pensioenverplichting daadwerkelijk te kunnen nakomen ("kleine" BV's, waar het in de praktijk om pleegt te gaan, mogen op grond van art. 2:396 BW volstaan met het opstellen van een fiscale jaarrekening, zodat de kwesties die het onderwerp van dit artikel zijn op basis van fiscale jaarrekeningen plegen te worden beoordeeld);
  - de pensioenrechten van de (ex-)partner van de DGA en de voor de DGA resterende pensioenrechten dienen in het kader van externe uitvoering daarvan commercieel te worden gewaardeerd op basis van de actuele marktrente;
  - daarbij dient met de meerkosten van externe uitvoering rekening te worden gehouden. Onderdekking dient te worden verdeeld naar evenredigheid van de op deze wijze vastgestelde voor externe uitvoering benodigde bedragen;
  - de BV dient (uitgaande van de fiscale balans) een bedrag ter grootte van de pensioenvoorziening, vermeerderd met het eigen vermogen beschikbaar te stellen.
- De Hoge Raad plaatste het gegeven oordeel in het verlengde van de uitspraak uit 2007. De kapstok voor deling van onderdekking was de redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad sloot waarschijnlijk aan bij de uitspraak uit 2007, omdat de zaak uit 2017 ook tussen de ex-partners speelde (de BV was geen partij).
- Met het oordeel van de Hoge Raad werd duidelijk op welke wijze het voor externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van de DGA benodigde bedrag dient te worden berekend:
- vastgesteld moet worden welk bedrag benodigd is voor onderbrenging van de pensioenrechten van de (ex-)partner van de DGA en de resterende pensioenrechten van de DGA bij de gekozen pensioenuitvoerder (indien dat een verzekeraar is, kunnen offertes voor het verzekeren van deze rechten worden opgevraagd);
  - vastgesteld moet worden welk bedrag is gemeoid met de som van de fiscale pensioenvoorziening en het eigen vermogen van de BV (het gaat daarbij in mijn visie om het ongebonden eigen vermogen; het eigen vermogen dat zonder rekening te houden met de noodzakelijke herwaardering van het pensioen in eigen beheer beschikbaar zou zijn voor het opnemen van dividend);
  - van dit bedrag dient de BV het naar evenredigheid van de hoogte van het bedrag benodigd voor externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van de DGA daarvoor beschikbaar te stellen;
  - de DGA kan ervoor kiezen ook zijn resterende rechten extern uit te voeren, maar hij hoeft daartoe niet over te

<sup>7</sup> Hof Den Haag 18 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2744.

<sup>8</sup> HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693, met aantekening van mijn hand in PJ 2017/87.

gaan (en zal dat in de praktijk ook niet doen omdat hij nu eenmaal voor eigen beheer koos).

De uitspraak in 2017 gaf duidelijkheid. De peildatumproblematiek heeft echter sedertdien tot nieuwe geschillen geleid.

### 3. De peildatumproblematiek

In de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden van 11 oktober 2018<sup>9</sup> oordeelde het hof dat voor de berekening van het bedrag gemoeid met externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van een DGA:

- zou dienen te worden uitgegaan van de commerciële waarde van de pensioenrechten in eigen beheer op de datum van de scheiding, niet van die waarde op de datum waarop daadwerkelijk extern wordt uitgevoerd, ook al betekent dit dat uiteindelijk mogelijk niet de volledige pensioenrechten van de (ex-)partner van de DGA extern kunnen worden uitgevoerd indien de commerciële waarde van de pensioenrechten in eigen beheer zou stijgen gedurende de periode gelegen tussen de datum van de scheiding en de datum waarop de pensioenrechten van de (ex-)partner van de DGA daadwerkelijk extern zouden worden uitgevoerd (de grondslag van dit oordeel was gelegen in de postrelationele solidariteit: dat geldt immers ook voor de resterende pensioenrechten van de DGA zelf); en
- zou dienen te worden uitgegaan van de onderdekking op de datum van de scheiding, ondanks het feit dat vaststond dat de onderdekking in de BV gedurende de periode gelegen tussen datum scheiding en de datum waarop de pensioenrechten van de (ex-)partner van de DGA daadwerkelijk extern zouden worden uitgevoerd, was toegenomen als gevolg van een dividendopname voor het (gedeeltelijk) aflossen van een rekening-courantschuld (de grondslag van dit oordeel was gelegen in de redelijkheid en billijkheid, de DGA had de aflossing van de rekening-courant schuld ook uit privé middelen kunnen realiseren om te voorkomen dat de onderdekking zou toenemen en daarmee de dekkinggraad van het pensioen in eigen beheer zou afnemen).

Zoals hiervoor in de samenvatting van de uitspraak van de Hoge Raad die de aanleiding voor het schrijven van dit artikel was, al aangegeven, oordeelde de Hoge Raad<sup>10</sup> in casatieberoep tegen de uitspraak van het hof op 14 februari 2020 dat:

- de hoogte van de pensioenrechten dient te worden vastgesteld per datum scheiding (de grondslag voor dit oordeel was dat de WVPS voor de berekening van het recht op uitbetaling op ouderdomspensioen uit hoofde van pensioenverevening en voor de berekening van het

bijzonder partnerpensioen aanknoopt bij datum scheiding);

- de commerciële waarde van de pensioenaanspraken dient te worden vastgesteld per de datum waarop externe uitvoering wordt gerealiseerd (de grondslag voor dit oordeel was gelegen in de redelijkheid en billijkheid, die verplichten een BV die pensioen in eigen beheer uitvoert op elk moment over voldoende vermogen te beschikken om de pensioenverplichting te kunnen nakomen en om de pensioenrechten van de ex-partner extern te kunnen uitvoeren gezien het feit dat de (ex-)partner op grond van de redelijkheid en billijkheid recht op externe uitvoering van zijn of haar rechten op het pensioen van de (ex-)partner heeft);
- dekkingstekort op de datum waarop externe uitvoering wordt gerealiseerd dient naar evenredigheid van de grootte daarvan tussen de (ex-)partners te worden verdeeld op basis van de uitgangspunten van de beschikking van de Hoge Raad uit 2017 (de grondslag voor dit oordeel was gezien de aansluiting door de Hoge Raad aan de beschikking uit 2007 gelegen in de redelijkheid en billijkheid);
- de omstandigheden van het geval kunnen betekenen dat de rechter tot een andere verdeling van dekkingstekort komt, met name indien het aan de DGA valt te verwijten dat dekkingstekort is ontstaan of bestaand dekkingstekort is toegenomen (de Hoge Raad gaf geen grondslag voor het oordeel op dit punt, maar die grondslag lijkt wederom de redelijkheid en billijkheid te zijn).

Het voorbeeld dat de Hoge Raad gaf van een situatie waarin “*met name*” zou kunnen worden afgeweken van de regel dat dekkingstekort naar evenredigheid van de grootte daarvan tussen de (ex-)partners dient te worden verdeeld, was kennelijk ingegeven door de feitelijke omstandigheden die speelden. De DGA had immers door een dividendopname voor aflossing van (een gedeelte van) de bestaande rekening-courantschuld het dekkingstekort doen ontstaan of doen toenemen, terwijl hij in staat zou zijn geweest de beoogde aflossing van de rekening-courantschuld uit privé-middelen te voldoen. Hiervoor merkte ik al op dat een ander voorbeeld waarin plaats zou kunnen zijn van afwijking van de regel dat dekkingstekort op de datum waarop externe uitvoering wordt gerealiseerd naar evenredigheid van de grootte daarvan tussen de (ex-)partners dient te worden verdeeld, zich voordoet indien tussen datum scheiding en de datum waarop externe uitvoering daadwerkelijk wordt gerealiseerd dekkingstekort toeneemt, maar de vertraging aan de (ex-)partner valt te verwijten. De (ex-)partner zou dan naar redelijkheid moeten delen in het toegenomen dekkingstekort. Indien het dekkingstekort na datum scheiding afneemt en de (ex-)partner de externe uitvoering vertraagt, zou de (ex-)partner in mijn visie niet behoren te profiteren van het afgenomen dekkingstekort.

Uit de uitspraak van de Hoge Raad blijkt dat de ook op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde escape in verband met de continuïteit van de BV ongewijzigd blijft gelden.

9 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8995.

10 HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:276.

#### 4. **Beoordeling van de uitspraak van de Hoge Raad**

De uitspraak van de Hoge Raad ligt in lijn met de uitspraken van de Hoge Raad uit 2004, 2007 en 2017 en lijkt praktisch werkbaar. In mijn visie blijft echter in de beschikking uit 2017 en de beschikking van 14 februari 2020 die het onderwerp van dit artikel is, onderbelicht dat de kosten voor externe uitvoering (het bedrag ter grootte van het verschil tussen het bedrag benodigd voor het nakomen van de pensioenverplichtingen door de BV indien het pensioen in eigen beheer zou worden gehouden en het veel hogere bedrag benodigd voor externe uitvoering) volledig voor rekening van de BV komen. Dit bedrag zou de BV niet "kwijt" zijn, indien partijen niet zouden scheiden en het pensioen te zijner tijd vanuit de BV zou worden uitgekeerd. Het lijkt mij vanuit de gedachte dat aan het Nederlandse personen- en familierecht het beginsel ten grondslag ligt dat de schuldvraag bij scheiding geen rol speelt, dat dit verschil naar evenredigheid tussen de scheidende partners zou moeten worden verdeeld. De grondslag voor deze correctie zou kunnen zijn gelegen in de redelijkheid en billijkheid. Ik verwijs naar de motivering van de uitspraak van de rechtbank Middelburg uit 2010.

#### 5. **Restvragen**

Ik sluit dit artikel af met een aantal restvragen die in de rechtspraak nog niet werden beantwoord, waarbij ik kort aangeef hoe het antwoord in mijn visie zou moeten luiden.

De eerste restvraag is of indien volledige externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van een DGA niet mogelijk blijkt, de (ex-)partner genoegzaam moet nemen met de beperkte pensioenrechten zoals die extern worden uitgevoerd, of dat de (ex-)partner een vordering op de BV houdt voor het tekort. Het antwoord op die vraag luidt in mijn visie dat de (ex-)partner een vordering op de BV houdt voor het tekort. Externe uitvoering betekent immers niet meer of minder dan dat de pensioenrechten van de (ex-)partner van de DGA door de BV extern zijn veiliggesteld met het oog op insolventie van de BV. De voor externe uitvoering gesloten verzekering blijft echter tot het vermogen van de BV behoren en vervalt aan de BV zodra de (ex-)partner van de DGA overlijdt. De consequentie is dat de BV alsnog tot verdere externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner verplicht is, zodra de mogelijkheid daartoe bestaat, of verplicht is de uitkeringen die de (ex-)partner te zijner tijd ontvangt, aan te vullen. Dit geldt in mijn visie ook indien op de voet van art. 5 WVPS geconverteerde rechten extern worden uitgevoerd. Dan ontstaan weliswaar eigen rechten voor de (ex-)partner van de DGA en verschuift het vermogen voor externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van de BV naar de (ex-)partner van de DGA, maar dat betekent niet dat de (ex-)partner geen restvordering meer op de BV zou hebben. Overigens heeft de DGA die ervoor kiest zijn resterende pensioenrechten óók extern uit te voeren, een overeenkomstige restvordering op

zijn BV. Mijn indruk is dat de problematiek rond de restvorderingen in de praktijk veelal over het hoofd wordt gezien. De BV zou een voorziening op de balans moeten opnemen met het oog op de hier bedoelde restvorderingen.

De tweede restvraag is wie de pensioenuitvoerder voor externe uitvoering kiest. Dat is in mijn visie de BV, omdat op de BV de verplichting tot externe uitvoering rust. Indien echter conversie wordt overeengekomen, waardoor de (ex-)partner van de DGA eigen rechten verkrijgt, is weliswaar ook de BV bevoegd om de pensioenuitvoerder te kiezen omdat de verplichting tot externe uitvoering op de BV rust, maar omdat de (ex-)partner als verzekeringnemer fungeert, zal tussen de BV en de (ex-)partner feitelijk overeenstemming moeten bestaan over de te kiezen pensioenuitvoerder. De BV kan voorkomen dat de (ex-)partner voor onnodig kostbare externe uitvoering kiest. De (ex-)partner kan voorkomen dat de BV voor ondeugdelijke uitvoering kiest. Indien een patstelling ontstaat zal de rechter uiteindelijk moeten oordelen op basis van de redelijkheid en billijkheid.