

“Verboden” alimentatie eigendomsontneming?

EB 2022/22

Vlak voor Kerst 2021 verraste de Hoge Raad met een baanbrekend arrest waarin werd geoordeeld dat de Nederlandse vermogensrendementsheffing tot ongeoorloofde eigendomsontneming leidt indien de belasting hoger is dan het rendement op het vermogen. De reden: belasting mag niet méér bedragen dan het belaste inkomen. In dit artikel worden de mogelijke consequenties van dit arrest behandeld voor het in aanmerking nemen van dividendcapaciteit als onderdeel van de draagkracht van een DGA voor betaling van alimentatie terwijl de BV niet bevoegd is om dividend uit te keren in verband met de pensioenklem. Daarop ziet de titel van dit artikel. Daarnaast worden de mogelijke consequenties behandeld voor het in aanmerking nemen van leencapaciteit van een BV die de rechten van de ex-partner op het pensioen in eigen beheer van de DGA extern moet onderbrengen en voor het in aanmerking nemen van fictief inkomen als onderdeel van de draagkracht voor betaling van alimentatie omdat niet wettelijk verplicht of contractueel verplicht betaalde pensioenpremie niet ten laste van de draagkracht wordt gebracht.²

1. Inleiding

Het bedoelde arrest van de Hoge Raad is HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963. De reden dat de Hoge Raad oordeelde dat bij de vermogensrendementsheffing sprake kan zijn van een ongeoorloofde eigendomsontneming is dat de heffing uitgaat van een fictief rendement op vermogen. Daardoor kan de heffing leiden tot aantasting van het vermogen omdat de belasting méér kan bedragen dan het rendement. Dan is volgens de Hoge Raad sprake van een niet geoorloofde eigendomsontneming.³ Het arrest riep bij mij onmiddellijk een aantal vragen op. Is eveneens sprake van ongeoorloofde eigendomsontneming in de situatie waarin:

- voor het bepalen van de draagkracht voor betaling van alimentatie door een DGA in een rechterlijk oordeel wordt uitgegaan van de mogelijkheid om de BV dividend te laten uitkeren, terwijl de BV niet bevoegd is om dividend uit te keren vanwege de pensioenklem;⁴

- de BV op basis van een rechterlijk oordeel wordt gedwongen de leencapaciteit van de BV te benutten voor de financiering van het bedrag benodigd voor het extern onderbrengen van de rechten van de ex-partner op het pensioen van de DGA (het wettelijk recht op uitbetaling van ouderdomspensioen op grond van pensioenverevening en/of het bijzonder partnerpensioen);⁵
- fictief inkomen in aanmerking wordt genomen voor het bepalen van de draagkracht voor alimentatie omdat betaalde pensioenpremie buiten aanmerking wordt gelaten (in de situatie waarin de alimentatieplichtige niet wettelijk of contractueel verplicht pensioenpremie voldoet voor pensioenopbouw, maar die pensioenpremie op grond van een rechterlijk oordeel niet ten laste van zijn draagkracht wordt gebracht).⁶

Hiervoor wordt met contractueel verplicht betaalde pensioenpremie bedoeld op werknemerspensioenpremie die door de werkgever op het loon van de werknemer wordt ingehouden in verband met deelneming aan de bij de werkgever geldende pensioenregeling in de situatie waarin geen sprake is van wettelijk verplichte deelneming. Van wettelijk verplichte deelneming aan een pensioenregeling is sprake in de situatie waarin de werkgever onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds valt. Van contractueel verplichte deelneming is sprake in de situatie waarin de werkgever de werknemer verplicht tot deelneming aan de pensioenregeling als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden. De werknemer heeft in die situatie niet het recht van contracting out, het recht om af te zien van deelneming aan de pensioenregeling.

Een andere vraag die rijst is of de wettelijke regeling inhoudend dat een DGA de fiscale pensioenvoorziening ter dekking van pensioen in eigen beheer dient te berekenen uitgaande van een rente van ten minste 4%, standhoudt.⁷ De bepaling impliceert dat de BV de fiscale pensioenvoorziening uit ongebonden eigen vermogen dient aan te zuiveren tot de commerciële waarde om de BV in staat te stellen aan de pensioenuitkeringsverplichtingen te voldoen. Over dat bedrag waarmee de fiscale pensioenvoorziening moet worden aangevuld is vennootschapsbelasting voldaan. Het pensioen is volledig belast, zodat sprake is van dubbele belasting voor zover het pensioen wordt uitgekeerd uit de aanvulling van de fiscale pensioenvoorziening tot

1 Mr. W.P.M. Thijssen is advocaat bij Pensioenadvocaten.nl en is als onderzoeker verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht.

2 Andere situaties waarin voor het bepalen van de draagkracht voor betaling van alimentatie fictief inkomen in aanmerking wordt genomen, worden in dit artikel niet behandeld. Daarvoor kan naar analogie hetzelfde gelden als voor niet verplichte pensioenpremie.

3 Zie met name overweging 3.5 van het arrest van de Hoge Raad.

4 Zie art. 2:216, lid 1 BW in het kader van de solvabiliteitstoets en art. 2:216, lid 2 BW voor de liquiditeitstoets die moet worden uitgevoerd wanneer een BV pensioenverplichtingen in eigen beheer houdt, daarover W.P.M. Thijssen, DGA, pensioen in eigen beheer, “verboden” alimentatie en de rekening-courant (deel 1) (EB 2018/5) en deel 2 (EB 2018/14).

5 Zie art. 2, lid 2 respectievelijk art. 3a Wet verevening pensioenrechten bij scheiding. Over de externe onderbrenging: W.P.M. Thijssen, De peildatum bij externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van een DGA, EB 2020/40. Zie voor de verplichting tot het benutten van die leencapaciteit HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658, r.o. 4.5, waaruit volgt dat de DGA dient te bewerkstelligen dat de BV die leencapaciteit benut.

6 Dat de mogelijkheid om die premie niet ten laste van de draagkracht te brengen bestaat volgt uit het Rapport Expertgroep Alimentatienormen, versie 2022, zie specifiek p. 35, punt 12.

7 Zie art. 3.29 Wet op de inkomstenbelasting 2001.

de pensioenvoorziening op marktwaarde. Omdat die vraag geen direct verband houdt met pensioen en scheiding, blijft deze vraag in dit artikel onbeantwoord.

De hiervoor in de opsomming opgeworpen vragen worden in dit artikel beantwoord.

2. Juridisch kader

Art. 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: "art. 1 EP") houdt sinds 20 maart 1952 in dat de Staat het ongestoorde genot van eigendom dient te waarborgen.⁸ Wel mag de Staat inbreuk op het eigendomsrecht maken in het algemeen belang, mits onder voorwaarden die in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht zijn voorzien. Daarnaast mag de Staat het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang reguleren. Ook mag de Staat inbreuk maken op het eigendomsrecht om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten aan de Staat te waarborgen. Art. 14 EVRM bepaalt dat de Staat de rechten die voor burgers uit het EVRM volgen zonder onderscheid te maken moet waarborgen. In dat verband wordt onder meer uitdrukkelijk genoemd dat geen onderscheid op basis van vermogen mag worden gemaakt. Het EVRM, en daarmee ook art. 1 EP, heeft rechtstreekse werking. Dat betekent dat de rechter bevoegd is Nederlandse wetgeving te toetsen aan het EVRM en daarmee aan art. 14 EVRM en art. 1 EP.

Art. 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: "art. 17 Handvest"⁹) bepaalt dat de rechtmatige eigenaar van goederen het recht heeft deze goederen te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en deze te vermaken. De Staat mag eigendom slechts ontnemen in het algemeen belang en in gevallen en voorwaarden die bij wet zijn voorzien. Ontneming van eigendom door de Staat moet door de Staat tijdig en op billijke wijze worden vergoed. De wijze waarop de eigenaar van goederen deze mag gebruiken kan bij wet worden gereguleerd, voor zover het algemeen belang dat vereist. Het Handvest geldt sinds 1 december 2009 voor Nederland (en de andere lidstaten die geen uitzonderingspositie hebben bedongen).¹⁰ Het Handvest is uitsluitend van toepassing op wetgeving van lidstaten waarin uitvoering wordt gegeven aan Unierecht.¹¹ Het HvJ EU heeft dit zo uitgelegd, dat het Handvest steeds van toepassing is als een nationale regeling binnen de werkingssfeer van het

EU-recht valt.¹² Het Handvest dient zo te worden uitgelegd, dat het nimmer tot mindere bescherming leidt dan volgens het EVRM, maar mag wel zo worden uitgelegd dat het tot ruimere bescherming leidt.¹³

Leidt toetsing van een veronderstelde ongeoorloofde ontneming van eigendom door de Staat aan art. 1 EP tot dezelfde uitkomst als toetsing aan art. 17 Handvest? Dat is mogelijk niet het geval indien bij toetsing aan art. 17 Handvest mede getoetst moet worden hoe de veronderstelde eigendomsontneming zich verhoudt tot de economische en sociale doelstelling van de EU.¹⁴ Bij toetsing aan art. 1 EP speelt dat aspect geen rol. Ik beperk mij hierna tot art. 1 EP. Indien de Nederlandse alimentatiewetgeving zoals uitgelegd door de rechter in het licht van het aangeduide criterium niet uitsluitend aan art. 1 EP zou kunnen worden getoetst, maar ook aan art. 17 Handvest, leidt dat hooguit tot verder gaande bescherming, bijvoorbeeld in de vorm van een compensatoire betaling door de Staat rechtstreeks op grond van art. 17 Handvest in plaats van via het leerstuk van de onrechtmatige daad.¹⁵

Van een ongeoorloofde eigendomsontneming kan sprake zijn indien een eigendomsontneming de legitimiteitstoets en de proportionaliteitstoets niet doorstaat. De toets vangt aan met de legitimiteitstoets. Die houdt in dat een eigendomsontneming door de Staat ongeoorloofd is indien deze geen legitiem doel dient. Indien de eigendomsontneming op zichzelf wel een legitiem doel dient, dient vervolgens de proportionaliteitstoets te worden uitgevoerd. Die houdt in dat moet worden getoetst of een redelijke verhouding bestaat tussen de belangen die de wetgever met de eigendomsontneming heeft willen dienen en de gevolgen van de eigendomsontneming voor de justitiabele. Daarbij heeft de Staat in beginsel grote beleidsvrijheid. Indien op zichzelf ook aan de proportionaliteitstoets is voldaan, maar in het concrete geval als gevolg van de eigendomsontneming een individuele excessieve last ontstaat, is ondanks het feit dat de eigendomsontneming op zichzelf de toets doorstaat, in het individuele geval toch sprake van een ongeoorloofde eigendomsontneming. Algemeen geldt dat de lat hoog ligt.

8 Zie voor de Engelse en de Franse tekst *Trb.* 1952/80. 1990, voor de Nederlandse tekst *Trb.* 1954/152. Art. 1 EP trad voor Nederland in werking vanaf 31 augustus 1954 (zie *Trb.* 1954/152).

9 Publicatieblad EG 18 december 2000, C 364, p. 12.

10 <https://ec.europa.eu/justice/eu-essentieel/handvest-grondrechten#:~:text=>

11 Art. 51 Handvest.

12 HvJ EU 26 februari 2013, ECLI:EU:C:2013:105 inzake Akerberg. Het Hof oordeelde het volgende. Het Unierecht staat in de weg aan een rechterlijke praktijk die aan de verplichting voor de nationale rechter om een bepaling die in strijd is met een door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie gewaarborgd grondrecht buiten toepassing te laten, de voorwaarde verbindt dat deze strijdigheid duidelijk uit de bewoordingen van het Handvest of de daarop betrekking hebbende rechtspraak blijkt, aangezien deze praktijk de nationale rechter de macht ontzegt om, in voorkomend geval in samenwerking met het Hof, volledig te beoordelen of die bepaling verenigbaar is met het Handvest.

13 Art. 52, lid 3 Handvest.

14 In die zin uit de pensioenrechtelijke literatuur H. van Meerten en P. Borsjé, Pension rights and entitlement conversion ('invaren'): lessons from a Dutch perspective with regard to the implications of the EU Charter, te vinden via https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2752624, paragraaf 5.3. Dit paper betreft het 'invaren' van bestaande pensioenrechten zoals voorzien in het consultatievoorstel van Wet toekomst pensioenen. Zie voorts H. van Meerten, Invaren: ten onrechte geen aandacht voor het Handvest, *TPV* 2014/24.

15 Anders dan art. 1 EP geeft art. 17 Handvest uitdrukkelijk recht op compensatie voor een ongeoorloofde eigendomsontneming.

In het arrest van 24 december 2021 oordeelde de Hoge Raad dat de forfaitaire vermogensrendementsheffing (door uit te gaan van een beleggingsopbrengst van 4% op vermogen) de proportionaliteitstoets niet doorstaat. De Staat mag degenen die zodanig gebruik maken van hun vermogen c.q. hun vermogen zodanig exploiteren dat dit niet een rendement van 4% genereert, geen belasting opleggen die hoger is dan het werkelijk gerealiseerde rendement.¹⁶ Dat leidt tot verboden discriminatie in de zin van art. 14 EVRM omdat het onderscheid tussen degenen die wel een rendement van ten minste 4% op hun vermogen hebben gerealiseerd en voor de betaling van vermogensrendementsheffing niet hoeven in te teren op hun vermogen en degenen die wel moeten interen op hun vermogen omdat het gerealiseerde rendement niet ten minste 4% bedroeg niet is geoorloofd.¹⁷

Indien de uitleg door de rechter van wetgeving die op zichzelf geen ongeoorloofde eigendomsontneming inhoudt desondanks tot een ongeoorloofde eigendomsontneming leidt, kan de Staat schadelijktig zijn voor deze rechtspraak, die dan als onrechtmatig geldt. De Hoge Raad oordeelde in het arrest van 24 december 2021 niet dat vermogensbelasting sowieso tot ongeoorloofde eigendomsontneming leidt,¹⁸ maar dat vermogensbelasting in de vorm van de vermogensrendementsheffing tot een ongeoorloofde eigendomsontneming leidt voor degenen die voor de betaling van de belasting dienden in te teren op hun vermogen. Naar analogie hiervan verwacht ik dat de rechter, indien die vraag zou voorliggen, niet zal oordelen dat alimentatie sowieso tot ongeoorloofde eigendomsontneming leidt, maar bepleit ik dat de rechter zou moeten oordelen, indien die vraag zou voorliggen, dat sprake is van een ongeoorloofde eigendomsontneming indien een rechterlijk oordeel zou inhouden dat alimentatie uit fictief inkomen moet worden betaald. Verder bepleit ik dat de rechter het recht op externe onderbrenging van de rechten van de ex-partner van een DGA op diens pensioen in eigen beheer dient te beperken tot de bedragen die de BV vrij kan maken zonder de continuïteit in gevaar te brengen en zonder eventuele leencapaciteit te moeten benutten.

3. De toets

De toets die moet worden uitgevoerd in het kader van de te beantwoorden vragen of de eigendomsontneming in kwestie geoorloofd is, houdt in dat moet worden getoetst of de eigendomsontneming legitiem is (een legitiem doel

dient), en of sprake is van een "fair balance" tussen het algemeen belang dat met de eigendomsontneming is gediend en het belang van het individu bij het behoud van zijn eigendom. Deze "fair balance"-toets houdt in dat de inbreuk op het eigendomsrecht van het individu, om geoorloofd te zijn, proportioneel moet zijn in verhouding tot het met de eigendomsinbreuk nagestreefde doel. Daarbij heeft de Staat ruime beoordelingsvrijheid.¹⁹

3.1 "Verboden" alimentatie

Van "verboden" alimentatie is naar mijn mening sprake indien een rechterlijk oordeel over alimentatie inhoudt dat bij de draagkracht van de DGA voor betaling van alimentatie naast het DGA-salaris rekening wordt gehouden met de mogelijkheid dat de DGA het beschikbaar stellen door de BV van dividend bewerkstelligt, terwijl de BV niet bevoegd is om dividend uit te keren vanwege de pensioenklem. De reden voor het mede in aanmerking nemen van dividendcapaciteit van de BV voor het vaststellen van de draagkracht van de DGA is gelegen in het feit dat de DGA zijn salaris zelf kan vaststellen en zou kunnen trachten zijn draagkracht te beperken.

De rechter die de draagkracht van een DGA tot betaling van alimentatie vaststelt, zal niet alleen het DGA-salaris in aanmerking nemen indien dat salaris onvoldoende is om de alimentatie volgens de eveneens door de rechter vastgestelde "behoefte" te voldoen. De rechter zal dan toetsen of de BV over ongebonden eigen vermogen ("extra reserves", in het familierecht ook vaak aangeduid als "opgepotte winsten") beschikt. Indien de rechter de fiscale balans van de BV tot uitgangspunt neemt voor het vaststellen van de dividendcapaciteit van de BV en constateert dat uit die fiscale balans blijkt dat de BV over ongebonden eigen vermogen beschikt, zal de rechter oordelen dat sprake is van dividendcapaciteit.

De pensioenklem houdt in dat de BV slechts bevoegd is om dividend uit te keren, indien de fiscale pensioenvoorziening wordt omgerekend op marktwaarde. Het ongebonden eigen vermogen van de BV daalt met het bedrag waarmee de pensioenvoorziening door deze herwaardering toeneemt. De dividendcapaciteit van de BV daalt met hetzelfde bedrag. Indien de rechter deze zogenaamde pensioentoets of pensioenuitkeringstest niet uitvoert en voor het vaststellen van de draagkracht van de DGA uitgaat van de dividendcapaciteit volgens de fiscale jaarrekening, leidt dat tot "verboden" alimentatie. De DGA moet zijn BV dan dividend laten uitkeren voor het betalen van alimentatie terwijl de BV niet tot het uitkeren van dividend bevoegd is. De DGA komt dan in de situatie te verkeren dat materieel sprake is van onbehoorlijk bestuur van de BV, met dien verstande dat in die situatie uiteraard geen sprake is van ernstig **verwijtbaar** persoonlijk handelen.²⁰ Het rechterlijk oordeel dat hij "ver-

¹⁶ Zie overweging 3.3.4 en 3.5.

¹⁷ De crux is dat 4% rendement uitsluitend kan worden behaald op basis van een risicoprofiel met aanzienlijk beleggingsrisico, omdat de marktrente structureel lager is dan 4%. De Staat is ingevolge art. 14 EVRM niet bevoegd justitiabelen te dwingen tot risicovol beleggen.

¹⁸ Of dat eventueel het geval is, laat ik in dit artikel onbesproken. Ik verwacht dat het oordeel zou leiden dat vermogensbelasting op zichzelf niet tot een ongeoorloofde eigendomsontneming leidt, maar wordt gelegitimeerd onder de noemer regulering van eigendom zolang het onderliggende vermogen niet hoeft te worden aangesproken om de vermogensbelasting te betalen. Anders gezegd: de inkomsten gegenereerd uit vermogen mogen door een Staat onder vigeur van art. 1 EP worden belast.

¹⁹ Zie overweging 3.2.1 in het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021.

²⁰ Zie art. 2:9, lid 2 BW.

boden" alimentatie moet betalen, kan de DGA immers niet worden aangerekend.²¹

Naar analogie van het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021 constateer ik dat "verboden" alimentatie leidt tot een ongeoorloofde eigendomsontneming volgens het bepaalde in art. 1 EP. "Verboden" alimentatie leidt immers tot een "regulering van eigendom" die betekent dat voor de betaling van alimentatie moet worden ingeteerd op middelen die wettelijk niet zijn bestemd voor betaling van alimentatie (niet tot de "draagkracht" behoren), indien die middelen er al zijn. Indien die middelen er niet zijn, leidt "verboden" alimentatie tot insolventie van de alimentatieplichtige. Dan is geen sprake meer van de hiervoor bedoelde "fair balance" of proportionaliteit. Indien de DGA voor betaling van "verboden" alimentatie gaat lenen (in de praktijk: van de BV, waardoor een rekening-courantschuld ontstaat), is nog steeds sprake van een ongeoorloofde eigendomsontneming omdat daarmee "negatieve eigendom" ontstaat. Die is gelijk te stellen met een eigendomsontneming.²²

3.2 *Lenen voor externe onderbrenging van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en/of bijzonder partnerpensioen*

Externe onderbrenging van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen uit hoofde van pensioenverevening en/of bijzonder partnerpensioen door de BV van een DGA betekent dat de BV van de DGA ten opzichte van de ex-partner van de DGA verplicht is die rechten te verzekeren.²³ De DGA is zelf ten opzichte van zijn ex-partner verplicht om te bewerkstelligen dat de BV tot externe onderbrenging van die rechten overgaat.²⁴ Bij onderdekking (de fiscale pensioenvoorziening, vermeerderd met het ongebonden eigen vermogen van de BV bedragen minder dan de commerciële pensioenvoorziening) is de verplichting tot externe onderbrenging van de rechten van de ex-partner van de DGA beperkt. Die rechten dienen in die situatie slechts naar evenredigheid van het dekkingstekort extern te worden ondergebracht.²⁵ De rechten van de ex-partner worden vastgesteld per de datum van het eindigen van het huwelijk/geregistreerd partnerschap. Het bedrag benodigd voor externe onderbrenging wordt, afgezien van uitzonderings-situaties, bepaald per de datum waarop de externe onderbrenging feitelijk wordt gerealiseerd.²⁶ In geval van niet volledige externe onderbrenging behoudt de ex-partner voor het restant een restvordering op de BV.²⁷

Voor het onderwerp van dit artikel is relevant dat de Hoge Raad in de aangehaalde beschikking uit 2007²⁸ oordeelde

dat de BV in dit verband verplicht is de leencapaciteit te benutten. Dat oordeel betekent dat indien een BV de middelen die nodig zijn voor externe onderbrenging van de rechten van de ex-partner van de DGA op het pensioen in eigen beheer van de DGA niet kan vrijmaken zonder de continuïteit van de BV in gevaar te brengen, maar wel kan lenen, de BV verplicht is een dergelijke lening aan te gaan. Die lening moet dan uit toekomstige winst worden afgelost. In die situatie dient fictief vermogen te worden aangewend voor externe onderbrenging van de rechten van de ex-partner van de DGA op het pensioen in eigen beheer van de DGA. Naar analogie van de situatie die speelde in de situatie die door de Hoge Raad werd berecht in het arrest van 24 december 2021 is naar mijn mening ook hier sprake van ongeoorloofde eigendomsontneming. Uitgaande van de oordelen van de Hoge Raad uit 2004 en 2007 is de verplichting tot externe onderbrenging van de rechten van de ex-partner van de DGA op het pensioen in eigen beheer van de DGA legitiem. Het middel (het moeten benutten van de leencapaciteit) ontbeert echter de "fair balance" tussen het op zichzelf legitieme doel en de gevolgen voor de BV van de DGA. Aan de proportionaliteitseis is niet voldaan indien de BV moet lenen voor het voldoen aan de verplichting tot externe onderbrenging, omdat lenen leidt tot "negatieve eigendom".

3.3 *Het buiten aanmerking blijven van pensioenpremiebetalingen*

Bij het niet in aanmerking nemen voor het berekenen van de draagkracht voor alimentatie van contractuele pensioenpremiebetalingen door een alimentatieplichtige ontstaat alimentatieplicht over fictief inkomen. Ook in deze situatie is naar analogie van de uitspraak van de Hoge Raad van 24 december 2021 sprake van een ongeoorloofde eigendomsontneming.

Deze situatie verschilt wel van de andere situaties die hiervoor aan de orde waren. De alimentatieplichtige kan zich namelijk van een niet wettelijk of contractueel verplichte pensioenpremiebetalingsverplichting bevrijden (afgezien van een eventuele opzegtermijn van een gesloten pensioenverzekeringsovereenkomst). Indien de alimentatieplichtige de verplichting is aangegaan om de alimentatieplicht te verminderen, kan sprake zijn van een situatie waarin een beroep op art. 1 EP moet wijken op grond van het onaanvaardbaarheidsleerstuk. Indien een alimentatieverplichting die wordt vastgesteld zonder het in aanmerking nemen van de te kwader trouw aangegane verplichting tot insolventie van de alimentatieplichtige zou leiden, kan het onaanvaardbaarheidsleerstuk impliceren dat een redelijke periode wordt vastgesteld waarbinnen de alimentatieplichtige zich van de aangegane verplichting kan bevrijden. Bij het vaststellen van alimentatie heeft de rechter volledige vrijheid waar het betreft de hoogte en de duur van de alimentatie.²⁹ Het Rapport Alimentatienormen is geen recht in de zin van 79 RO en hoeft niet door de rechter worden gevolgd. Ik merk nog op

21 Zie voor een toelichting van de gevolgen van "verboden" alimentatie mijn bijdragen in *EB 2018/5* en *EB 2018/14*, aangehaald in voetnoot 4.

22 Zie uitvoerig mijn al aangehaalde artikelen *EB 2018/5* en *EB 2018/14*.

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

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

25 HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693.

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

27 W.P.M. Thijssen, De peildatum bij externe uitvoering van de pensioenrechten van de (ex-)partner van een DGA, *EB 2020/40*.

28 Zie voetnoot 5.

29 Zie de artt. 1:156 en 1:157 BW.

dat het gestelde in dit onderdeel zich uitstrekt tot andere situaties waarin fictief inkomen in aanmerking wordt genomen bij de vaststelling van alimentatie.

4. Staatsaansprakelijkheid voor onjuiste rechtspraak

De alimentatieplichtige die "verboden" alimentatie heeft betaald, de DGA wiens BV leencapaciteit heeft moeten benutten voor externe onderbrenging van de rechten van de ex-partner op pensioen in eigen beheer binnen de BV en de alimentatieplichtige die anders dan door "verboden" alimentatie uit fictief inkomen alimentatie heeft moeten betalen op grond van een rechterlijk oordeel, staat voor de vraag of de Staat aansprakelijk kan worden gesteld voor de daardoor geleden schade.

De Hoge Raad oordeelde in het arrest van 24 december 2021 dat de aanleiding vormde voor het schrijven van dit artikel, dat de rechtsbescherming die art. 1 EP biedt in het kader van de vermogensrendementsheffing op rechtsherstel gericht compensatie vergt. De Hoge Raad oordeelde dat die compensatie in het algemeen door de rechter slechts naar redelijkheid zal kunnen worden vastgesteld.³⁰

In HR 3 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB6788³¹ oordeelde de Hoge Raad dat van een onrechtmatige overheidsdaad, en daarmee van schadelijktigheid van de Staat, in geval van onjuiste rechtspraak sprake kan zijn indien:

- bij de voorbereiding van de onjuiste rechterlijke uitspraak zodanig fundamentele rechtsbeginselen zijn geschonden, dat geen sprake was van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak;
- tegen de rechterlijke uitspraak waarvan wordt gesteld dat deze onrechtmatig is geen rechtsmiddel meer open staat of opengestaan heeft.

Op het tweede punt zal het voor alimentatieplichtigen lastig liggen om een beroep te doen op ongeoorloofde eigendomsontneming in verband met het vaststellen van "verboden" alimentatie of alimentatie over fictief inkomen in andere zin. De eerste reden is in het juridische vlak gelegen: in beginsel kan tegen een onjuiste rechterlijke uitspraak omtrent alimentatie altijd worden opgekomen op grond van het argument dat de uitspraak van meet af aan niet aan de wettelijke maatstaven heeft voldaan.³² Gesteld zou daarom kunnen worden dat een uitspraak inzake alimentatie de facto nimmer kracht en gezag van gewijsde verkrijgt. Toch gaat deze redenering niet op: een uitspraak inzake alimentatie krijgt net als andere uitspraken kracht en gezag van gewijsde door het verstrijken van de termijn voor het instellen van hoger beroep of cassatieberoep. De wettelijke regeling omtrent het niet voldoen aan de

wettelijke maatstaven van een uitspraak omtrent alimentatie betekent slechts dat in een volgende zaak geen beroep op de kracht van gewijsde kan worden gedaan. De tweede reden is een alimentatieplichtige die met een ongeoorloofde eigendomsontneming wordt geconfronteerd bij de vaststelling van zijn alimentatieplicht in de praktijk door insolventie niet in staat zal zijn de kosten voor vervolgproucedures op te brengen. Dat is uiteraard geen juridisch, maar een praktisch argument. Met uitsluitend verwijzing naar het arrest uit 1971 is uiteraard geen doorwrochte behandeling beoogd van staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. In het kader van dit artikel wordt met deze verwijzing volstaan om duidelijk te maken dat van aansprakelijkheid van de Staat wel sprake kan zijn (net zoals in het arrest van 24 december 2021).

5. Verjaring

Mij is niet bekend in hoeveel zaken in het verleden alimentatie is vastgesteld die tot ongeoorloofde eigendomsontneming heeft geleid. Ook is mij niet bekend in hoeveel zaken BV's zijn veroordeeld tot het benutten van leencapaciteit in het kader van externe onderbrenging van de rechten van ex-partners van DGA's op pensioen in eigen beheer. Ik sluit echter geenszins uit dat dit structureel is voorgekomen en dat met schadevergoeding (evenals in het kader van de vermogensrendementsheffing) substantiële bedragen zijn gemoeid.

De vraag rijst dan of, en in hoeverre, schadeclaims zijn verjaard. Omdat het om vorderingen op grond van onrechtmatige overheidsdaad gaat, begint de verjaringstermijn te lopen vanaf de dag waarop de benadeelde met de schade en de aansprakelijke persoon bekend is geworden. De verjaringstermijn belooft dan vijf jaar, met dien verstande dat een vordering tot schadevergoeding sowieso twintig jaar nadat de schade is ontstaan verjaart.³³ Daarbij bestaat de mogelijkheid dat deze termijnen in het kader van schade die zich periodiek voordoet (zoals bij alimentatie), aanvangen bij het ontstaan van de initiële schade.³⁴ De verjaringstermijn begint niet eerder te lopen dan nadat de benadeelde daadwerkelijk een rechtsovereenkomst kan instellen. De schade en de daarvoor aansprakelijke persoon dienen met voldoende zekerheid vast te staan (absolute zekerheid in niet vereist).³⁵ Dan zou de eenvoudige conclusie kunnen zijn dat de verjaringstermijn van de vorderingen die het onderwerp van dit artikel zijn op 24 december 2021 is gaan lopen.

Dat is echter onjuist. In het kader van verjaring kan geen beroep worden gedaan op onbekendheid met de juridische beoordeling van feiten en omstandigheden die aan een vordering ten grondslag liggen. "Rechtsdwaling" schort de

30 Zie overweging 3.6.3 van het arrest van 24 december 2021.

31 Tekst niet gepubliceerd via www.rechtspraak.nl.

32 Art. 1:401, lid 4 BW.

33 Art. 3:310, lid 1 BW.

34 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7210 (overwegingen 5.11 tot en met 5.13).

35 Stolker, in *T&C BW*, art. 3:310 BW, aant. 2.

aanvang van de verjaring niet op.³⁶ Dat betekent dan concreet dat de verjaring is gaan lopen vanaf het moment dat een onjuist rechterlijk oordeel werd gegeven. Omdat het verjaringsleerstuk geen dwingend recht behelst, rijst de vraag of een beroep op verjaring door de Staat in kwesties rond de ongeoorloofde eigendomsontneming die het onderwerp van dit artikel was afstuit op het onaanvaardbaarheidsleerstuk.

36 Juist in verband met aansprakelijkheid van de Staat werd in die zin geoordeeld in HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677 inzake TMG/Staat (overweging 3.3.3).