

## **JURISPRUDENTIE HOGE RAAD DGA EN ECHTSCHEIDING**

Met betrekking tot de vraag of een DGA in het kader van echtscheiding verplicht is om het aan de ex-echtgenoot toekomende deel van het ouderdomspensioen dat in de onderneming wordt opgebouwd af te storten bij een verzekeraar is een drietal arresten van de Hoge Raad (HR) van belang.

In de eerste plaats een arrest van 19 januari 1996, NJ 1996/617. Daarin heeft de HR geoordeeld dat een vordering tot het onderbrengen van pensioenaanspraken bij een verzekeraar in een situatie van echtscheiding dient te worden gebaseerd op de eisen van redelijkheid en billijkheid die de verhouding van de gewezen echtgenoten na ontbinding van het huwelijk beheersen.

In rechtsoverweging 5.2 heeft de HR het volgende overwogen..

*“Bij beoordeling ervan moet worden vooropgesteld dat een echtgenoot in het algemeen niet aan de omstandigheid dat het huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden, een aanspraak kan ontlenen tot het verschaffen van een oudedagsvoorziening (vgl. HR 5 oktober 1990, NJ 1991, 576). Dat neemt niet weg dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van het geval wel een verplichting kan voortvloeien dat een echtgenoot eraan moet meewerken dat zijn echtgenote over een oudedagsvoorziening kan beschikken. Zodanige bijzondere omstandigheden heeft het Hof hier kennelijk aanwezig geacht, te weten dat in een van de door de man beheerste vennootschappen, waarmee het Hof klaarblijkelijk bedoelt R.V. BV, bij welke vennootschap de vrouw in dienst is geweest, voor de vrouw als werknemster van die vennootschap een pensioenreserve aanwezig is. Voorts is van belang dat van de vrouw in redelijkheid niet kan worden gevergd dat zij zou hebben te aanvaarden dat ook na de echtscheiding de ten behoeve van haar opgebouwde pensioenreserve in genoemde vennootschap wordt gelaten, nu deze vennootschap door de man wordt beheerst. Door onder deze omstandigheden te oordelen dat de man ervoor dient zorg te dragen dat de gehele ten behoeve van de vrouw opgebouwde pensioenreserve aan de vrouw wordt uitgekeerd, heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.”*

In deze casus ging het overigens niet om verevening van het in de vennootschap opgebouwde pensioen van de DGA maar om pensioen dat de ex-echtgenote als werknemer in de vennootschap had opgebouwd.

In een arrest van 12 maart 2004, NJ 2004/636 ging het wel om verevening van het in de vennootschap opgebouwde pensioen van de DGA. Ook in dit kader oordeelt de HR dat de rechtsverhouding tussen gewezen echtgenoten wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid en dat daaruit de verplichting kan voortvloeien tot afstorting van de aanspraak van de vereveningsgerechtigde.

In rechtsoverweging 4.4. heeft de HR hiertoe het volgende overwogen.

*“Anders dan het hof heeft geoordeeld, zijn voor de toewijsbaarheid van die vorderingen niet (slechts) bepalend de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen V. en B. na echtscheiding beheersen. Die toewijsbaarheid dient te worden beoordeeld in de verhouding tussen de BV als uitvoerder van de PSW en de WVP enerzijds en B. als vereveningsgerechtigde én degene die aanspraak heeft op het hiervoor in 3.1. onder (t) bedoelde bijzonder weduwenpensioen anderzijds. Daarbij kunnen genoemde eisen, in*

*aanmerking genomen dat — zoals het hof, in cassatie onbestreden, heeft geoordeeld — de BV, nu deze door V. als directeur en enig aandeelhouder wordt beheerst, niet als een onafhankelijk uitvoerder van de PSW en de WVP is te beschouwen, een rol spelen, ook in die zin dat zij mede bepalend kunnen zijn voor hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid te dezen in de hiervoor genoemde verhouding tussen B. en de BV meebrengen. (.....) Hoofddoel van de PSW is immers te waarborgen dat de aan een werknemer gedane pensioentoezegging zoveel mogelijk gestand wordt gedaan, en met dat doel alsmede met de verantwoordelijkheid die de uitvoerder van een dergelijke toezegging in dat verband heeft, zijn de door B. aan de door V. beheerste BV in die hoedanigheid verweten gedragingen onverenigbaar. De keuze die V. destijds heeft gemaakt om zijn pensioenvoorziening in eigen beheer te houden, impliceert weliswaar het buiten toepassing laten van een aantal beschermende bepalingen en rechten die uit de PSW voortvloeien, maar dat kan niet het oordeel rechtvaardigen dat B. het risico zou hebben te aanvaarden dat als gevolg van die zo-even bedoelde gedragingen haar hier aan de orde zijnde pensioenen niet (volledig) tot uitbetaling kunnen komen. Een en ander leidt tot de slotsom dat de klachten van de onderdelen 1, 2 en 3, voor zover deze op het vorenstaande gericht zijn, slagen.”*

Dit betekent dus dat de redelijkheid en billijkheid met zich mee kunnen brengen dat het risico van een in eigen beheer opgebouwd pensioen niet volledig tot uitbetaling komt niet behoeft te worden aanvaard.

In een arrest van 9 februari 2007, NJ 2007/306 gaat de HR nog een stap verder met de bescherming van de gewezen echtgenoot. In dit arrest heeft de HR geoordeeld dat de tot verevening verplichte DGA naar eisen van redelijkheid en billijkheid in beginsel verplicht is tot afstorting bij een verzekeraar. Een en ander dient te worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden. Een beroep op het niet aanwezig zijn van liquide middelen zal slechts slagen als de continuïteit van de bedrijfsvoering in gevaar komt.

Zie hiertoe hetgeen de HR heeft overwogen in rechtsoverweging RO 4.5

*“De eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen, zullen in het algemeen meebrengen dat de tot verevening verplichte echtgenoot die als directeur en enig aandeelhouder de rechtspersoon beheerst waarin de te verevenen pensioenaanspraak is ondergebracht, dient zorg te dragen voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar van het kapitaal dat nodig is voor het aan de andere echtgenoot toekomende deel van de pensioenaanspraak. Van de vereveningsgerechtigde echtgenoot kan in beginsel immers niet worden gevergd dat deze bij voortduring afhankelijk blijft van het beleid dat de andere echtgenoot ten aanzien van de betrokken rechtspersoon (en de onderneming waaraan deze verbonden is) voert en het risico moet blijven dragen dat het in eigen beheer opgebouwde pensioen te zijner tijd niet kan worden betaald. De verplichting om in beginsel tot afstorting over te gaan is gebaseerd op de eisen van redelijkheid en billijkheid. De beantwoording van de vraag of daarop in een concreet geval aanspraak kan worden gemaakt, moet geschieden met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Daarbij zal de omstandigheid dat onvoldoende liquide middelen aanwezig zijn om de afstorting te effectueren slechts dan tot ontkennde beantwoording van die vraag kunnen leiden indien de vereveningsplichtige stelt en bij betwisting aannemelijk maakt dat de benodigde liquide middelen ook niet kunnen worden vrijgemaakt of van elders verkregen zonder de continuïteit van de bedrijfsvoering van de rechtspersoon en de onderneming waaraan deze is verbonden in gevaar te brengen.”*

De concrete vraag of bij pensioenverevening van een in een vennootschap van een DGA opgebouwd pensioen afstorting dient plaats te vinden bij een verzekeraar is dus afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zo oordeelt rechtbank Zutphen (31 mei 2006, LJN AX6825) bijvoorbeeld dat in de situatie dat niet gesteld en gebleken is dat er risico bestaat dat de betrokken pensioenen niet volledig tot uitbetaling kunnen komen niet hoeft te worden overgegaan tot afstorting bij een verzekeraar. Daarentegen oordeelt rechtbank Breda (3 oktober 2007, LJN BB7052) in navolging van het arrest van de HR van 9 februari 2007 dat het enkele feit dat in de holding geen gelden aanwezig zijn voor afstorting omdat ook tijdens het huwelijk de inkomsten van de onderneming steeds volledig zijn opgenomen onvoldoende verweer is. Naar het oordeel van de rechtbank rust op de holding de verplichting om zorg te dragen voor afstorting van het kapitaal dat nodig is voor het aan de vrouw toekomende deel van de pensioenaanspraak.