

## **(Bijdrage die verschijnt in Maandblad voor Vermogensrecht (MvV) oktober of november 2007)**

### **De DGA en zijn pensioen**

In deze bijdrage besteed ik aandacht aan problematiek die vooral in de adviespraktijk ten aanzien van de enig-aandeelhouder c.q. de Directeur-Groot-Aandeelhouder (DGA) voorkomt. Vele tienduizenden DGA's zijn al dan niet via een Holding-BV aandeelhouder in een BV, van waaruit de werkzaamheden worden verricht. In die laatste BV is de "D" van toepassing. De DGA is werknemer en door het vastleggen van pensioenafspraken (in een "pensioenbrief") kan een aanspraak op pensioen, die in de BV wordt opgebouwd, te zijner tijd worden opgeëist. De tot 1 januari 2007 geldende Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW) kende de mogelijkheid dat de BV de pensioenpremies niet aan een externe verzekeraar werden overgemaakt, maar dat het pensioen "in eigen beheer" werd opgebouwd. De voordelen zijn helder: de aan de aandeelhouder gelieerde BV draagt geen liquiditeiten af, waardoor er meer geld voor de financiering van ondernemingsactiviteiten aanwezig is. De pensioenverplichtingen verlagen uiteraard de omvang van de fiscale winst waarover vennootschapsbelasting verschuldigd is. Een externe verzekering is daarnaast (naar schatting) 10 – 20 % duurder, omdat verzekeraars een kosten- en winstmarge kennen. De nadelen zijn evident. Komt de werk-BV is zwaar financieel weer te verkeren, dat zijn de voor de toekomst opgebouwde pensioenaanspraken afhankelijk van de ontwikkelingen in de onderneming. Om deze reden worden de premies overgemaakt aan een boven de werk-BV geplaatste Holding of een zuster-BV. Indien bijvoorbeeld de 65-jarige leeftijd nadert kunnen dergelijke vennootschappen liquide worden gemaakt, welke liquiditeiten in de Holding terecht komen en in beginsel te vrije beschikking van de DGA staan. De PSW staat dit alles ten aanzien van het ouderdomspensioen toe. Het weduwe- of partnerpensioen wordt veelal wel extern verzekerd, maar wat nu als dat niet het geval is en de echtgenote (meestal de vrouw) na echtscheiding haar aanspraak op grond van art. 2 Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (WVP) geldend wil maken? Zij heeft aanspraak op verevening van de door de andere echtgenoot tijdens het huwelijk opgebouwde pensioenaanspraken. Om de aanspraak op pensioenverevening te kunnen verzilveren dient zij deze met een in de WVP nader geregeld formulier in te leveren bij het uitvoeringsorgaan, in casu de BV waarin het pensioen wordt opgebouwd. Krachtens de genoemde wet heeft de vereveningsgerechtigde echtgenoot een rechtstreekse, eigen aanspraak op pensioen. Hoewel zij een eigen vermogensrechtelijke aanspraak jegens de BV heeft blijft zij voor de pensioenuitkering echter in belangrijke mate van de vereveningsplichtige DGA afhankelijk, omdat hij immers de zeggenschap in de vennootschap(pen) heeft. Haar pensioen is uiteindelijk afhankelijk van het wel en wee van de onderneming.

HR 12 maart 2004, LJN: AO1289; NJ 2004, 636

In een arrest uit 2004 heeft de Hoge Raad beslist dat voor haar aanspraak niet alleen bepalend zijn de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen de man en de vrouw na echtscheiding beheersen. Dat is ook lastig omdat deze redelijkheid en billijkheid personenrechtelijk gefundeerd is en haar vermogensrechtelijke aanspraak niet jegens de man privé bestaat, maar tegen de BV, waarvan hij (indirect) aandeelhouder is. De Hoge Raad oordeelt dat de toewijsbaarheid van haar aanspraak "..... dient te worden beoordeeld in de verhouding tussen de BV als uitvoerder van de PSW en de WVP enerzijds en [de vrouw] als

vereveningsgerechtigde én degene die aanspraak heeft op het ..... bijzonder weduwepensioen anderzijds. Daarbij kunnen genoemde eisen, in aanmerking genomen dat - zoals het hof, in cassatie onbestreden, heeft geoordeeld - de BV, nu deze door [de man] 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 [de vrouw] en de BV meebrengen. Daaraan staat ..... niet in de weg dat [de man] in dit geding geen partij is doch daarin slechts als enig bestuurder en derhalve vertegenwoordiger van de BV is betrokken.”

Ik lees de uitspraak zo dat de personenrechtelijke redelijkheid en billijkheid “mede bepalend zijn” voor de redelijkheid en billijkheid in de verhouding die bestaat tussen de vrouw en de BV. Die verhouding berust niet op een overeenkomst, dus de aanvullende werking van art. 6:248 lid 1 BW kan niet als grond worden aangevoerd. Inschakeling van die aanvullende werking kan naar mijn mening wel steunen op (de strekking van) art. 6:216 BW, welke bepaling (mede) art. 6:248 BW van overeenkomstige toepassing doet zijn op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen. Daarnaast klinkt in de argumentatie het doel van de PSW door: “Hoofddoel van de PSW is .... 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 [de vrouw] aan de door [de man] beheerste BV in die hoedanigheid verweten gedragingen onverenigbaar. De keuze die [de man] 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 [de vrouw] 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.”

HR 9 februari 2007, LJN: AZ2658

In het geval beoordeeld door HR 9 februari 2007 zijn partijen in gemeenschap van goederen gehuwd op 18 augustus 1977. Staande het huwelijk hebben partijen op 4 september 1990 huwelijkse voorwaarden gemaakt. Hun huwelijk is op 12 maart 2003 ontbonden. De DGA is aandeelhouder in een Holding-BV, die alle aandelen houdt in vier dochter-BV's. Twee daarvan zijn failliet verklaard. De vrouw vordert voldoening aan een derde (in het jargon: afstorting) van de helft van de opgebouwde pensioenvoorziening. Die helft bedraagt € 118.896, 50. Anders dan de rechtbank, wijst het Hof haar vordering toe. De Hoge Raad zet principieel in: “De eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen 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.” Deze overweging is onhelder, omdat de personenrechtelijke redelijkheid en billijkheid kennelijk rechtstreeks de verhouding tussen de BV en de vrouw beïnvloedt. Is hier voor het eerst sprake van een doorbraak van een personenrechtelijke redelijkheid en billijkheid in vennootschappelijke verhoudingen? Of wil de Hoge Raad, door het onderstrepen van de positie van de vereveningsverplichtige DGA, zijn positie als bestuurder profileren, vergelijk art. 2:8 lid 1 BW? Ook hier is er een aanvullend argument, gevonden in de aard van haar aanspraak: “Van de vereveningsgerechtigde echtgenoot kan in beginsel immers niet worden gevergd dat deze bij

voortdurend 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 zorgplicht tot afstorting bestaat volgens de Hoge Raad “in het algemeen”. Er zijn dus uitzonderingen op en de Hoge Raad geeft deze ook aan: “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 ontkennende 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 zinsnede “van elders verkregen” duidt erop dat de BV mijns inziens desnodig gelden bij een bank leent om de afstorting te realiseren. Slecht bij gevaar voor de continuïteit van de bedrijfsvoering zal dit anders kunnen zijn. Ten einde dat aan te tonen zal de BV naar mijn mening een accountantsverklaring hieromtrent in het geding dienen te brengen. Het verdient de voorkeur deze niet aan de huisaccountant, maar aan een onafhankelijke accountant te vragen. In het onderhavige geval waren de liquide middelen niet in de BV (uitvoeringsorgaan) ondergebracht, jegens welke BV mevrouw een aanspraak heeft, maar in de Holding, welke alle aandelen in deze BV hield. Ook dat argument kan de man echter niet baten. Rest de vraag of algemene zorgplicht tot afstorting ook geldt voor een andere categorie werknemers die buiten de beschermende werking van de sedert 1 januari 2007 van kracht zijnde Pensioenwet valt, te weten de werknemer die 10% of meer van de aandelen in de BV, waarbij hij werkzaam is, houdt, maar daarin geen bestuurder is. Indien de Hoge Raad juist die zeggenschap als bestuurder op het oog heeft, ligt het aannemen van deze zorgplicht niet voor de hand.

HR 27 april 2007, LJN: AV0432 (Belastingkamer)

Dit arrest van de belastingkamer heeft betrekking op de mogelijkheid van dwaling ten aanzien van een vaststellingsovereenkomst. Titel 7.15 bevat geen speciale regeling van de dwaling. Vernietiging van de vaststellingsovereenkomst op grond van dwaling zal moeten worden beoordeeld aan de hand van art. 6:228 BW. Ik meen dat de in art. 6:228 lid 1 onder a tot c BW genoemde gronden gewoon kunnen worden toegepast, zij het dat de aard van de (vaststellings)overeenkomst wellicht eerder met zich brengt dat een bepaalde dwaling voor rekening van de dwalende dient te blijven, zie art. 6:228 lid 2 BW.

In het aangehaalde arrest is belanghebbende DGA van een BV. Deze vennootschap heeft aan belanghebbende pensioenrechten toegekend die uitzicht gaven op pensioenuitkeringen met ingang van het bereiken van het 65-ste levensjaar, per 1 december 1996. Het pensioen is ondergebracht bij een andere BV. Kennelijk met een vooruitziende blik op politieke desiderata wil meneer tot zijn 70e jaar doorwerken. In het jaar 1996, vóór 1 december, is besloten de ingangsdatum van het pensioen uit te stellen tot 1 december 2001 (het moment waarop belanghebbende het 70-ste levensjaar zou bereiken). Dit gebeurt zonder overleg met de fiscus. Eerst nadat de aan belanghebbende opgelegde aanslag in de vermogensbelasting over 1997 onherroepelijk was komen vast te staan, is de Inspecteur ermee bekend geraakt dat de ingangsdatum van het pensioen van belanghebbende was uitgesteld. Gezien de in de Wet op de Loonbelasting neergelegde normatiek stelt de Inspecteur heeft zich op het standpunt dat het uitstellen van de ingangsdatum van het pensioen is aan te merken als een handeling die

ingevolge art. 11c van de Wet op de Loonbelasting 1964 (Wet LB) leidt tot het in aanmerking nemen van loon. Door aldus te handelen gaat immers het pensioen na uitstel van de ingangsdatum uit boven hetgeen naar maatschappelijke opvattingen redelijk moet worden geacht.

Om het geschil over de fiscale gevolgen van het verschuiven van de ingangsdatum van het pensioen bij te leggen gaan de fiscus en de DGA een vaststellingsovereenkomst aan. De DGA doet daarbij ook afstand van rechtsmiddelen terwijl tevens wordt overeengekomen dat de DGA geen behoefte heeft aan een door de fiscus aangeboden bedenkttermijn.

De Overeenkomst is op 4 april 2001 door de Inspecteur ondertekend, en op 23 april 2001 door belanghebbende ondertekend en aan de Inspecteur geretourneerd. Tussen de beide tijdstippen waarop de Inspecteur respectievelijk belanghebbende de Overeenkomst tekenden heeft de Hoge Raad – in een vergelijkbare zaak – in het arrest van 18 april 2001, BNB 2001/218, geoordeeld dat de omstandigheid dat de ingangsdatum van het pensioen wordt uitgesteld, op zichzelf niet de gevolgtrekking kan rechtvaardigen dat het antwoord op de vraag of een pensioen na uitstel van de ingangsdatum uitgaat boven hetgeen naar maatschappelijke opvattingen redelijk moet worden geacht, in bevestigende zin moet worden beantwoord; voorts werd geoordeeld dat de omvang van de rechten na dit uitstel hiervoor beslissend is. De DGA ziet dat het resultaat van de vaststellingsovereenkomst voor hem slechter uitpakt en hij wil van de afspraak af, maar het Hof heeft het beroep van belanghebbende op dwaling, redelijkheid en billijkheid en algemene beginselen van behoorlijk bestuur verworpen en de navorderingsaanslag in stand gelaten. Daartegen keren zich de cassatiemiddelen.

## Dwaling?

Bij de beoordeling of sprake is van dwaling in de zin van artikel 6:228 BW dient vooropgesteld te worden dat indien partijen in het onzekere verkeren omtrent een bepaalde rechtsvraag en ter voorkoming van een rechtsgeding aangaande die vraag een overeenkomst als de onderhavige sluiten, waarbij hun rechtsverhouding nader wordt geregeld en bindend vastgesteld, zij zich ten aanzien van de vraag waaromtrent zij in het onzekere verkeerden, niet met vrucht op dwaling kunnen beroepen, aldus de belastingkamer. Hij verwijst naar een civielrechtelijk standaardarrest.<sup>1</sup> Omdat het Hof heeft geoordeeld dat partijen de vaststellingsovereenkomst hebben gesloten ter voorkoming van een rechtsgeding aangaande de vraag of en in hoeverre het uitstel van de pensioeningangsdatum ingevolge art. 11c van de Wet LB leidt tot het in aanmerking nemen van loon, kan in het licht van de bestaande rechtsleer belanghebbendes beroep op dwaling omtrent de werking van art. 11c “in beginsel” geen doel kan treffen, aldus de Hoge Raad, implicerend dat er uitzonderingen zijn, hetgeen duidelijk wordt uit de volgende rechtsoverweging: “Het voorgaande sluit evenwel niet uit dat, nu de Overeenkomst na ondertekening daarvan op 4 april 2001 door de Inspecteur nog niet definitief tot stand gekomen was, de Inspecteur onder omstandigheden belanghebbende zo spoedig mogelijk had behoren in te lichten omtrent het nadien gewezen arrest van de Hoge Raad van 18 april 2001 ....., bij gebreke waarvan belanghebbendes beroep op dwaling toch gegrond zou kunnen zijn in verband met het bepaalde in artikel 6:228, lid 1, letter b, BW.” De Hoge Raad wil daar echter niet aan: “ Voor het aannemen op de voet van zojuist genoemde wetsbepaling van een gehoudenheid van de Inspecteur om belanghebbende omtrent het arrest in te lichten, is in ieder geval nodig dat de Inspecteur (tijdig) van het arrest op de hoogte was of behoorde te zijn. In dat verband heeft het Hof vastgesteld dat de Inspecteur op 23 april 2001, toen belanghebbende de Overeenkomst ondertekende, nog niet op de hoogte was van

---

<sup>1</sup> HR 15 december 1985, NJ 1986, 228 (Ebele Dillema II).

het arrest. Voor zover de middelen deze vaststelling bestrijden, falen zij nu deze vaststelling van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk is.”

Deze laatste overweging wekt verwarring omdat de Hoge Raad eraan refereert dat het Hof heeft vastgesteld dat de inspecteur nog niet op de hoogte “was”, terwijl de daaraan voorafgaande norm ook omvat “of behoorde te zijn”. In zijn conclusie wijst A-G Niessen erop dat het vraagstuk in de adviespraktijk van destijds zo “hot” was dat iedere loonbelasting-inspecteur wist dat cassatieberoep over het vraagstuk aanhangig was. Dit was overigens ook in de belastingadviespraktijk het geval. Niessen zou een mededelingsplicht voor de fiscus willen aannemen, maar de DGA toch een beroep op dwaling willen ontnemen door de toepassing van art. 6:228 lid 2 BW.

De Hoge Raad redeneert anders: (i) in beginsel geen dwaling met betrekking tot een vraag waaromtrent zij in het onzekere verkeerden, (ii) er kan een uitzondering zijn, maar deze is in casu niet van toepassing. Daarmee lijkt elk beroep op dwaling bezworen. De Hoge Raad vervolgt echter met de overweging dat niet gezegd kan worden dat de Inspecteur in strijd heeft gehandeld met de door hem jegens belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheidseisen, ook al zou het - zoals belanghebbende betoogt - voor de Inspecteur mogelijk zijn geweest om vanaf 18 april 2001 van het arrest op de hoogte te zijn:

“In dit verband zijn de navolgende feiten, waarvan blijkens 's Hof's uitspraak en de stukken van het geding kan worden uitgegaan, van belang:

(a) tijdens het overleg tussen partijen dat tot de Overeenkomst heeft geleid, heeft belanghebbende zich laten bijstaan door zijn gemachtigde en door een pensioenspecialist;

(b) het arrest is uitgesproken twee weken nadat de Inspecteur de Overeenkomst zelf al had ondertekend en aan belanghebbende ter ondertekening had doorgestuurd, en vijf dagen voordat belanghebbende de Overeenkomst ondertekende;

(c) de Inspecteur was op 23 april 2001, toen belanghebbende de Overeenkomst ondertekende, nog niet op de hoogte van het arrest (zie hiervoor onder 3.6.4);

(d) de Inspecteur heeft in de loop van het aan de Overeenkomst voorafgaande overleg de

(gemachtigde van) belanghebbende gewezen op de procedure die tot het arrest heeft geleid; en

(e) de Inspecteur heeft blijkens onderdeel 8 van de Overeenkomst aan belanghebbende een bedenktijd aangeboden, waarvan belanghebbende echter geen gebruik willen maken.

In het licht van deze omstandigheden kan niet gezegd worden dat de Inspecteur in de periode nadat hijzelf de Overeenkomst had ondertekend en totdat belanghebbende de Overeenkomst zou hebben ondertekend, jegens belanghebbende gehouden was om na te gaan of de Hoge Raad inmiddels uitspraak had gedaan, teneinde belanghebbende daarvan op de hoogte te kunnen stellen. De Inspecteur heeft aan de op hem rustende zorgvuldigheidseisen voldaan en mocht ervan uitgaan dat (de gemachtigde van) belanghebbende - die gelet op de onder (e) vermelde omstandigheid kennelijk niet de uitkomst van de onder (d) vermelde procedure wenste af te wachten - zich desgewenst zelf zou vergewissen omtrent deze kwestie.”

De Hoge Raad sluit af met de overweging dat op grond van het hiervoor overwogene de dwaling waarop belanghebbende zich beroept voor zijn rekening behoort te blijven, derhalve art. 6:228 lid 2 BW in stelling brengend. Vreemd is dat wel omdat in de eerdere overwegingen al is aangenomen dat er in beginsel geen dwaling is en de uitzonderingen die de Hoge Raad aangeeft in dit geval niet opgaan. Waarom dient lid 2 van art. 6:228 BW dan nog te worden opgevoerd? De uitgewerkte omstandigheden spelen kennelijk een rol bij de vaststelling of, gemeten naar toepasselijke beginselen van behoorlijk bestuur, de inspecteur iets te verwijten valt. Het antwoord op die vraag is negatief en de aangegeven omstandigheden rechtvaardigen die uitkomst ook wel: (a) er was professionele, gespecialiseerde bijstand, (d) de inspecteur had op de lopende cassatiezaak gewezen, en (e) de deskundigen hadden het kennelijk niet nodig geoordeeld een aangeboden bedenktijd te aanvaarden. Uit genoemd lid 2 lijkt (a) op de aard van de overeenkomst te duiden, element (e)

heeft duidelijk op de inhoud van de overeenkomst betrekking. Omdat lid 2 daarop geen betrekking heeft zijn de elementen (b) tot en met (e) te zien als uitdrukking van de “in het verkeer geldende opvattingen, namelijk onderhandelen over een rechtsbetrekking waarbij een professional bijstand verleent. Ook de deskundige wist dat het thema in cassatie aan de orde was en ook hij dient binnen enkele dagen te weten of behoren te weten dat de cassatiezaak is geweest. Het arrest bevat een aanmoediging om uiterlijk op maandag de publicaties van de arresten van de Hoge Raad van de week ervóór te raadplegen. Of de DGA inmiddels een aansprakelijkheidszaak tegen zijn adviseur is begonnen is natuurlijk niet bekend.

Prof. mr B. Wessels  
Universiteit Leiden