



Echt scheiden... niet verrekenen is verrekenen!

“Hoe moet door De Wolf & Partners het begrip ‘te verrekenen inkomen’ uit de huwelijksvoorwaarden van de scheidende DGA van een BV worden uitgelegd, ingeval sprake is van een niet-uitgevoerd periodiek verrekenbeding ten tijde van het huwelijk, op grond van de wet- en regelgeving, jurisprudentie en literatuur?”

Naam:	mevrouw M.I. (Mariska) Embregts
Studentnummer (Avans):	2057458
Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans & Fontys
Locatie:	Tilburg
Opleiding:	hbo rechten
Inleverplaats & -datum:	Tilburg, dinsdag 10 januari 2017
Afstudeerperiode:	5 september 2016 t/m 10 januari 2017
Afstudeerorganisatie:	De Wolf & Partners accountants en adviseurs
Afstudeermentor:	de heer M.G.J. (Mark) de Wolf AA
1^e afstudeerbegeleider:	mevrouw mr M.R.M. (Renate) Brugman
2^e afstudeerbegeleider:	mevrouw mr N.H.P.G. (Nicolle) Sommers



Onderzoeksrapport: ***“Echt scheiden... niet verrekenen is verrekenen!”***



Echt scheiden... niet verrekenen is verrekenen!

“Hoe moet door De Wolf & Partners het begrip ‘te verrekenen inkomen’ uit de huwelijksvoorwaarden van de scheidende DGA van een BV worden uitgelegd, ingeval sprake is van een niet-uitgevoerd periodiek verrekenbeding ten tijde van het huwelijk, op grond van de wet- en regelgeving, jurisprudentie en literatuur?”

Naam:	mevrouw M.I. (Mariska) Embregts
Studentnummer (Avans):	2057458
Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans & Fontys
Locatie:	Tilburg
Opleiding:	hbo rechten
Inleverplaats & -datum:	Tilburg, dinsdag 10 januari 2017
Afstudeerperiode:	5 september 2016 t/m 10 januari 2017
Afstudeerorganisatie:	De Wolf & Partners accountants en adviseurs
Afstudeermentor:	de heer M.G.J. (Mark) de Wolf AA
1^e afstudeerbegeleider:	mevrouw mr M.R.M. (Renate) Brugman
2^e afstudeerbegeleider:	mevrouw mr N.H.P.G. (Nicolle) Sommers



Voorwoord

Voor u ligt mijn afstudeerscriptie met de titel:

“Echt scheiden... niet verrekenen is verrekenen!”

Vanuit mijn hbo-opleiding rechten aan de Juridische Hogeschool Avans & Fontys te Tilburg heb ik van 5 september 2016 tot en met 10 januari 2017 mogen afstuderen bij De Wolf & Partners accountants en adviseurs te Made. De scriptie die nu voor u ligt is dan ook voor dit kantoor geschreven. Specifiek voor mijn afstudeermentor de heer M.G.J. (Mark) de Wolf AA.

Mark de Wolf heeft mij gevraagd onderzoek te doen naar de wijze waarop het begrip ‘te verrekenen inkomen’, uit de huwelijksvoorwaarden van de scheidende directeur grootaandeelhouder (hierna: DGA) van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: BV), moet worden uitgelegd. De DGA kan, binnen de kaders van de wet, de hoogte van zijn inkomen zelf bepalen en daardoor tevens beïnvloeden. Hierdoor kan tijdens de echtscheidingsprocedure onenigheid ontstaan over hetgeen verrekend had moeten worden.

Ondanks dat het huwelijksvermogensrecht niet in mijn opleiding voorkwam, zag ik het als een uitdaging toch hiervoor te kiezen. Vanuit mijn derdejaars stage ben ik in aanraking gekomen met echtscheidingen. Ik wilde mij graag verdiepen in de financiële kant van echtscheidingen. Daarom heb ik de minor Financiële Planning op Fontys te Eindhoven gekozen. Eén van de vakken was vermogensoverheveling, waarbij relatievermogensrecht één van de onderwerpen was. Verder kwamen in de minor onder andere de vermogensrechtelijke aspecten van het huwelijk, de echtscheiding en het periodiek verrekenbeding aan bod.

Om de scriptie tot een goed einde te brengen, heb ik hulp gehad van diverse personen. Graag wil ik van de gelegenheid gebruik maken hen te bedanken.

Op de eerste plaats wil ik Mark de Wolf bedanken voor het aanbieden van een stageplaats. Tevens wil ik hem bedanken voor zijn tijd, zijn steun wanneer het tegen zat, het nakijken van mijn scriptie en zijn feedback daarop.

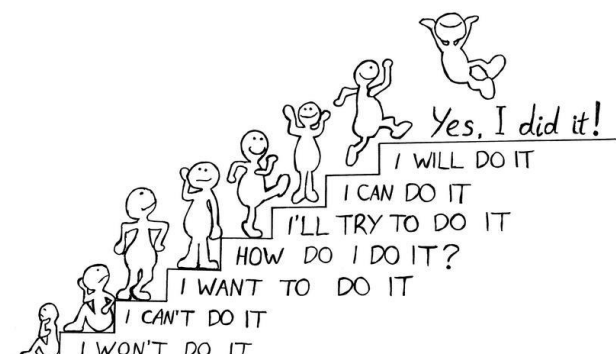
Denise Kentie wil ik bedanken omdat zij mij in contact heeft gebracht met Mark de Wolf.

Mijn afstudeerbegeleiders Renate Brugman en Nicolle Sommers wil ik bedanken voor de begeleiding en feedback op een deel van mijn scriptie.

Tot slot wil ik de medewerkers van De Wolf & Partners bedanken voor de fijne tijd.

Made, januari 2017

Mariska Embregts





Inhoudsopgave

Samenvatting

Afkortingenlijst

Hoofdstuk 1	Inleiding	1
1.1	Omschrijving afstudeerstage	1
1.2	Probleembeschrijving	2
1.3	Doelstelling	3
1.4	Centrale vraagstelling	3
1.5	Deelvragen met de verantwoording van methoden en bronnen	3
1.6	Reikwijdte	4
1.7	Leeswijzer	4
Hoofdstuk 2	Het wettelijk kader	5
2.1	Huwelijksvermogensrecht	5
2.1.1	Gemeenschap van goederen of huwelijksvoorwaarden	5
2.1.2	Verrekenbedingen	6
2.1.2.1	Periodiek verrekenbeding	6
2.1.2.1.1	Nieuw Amsterdams Verrekenbeding	7
2.1.2.1.2	Niet-uitgevoerd periodiek verrekenbeding	7
2.1.2.1.3	Schulden	9
2.1.2.1.4	Verjaring & vervalbeding	9
2.1.2.2	Finaal verrekenbeding	9
2.1.3	Ontbinding van het huwelijk en de gemeenschap	10
2.1.4	Echtscheidingsprocedure	10
2.1.5	Vernietiging huwelijksvoorwaarden	10
2.2	DGA van de BV	11
2.2.1	Inkomen DGA	12
2.2.1.1	Salaris	12
2.2.1.1.1	Gebruikelijkloonregeling	12
2.2.1.1.2	Afroommethode	12
2.2.1.2	Dividend	13
2.2.1.2.1	Uitkeringstest / -toets	13
2.2.1.2.2	Balanstest / vermogenstoets	14
2.2.1.2.3	Goedkeuring van de uitkeringstoets	14
2.2.1.2.4	Pensioen	14
2.3	BV in verrekening	15
2.3.1	Jaarrekening	16
2.3.1.1	Balans	16
2.3.1.2	Winst- en verliesrekening	16
2.3.1.3	Kasstromenoverzicht	17
2.3.2	Waardering van de onderneming	18
Hoofdstuk 3	Het te verrekenen inkomen van de DGA op basis van literatuur	19
3.1	Situaties voortgang BV na echtscheiding	19
3.1.1	Artikel 1:141 lid 4 BW: winst uit onderneming	19
3.1.1.1	Memorie van toelichting	19
3.1.1.2	Verschil commerciële winst en fiscale winst	20
3.1.1.3	Verschil jaarwinst en totaalwinst	21
3.1.2	Artikel 1:141 lid 1 en 3 jo. 1:136 lid 1 BW: beleggingsleer	21
3.1.2.1	Artikel 1:141 lid 3 BW: bewijsvermoeden	23
3.1.2.2	Berekening van de waarde (van de aandelen) van de BV	23



3.1.3	Artikel 1:141 lid 4 BW, artikel 1:141 lid 1 en 3 jo. 1:136 lid 1 BW of een combinatie daarvan?	24
3.2	De uitkoopregeling	25
Hoofdstuk 4	Het te verrekenen inkomen van de DGA op basis van jurisprudentie	26
4.1	Beoordelingsvereisten van de rechter	26
4.2	Uitspraken	26
4.2.1	Zuivere inkomsten	27
4.2.2	Inkomsten uit arbeid	27
4.2.3	Inkomen uit arbeid	28
4.2.4	Het belastbaar inkomen als bedoeld in de Wet IB 1964	28
4.2.5	Netto-inkomsten uit arbeid	29
4.2.6	Netto inkomsten uit arbeid	29
4.2.7	Inkomsten uit arbeid en vermogen	30
4.2.8	Winsten uit onderneming	30
4.2.9	Netto-inkomen	31
4.2.10	Netto-inkomsten uit arbeid	31
Hoofdstuk 5	Casussen De Wolf & Partners	32
5.1	Casus 1	32
5.2	Casus 2	33
5.3	Casus 3	34
5.4	Casus 4	35
5.5	Casus 5	36
Hoofdstuk 6	Conclusies & Aanbevelingen	38
6.1	Conclusies	38
6.1.1	Wettelijk kader	38
6.1.2	Publicatieonderzoek	39
6.1.3	Jurisprudentieonderzoek	39
6.1.4	Dossieronderzoek	40
6.1.5	Beantwoording centrale vraag	40
6.2	Aanbevelingen	40
6.2.1	Aanbeveling 1	41
6.2.2	Aanbeveling 2	41
6.2.3	Aanbeveling 3	41
6.2.4	Aanbeveling 4	42
6.2.5	Aanbeveling 5	42

Literatuurlijst

Bijlagen

Bijlage 1	Zweedse bruid arrest
Bijlage 2	Verschil overgespaard en onverteerd inkomen
Bijlage 3	Stappenplan vermogensverdeling en/of -verrekening
Bijlage 4	Zeeuwse notaris arrest
Bijlage 5	Belasting box I versus box II
Bijlage 6	Voorbeeld afroommethode
Bijlage 7	Waarderingsvormen pensioen in eigen beheer
Bijlage 8	Voorbeeld balans
Bijlage 9	Voorbeeld winst- en verliesrekening
Bijlage 10	Voorbeeld operationele kasstroom
Bijlage 11	Verschil commerciële en fiscale waardering
Bijlage 12	Artikelen uit huwelijksvoorwaarden



Samenvatting

Als echtgenoten een periodiek verrekenbeding in hun huwelijksvoorwaarden hebben opgenomen en zij hebben dit beding tijdens de verplichting niet uitgevoerd, dan zijn zij bij echtscheiding, conform artikel 1:141 lid 1 BW, gehouden alsnog over de afgesproken periode af te rekenen. De wetgever heeft bewust gekozen de invulling van het inkomensbegrip aan echtgenoten over te laten. Hierdoor kan tijdens de echtscheidingsprocedure onenigheid ontstaan over hetgeen verrekend had moeten worden.

In het geval van de DGA van een BV ontstaat een specifieke situatie. De DGA kan, binnen de kaders van de wet, zelf de hoogte van zijn inkomen bepalen. Het inkomen van de DGA bestaat uit salaris en eventueel dividend. In verband met de te betalen inkomstenbelasting wil de DGA zijn salaris zo laag mogelijk houden en in verband met goed ondernemerschap wil de DGA zoveel mogelijk investeren in zijn BV zodat de waarde van zijn BV zal stijgen. Moet, wanneer van het niet-verrekenende overgespaarde inkomen van de DGA is belegd in zijn BV, (een deel van) de waarde van de BV meegenomen worden in de verrekening?

Uit de wet volgt dat een BV op twee manieren in de verrekening kan worden betrokken:

- als van het overgespaarde inkomen is belegd in de BV, dan zal conform artikel 1:141 lid 1 en 3 jo. 1:136 lid 1 BW (een deel van) de waarde (van de aandelen) van de BV in de verrekening moeten worden betrokken; *en/of*
- als in de huwelijksvoorwaarden van echtgenoten het begrip 'ondernemerswinsten' is opgenomen, dan zullen conform artikel 1:141 lid 4 BW tevens de in de BV opgepotte winsten moeten worden verrekend.

Uit een uitspraak van het hof 's-Hertogenbosch is gebleken dat de rechter een combinatie van beide artikelen hanteert.

In de literatuur zijn de (in par. 1.6 genoemde) schrijvers het erover eens dat, in het geval dat de DGA zijn periodiek verrekenbeding niet heeft uitgevoerd, (een deel van) zijn BV in de verrekening betrokken dient te worden. De schrijvers zijn het echter niet eens over de wijze waarop de BV in de verrekening betrokken dient te worden.

Om erachter te komen wanneer artikel 1:141 lid 4 BW van toepassing is, dan wel het begrip 'ondernemerswinsten' juist in de huwelijksvoorwaarden van echtgenoten is opgenomen, is jurisprudentieonderzoek verricht. De rechter beoordeelt een verzoek omtrent de uitleg van de huwelijksvoorwaarden als volgt:

- de zuivere taalkundige uitleg van het inkomensbegrip zoals geformuleerd in de huwelijksvoorwaarden;
- de bedoeling van echtgenoten aan de hand van de Haviltex-criteria; *en*
- de omstandigheden van het geval met het oog op de redelijk- en billijkheid.

Uit het jurisprudentieonderzoek is het volgende gebleken. Wanneer echtgenoten bijvoorbeeld expliciet 'ondernemerswinsten' in de huwelijksvoorwaarden hebben opgenomen, kan de rechter alsnog beslissen (een deel van) de waarde van de BV mee te nemen in de verrekening. De rechter gaat er in dat geval vanuit dat van de niet-verrekenende overgespaarde inkomsten is belegd in de BV. Ook wanneer echtgenoten bepaalde begrippen hebben opgenomen in hun huwelijksvoorwaarden, gaat de rechter er vanuit dat echtgenoten een onderscheid hebben willen maken door niet alle inkomsten te willen verrekenen. Bijvoorbeeld de begrippen 'zuivere inkomsten' en 'netto inkomsten uit arbeid'. Echter, de rechter heeft bij het laatste begrip in een andere zaak wel geoordeeld dat tevens de opgepotte winsten in de BV in de verrekening moesten worden betrokken. De rode draad ontbreekt, mede doordat de rechter veel waarde hecht aan de bedoeling van echtgenoten (die bij eenieder anders kan zijn).



Op basis van het jurisprudentieonderzoek kan worden geconcludeerd dat geen eenduidig antwoord gegeven worden op de centrale vraag. Ook helpt het niet mee dat rechters vaak zeer beperkt zijn in hun motivering. Het advies voor De Wolf & Partners is dan ook om zoveel mogelijk te doen aan de voorbereiding.

Daarnaast is uit verschillende casussen, zoals deze aan de orde zijn bij De Wolf & Partners, gebleken dat het inkomensbegrip door eenieder op een andere manier geïnterpreteerd kan worden en de bedoeling van de ene echtgenoot kan afwijken van die van de andere echtgenoot.

Om in de toekomst de discussie over de uitleg van het inkomensbegrip in de huwelijksvoorwaarden van echtgenoten te voorkomen c.q. te verminderen, dient te worden geanticipeerd op de oorzaak. De oorzaak is de onduidelijke formulering van het inkomensbegrip in de huwelijksvoorwaarden. De aanbevelingen zijn als volgt.

- Ten eerste wordt aanbevolen dat De Wolf & Partners haar cliënten, die voornemens zijn te trouwen, premarital mediation aanraadt, waarbij zij prenups laten opstellen, zodat aanstaande echtgenoten bij aanvang van het huwelijk bewust moeten stilstaan bij de (financiële) gevolgen van het huwelijk en de eventuele echtscheiding.
- Ten tweede wordt aanbevolen dat De Wolf & Partners haar cliënten, die al huwelijksvoorwaarden hebben opgesteld, adviseert de huwelijksvoorwaarden te (laten) bekijken en te bespreken met elkaar of de inhoud daarvan nog steeds voldoet aan ieders verwachtingen en bedoelingen.
- Ten derde wordt aanbevolen dat De Wolf & Partners haar cliënten goed informeert over de wijze waarop uitvoering moet worden gegeven aan de overeengekomen huwelijksvoorwaarden, dan wel het periodiek verrekenbeding. Daarnaast moet duidelijk zijn wat voor cliënten de (financiële) gevolgen zijn, wanneer zij het periodiek verrekenbeding niet uitvoeren.
- Ten vierde wordt aanbevolen dat, wanneer de medewerkers van het echtscheidingsteam geen of weinig ervaring hebben met het begeleiden van cliënten hierin, de medewerkers geschoold worden.
- Tot slot wordt aanbevolen, dat De Wolf & Partners een evaluatieformulier ontwikkelt, zodat zij achteraf kunnen meten of zij duidelijk genoeg zijn geweest naar cliënten toe.

Afkortingenlijst

AA	accountant-administratieconsulent
Art.	artikel
APV-methode	Adjusted Present Value methode
AV	algemene vergadering
BV	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
CAP	Centraal Aanspreekpunt Pensioen
DCF-methode	Discounted Cash Flow methode
d.d.	de dato
De Wolf & Partners	De Wolf & Partners accountants en adviseurs
DGA	directeur grootaandeelhouder
EB	echtscheidingsbulletin
e.v.	en verder
FW	Faillissementswet
HR	Hoge Raad
Hof	Gerechtshof
jo.	juncto
JHS	Juridische Hogeschool
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
OR	Ondernemingsraad
p.	pagina
par.	paragraaf
PEB	pensioen in eigen beheer
RJ	Raad voor de Jaarverslaggeving
RvC	Raad van Commissarissen
RFR	Rechtspraak Financieel Recht
vFAS	Vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingsmediators
VPB	vennootschapsbelasting
Wet LB	Wet op de Loonbelasting
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WOR	Wet op de Ondernemingsraden
WVPS	Wet Verevening Pensioenrechten bij Scheiding



Hoofdstuk 1 – Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een inleiding gegeven op de scriptie. Er wordt een omschrijving gegeven van de afstudeerorganisatie (par. 1.1), waarna de probleembeschrijving uiteen wordt gezet (par. 1.2). Tevens zal de doelstelling (par. 1.3) worden beschreven. De centrale vraag komt aan bod (par. 1.4) en er wordt aandacht besteed aan de deelvragen met de verantwoording van methoden en bronnen (par. 1.5). Tot slot wordt ingegaan op de reikwijdte (par. 1.6) en de leeswijzer (par. 1.7) van de scriptie.

1.1 Omschrijving afstudeerorganisatie

De Wolf & Partners accountants en adviseurs (hierna: De Wolf & Partners) is een accountants- en advieskantoor dat in 1986 is opgericht door accountant-administratieconsulent en tevens mijn afstudeermentor Mark de Wolf en zijn echtgenote Dian de Wolf. Begin 2016 is De Wolf & Partners gefuseerd met Vermetten accountants en adviseurs. De organisatie heeft vestigingen in Made, Gilze, Diessen en Oisterwijk. In totaal zijn er 75 medewerkers werkzaam. De organisatie houdt zich onder andere bezig met het (financieel) ondersteunen van MKB-ondernemers. Te denken valt aan: accountancy, fiscale advisering, financiële planning, bedrijfsopvolging, pensioenadvies, mediation, arbeidsrecht, salarisadministratie, HR / personeelsadvies en MKB advies.

De echtscheiding

Wanneer mensen gaan trouwen wordt vaak niet stilgestaan bij de gevolgen van een echtscheiding. Dit is zowel emotioneel als financieel een ingrijpend proces, waarbij goede begeleiding van belang kan zijn. Om hieraan gehoor te geven, heeft het kantoor een aantal jaar geleden een zogeheten echtscheidingsteam opgericht. Het echtscheidingsteam begeleidt (financieel en fiscaal gezien) cliënten in een echtscheiding. De medewerkers van het team zijn zich de laatste jaren steeds meer gaan specialiseren in het ondersteunen van cliënten op het gebied van financiële zaken in echtscheidingsprocedures. Binnen het echtscheidingsteam wordt veel samengewerkt met advocatenkantoren in het personen- en familierecht. Cliënten worden tijdens hun echtscheidingsprocedure op verschillende manieren begeleid. Dit wordt hieronder uiteen gezet.

- Mediation – de co-mediator
Bij mediation¹ worden partijen meestal begeleid en ondersteund door een advocaat van de Vereniging van Familierecht Advocaten Scheidingsmediators (hierna: vFAS-advocaatmediator). De vFAS-advocaatmediator is onpartijdig en betrokken bij het gehele echtscheidingsproces. Wanneer cliënten bij een advocatenkantoor hun echtscheiding regelen middels het mediationtraject, kan een medewerker van het echtscheidingsteam worden ingeschakeld als co-mediator. De medewerker beoordeelt financiële stukken die nodig zijn voor een vermogensopstelling en houdt zich verder bezig met pensioenverevening en overige oudedagsvoorzieningen. Daarnaast biedt hij ondersteuning bij het vaststellen van kinder- en partneralimentatie. Ook wanneer één of meerdere ondernemingen in het spel zijn, kan een medewerker van De Wolf & Partners worden ingeschakeld bij bijvoorbeeld de waardering en kasstromen.
- Mediation – de onwetende partner
Een andere begeleidingsvorm waar cliënten mee te maken kunnen krijgen, is wanneer zij het mediationtraject volgen bij een advocatenkantoor en één van hen heeft geen (volledig) inzicht in de financiën, dan wel geen kennis van financiële zaken. Een medewerker van het echtscheidingsteam kan de onwetende cliënt bijstaan door meer duidelijkheid te verschaffen over zowel de huidige als de toekomstige financiële situatie.

¹ Mediation is het Engelse woord voor bemiddeling.



- Collaborative Practice – de collaborative financial
Een onderdeel van de collaborative practice is de collaborative divorce². Collaborative divorce is te vergelijken met mediation: partijen trachten in overleg hun onderlinge problemen op te lossen. Echter, bij mediation is één vFAS-advocaatmediator die beide partijen bijstaat, terwijl bij collaborative divorce beide partijen een eigen vFAS-advocaatmediator³ hebben, die de belangen van zijn/haar cliënt behartigt. Daarnaast spelen de coach en de collaborative financial een rol. De medewerker van het echtscheidingsteam kan in dit geval laatstgenoemde rol vervullen. *“De financial heeft een neutrale rol en heeft tot taak om de financiële aspecten van het geschil en de financiële gevolgen van mogelijke oplossingen voor beide partijen in kaart te brengen.”*⁴
- Tegenspraak – de financieel deskundige
Wanneer partijen er samen niet uitkomen, zal een procedure op tegenspraak tot stand worden gebracht door één van hen. Ook hierbij kan één van de medewerkers van het echtscheidingsteam worden ingeschakeld als financieel deskundige.

1.2 Probleembeschrijving

Bij het aangaan van of tijdens het huwelijk kunnen (aanstaande) echtgenoten huwelijksvoorwaarden laten opmaken bij de notaris.⁵ Eén van de voorwaarden die kan worden opgenomen is het periodiek verrekenbeding⁶. Dit beding houdt in dat echtgenoten zich verplichten na een bepaalde periode hun inkomsten⁷ en de kosten van huishouding met elkaar te verrekenen. De wetgever heeft bewust gekozen de invulling van het begrip ‘te verrekenen inkomen’ in de huwelijksvoorwaarden aan (aanstaande) echtgenoten over te laten. Echtgenoten staan tijdens het huwelijk meestal niet stil bij het periodiek verrekenen of weten niet hoe zij moeten verrekenen, waardoor het verrekenbeding vaak niet uitgevoerd. Wanneer echtgenoten besluiten te scheiden blijft, conform artikel 1:141 lid 1 BW, de verplichting tot verrekening over de door echtgenoten afgesproken periode in stand. Wanneer echtgenoten niet hebben verrekend, kan tijdens de echtscheidingsprocedure onenigheid ontstaan over hetgeen verrekend had moeten worden.

In het geval van de DGA ontstaat een specifieke situatie, omdat de DGA, binnen de grenzen van de wet, zelf de hoogte van zijn inkomen kan bepalen. De volgende factoren spelen hierin een rol.

- Het salaris – Betaalt de DGA niet minder salaris uit in verband met fiscale optimalisatie? Op deze manier hoeft hij immers minder in de verrekening te betrekken.
- De dividenden – Kan dividend worden uitgekeerd op grond van de uitkeringstest?⁸
- De (opgepote) winsten – Is het begrip ‘ondernemerswinsten’ juist opgenomen in de huwelijksvoorwaarden van echtgenoten?
- De waarde (van de aandelen) van de BV – Er wordt gekeken naar de kasstromen van de BV. Dit zijn, kort gezegd, de daadwerkelijke inkomsten en uitgaven van een BV, dus zonder rekening te houden met fiscale faciliteiten⁹, afschrijvingen en investeringen.

Het is voor de medewerkers van het echtscheidingsteam van De Wolf & Partners belangrijk dat in kaart wordt gebracht welke jurisprudentie over het inkomensbegrip te vinden is en wat hierover is gepubliceerd. Hierdoor kunnen cliënten, specifiek DGA's, beter worden bijgestaan in de financiële afwikkeling van de echtscheiding.

² Collaborative divorce is het Engelse woord voor overlegscheiding.

³ Ook wel collaborative lawyer genoemd.

⁴ C. Zantboer, *Bijlage 1, Collaborative practice: teamwork bij alternatieve geschilbeslechting*, Tijdschrift Conflicthantering, jaargang 9, 2014, nummer 1, p. 2.

⁵ Art. 1:114 jo 1:115 BW.

⁶ Art. 1:141 BW.

⁷ In deze scriptie wordt het vermogen achterwege gelaten.

⁸ Art. 2:216 BW.

⁹ Bijvoorbeeld aftrekposten: milieu-investeringsaftrek voor elektrische auto's of zonnepanelen.



1.3 Doelstelling

Het doel is dat op dinsdag 10 januari 2017 een scriptie wordt opgeleverd aan de heer Mark de Wolf van De Wolf & Partners, waarin het begrip 'te verrekenen inkomen' uit de huwelijksvoorwaarden van de scheidende DGA van een BV aan de hand van wet- en regelgeving, jurisprudentie en literatuur wordt uitgelegd, ingeval sprake is van een niet-uitgevoerd periodiek verrekenbeding ten tijde van het huwelijk.

1.4 Centrale vraagstelling

De vraag die centraal staat in dit onderzoek is:

“Hoe moet door De Wolf & Partners het begrip ‘te verrekenen inkomen’ uit de huwelijksvoorwaarden van de scheidende DGA van een BV worden uitgelegd, ingeval sprake is van een niet-uitgevoerd periodiek verrekenbeding ten tijde van het huwelijk, op grond van de wet- en regelgeving, jurisprudentie en literatuur?”

1.5 Deelvragen met de verantwoording van methoden en bronnen

Uit de centrale vraag zijn de volgende deelvragen voortgevloeid:

1. ‘Wat is de voor deze scriptie relevante wet- en regelgeving ten aanzien van het huwelijksvermogensrecht, (het inkomen van) de DGA en (de verantwoording van) de BV?’
Er zal worden gekeken naar de huidige wet- en regelgeving. Denk aan het personen- en familierecht conform Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) 1. Specifiek art. 1:141 BW, namelijk het periodiek verrekenbeding en wat de gevolgen zijn wanneer het beding niet wordt uitgevoerd. Overige wetgeving over verrekenbedingen staat in afdeling 2, titel 8 van het BW 1. Het ondernemingsrecht staat in BW 2. Hieruit wordt de wetgeving over het inkomen van de DGA en de verantwoording van de BV gehaald. Er zal tevens gebruik worden gemaakt van het internet.
2. ‘Wat wordt in de literatuur verstaan onder het begrip ‘te verrekenen inkomen’ van de DGA?’
Er is veel gepubliceerd over het onderwerp. Voor het beantwoorden van de vraag is publicatieonderzoek gedaan. De scriptie beperkt zich tot een vijftal schrijvers, omdat veel schrijvers zich hebben geuit over dit onderwerp. In par. 1.6 wordt de reikwijdte hiervan aangegeven.
3. ‘Wanneer is impliciet of expliciet het begrip ‘ondernemerswinsten’ op een juiste wijze opgenomen in de huwelijksvoorwaarden, zodat artikel 1:141 lid 4 BW van toepassing is, gelet op diverse uitspraken van rechters?’
Er wordt jurisprudentieonderzoek verricht over het ruime inkomensbegrip om na te gaan hoe rechters zich over het onderwerp uiten. Hierbij moet onder meer worden gedacht aan de beoordelingsvereisten van de rechter, waaronder de Haviltex-criteria.
4. ‘Tegen welke problemen loopt De Wolf & Partners in de praktijk aan met betrekking tot de afwikkeling van de huwelijksvoorwaarden van cliënten?’
Om deze begrippen uit een te zetten zal een vijftal casussen worden besproken zoals deze bij De Wolf & Partners aan de orde zijn geweest. Dit zal gebeuren in de vorm van een dossieronderzoek.

1.6 Reikwijdte

Vanuit de Juridische Hogeschool (hierna: JHS) en verschillende universiteiten is meermaals onderzoek gedaan naar het periodiek verrekenbeding. Kelly Lemmens, oud-studente van de JHS, heeft het inkomensbegrip onderzocht.¹⁰ Haar scriptie dateert uit 2011, waardoor een aantal zaken ondertussen is achterhaald. In deze scriptie worden recentere jurisprudentie en publicaties behandeld. Er wordt verder ingegaan op problemen waar De Wolf & Partners tegen aanloopt, namelijk het te verrekenen inkomen van de scheidende DGA, als het periodiek verrekenbeding ten tijde van de verplichting niet is uitgevoerd.

Voor de geschiedenis van het periodiek verrekenbeding wordt verwezen naar de scriptie van Mitzy Goede, student aan de universiteit van Amsterdam.¹¹ Zij heeft haar onderzoek beperkt tot het inkomen uit arbeid.

Omdat veel is gepubliceerd over bovenstaand onderwerp, wordt het publicatieonderzoek beperkt tot de publicaties van mr. A.N. (Alexander) Labohm (Senior raadsheer bij Gerechtshof 's-Gravenhage), I. (Ilse) Massart RV (Register Valuator), dr. mr. P.M. (Peter) van der Zanden RA (Forensisch Register Accountant), mr. T.M. (Thomas) Subelack (advocaat) en mr. dr. L.H.M. (Louis) Zonnenberg (advocaat). Zij hebben de meest relevante stukken geschreven. Overige publicaties worden buiten beschouwing gelaten.

1.7 Leeswijzer

Er wordt per hoofdstuk uiteen gezet wat in de scriptie wordt besproken.

- In hoofdstuk 1 is een inleiding gegeven op de scriptie. Aan bod zijn onder andere gekomen de probleembeschrijving, de centrale vraag en de deelvragen.
- In de eerste paragraaf van hoofdstuk 2 wordt aandacht besteed aan de voor deze scriptie relevante hoofdlijnen van het huwelijksvermogensrecht. Er wordt onderscheid gemaakt tussen de verschillende huwelijksgoederenregimes. Ook wordt uitleg gegeven over het periodiek en finaal verrekenbeding en wat de gevolgen zijn wanneer het periodiek verrekenbeding niet wordt uitgevoerd. Tevens wordt beschreven wat de financiële gevolgen zijn van ontbinding van het huwelijk. Tot slot wordt aandacht besteed aan de gronden voor het vernietigen van de huwelijksvoorwaarden. In de tweede paragraaf staat (het inkomen van) de DGA van de BV centraal. In de laatste paragraaf wordt uitleg gegeven over de wijze waarop de BV verantwoording moet afleggen en worden aantal waarderingsvormen toegelicht.
- In hoofdstuk 3 wordt literatuuronderzoek gedaan over het inkomensbegrip.
- In hoofdstuk 4 wordt jurisprudentieonderzoek verricht. Er wordt gekeken naar jurisprudentie met betrekking tot de vraag wanneer artikel 1:141 lid 4 BW van toepassing is c.q. het begrip 'ondernemerswinsten' op een juiste wijze is opgenomen.
- In hoofdstuk 5 worden de in de scriptie besproken problemen toegepast op een vijftal casussen, zoals deze bij De Wolf & Partners aan de orde zijn.
- De scriptie wordt in hoofdstuk 6 afgesloten met de conclusies van het onderzoek en aanbevelingen over de wijze waarop De Wolf & Partners haar cliënten in de toekomst beter bij kan staan, gelet op de onderzoeksresultaten.

¹⁰ Lemmens, 'Het inkomensbegrip met betrekking tot het periodiek verrekenbeding', 30 mei 2011.

¹¹ Goede, 'Het periodiek verrekenbeding. Wat zou een geschikt alternatief zijn voor het periodiek verrekenbeding, gelet op de afwikkelingsproblematiek die het niet uitvoeren van het beding in het leven roept?', juni 2015, p. 6 e.v.



Hoofdstuk 2 – Het wettelijk kader

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de wet- en regelgeving omtrent (het niet uitvoeren van) het periodiek verrekenbeding van de scheidende DGA. In par. 2.1 wordt ingegaan op de voor deze scriptie relevante hoofdlijnen van het huwelijksvermogensrecht. Vervolgens wordt in par. 2.2 toegespitst op de DGA van de BV. Er wordt gekeken naar de wijze waarop hij inkomen uit zijn BV kan genereren. Tot slot komt in par. 2.3 aan bod op welke wijze de BV verantwoording moet afleggen, waarbij gekeken wordt naar het verleden van de BV. Wanneer de DGA niet periodiek heeft verrekend, bestaat de kans dat de waarde van de BV wordt meegenomen in de verrekening. In dat kader wordt tevens aandacht besteed aan de verschillende waarderingsvormen (par. 2.3.2), waarbij vanuit het kasstromenoverzicht de toekomstige kasstromen kunnen worden geprognoseerd om tot de contante waarde te komen, waardoor de waarde van de BV berekend kan worden.

2.1 Huwelijksvermogensrecht

Wanneer partners besluiten hun levens met elkaar te delen, kan onder andere worden gekozen om ongehuwd samen te gaan wonen, een geregistreerd partnerschap te sluiten of te trouwen. Als wordt gekozen voor laatstgenoemde optie, kan worden gekozen te trouwen in gemeenschap van goederen of op huwelijksvoorwaarden.

2.1.1 Gemeenschap van goederen of huwelijksvoorwaarden

Als partners ervoor kiezen elkaar het ‘ja-woord’ te geven, waarmee het huwelijk wordt voltrokken ten overstaande van de Ambtenaar van de Burgerlijke Stand¹² en de getuigen, ontstaat van rechtswege een wettelijke gemeenschap van goederen.¹³ Dit houdt in dat alle baten en lasten, die bij aanvang van het huwelijk aanwezig zijn en tijdens het huwelijk worden verkregen, voor de helft van ieder van gehuwden is. Wanneer de goederen samenvloeien wordt dit boedelmenging genoemd.¹⁴ Dit is een verkrijging onder algemene titel.¹⁵ Er is een aantal uitzonderingen van baten die niet in de gemeenschap vallen.¹⁶ Dit zijn verknochte goederen, pensioenrechten, goederen verkregen onder uitsluitingsclausule, zaaksvervanging en verzorgingsvruchtgebruik. Ook zijn bepaalde lasten uitgesloten. Dit is onder andere een schuld die ziet op goederen die buiten de gemeenschap vallen.¹⁷

Wanneer ten minste één van de partners het niet wenselijk vindt om in gemeenschap van goederen te trouwen, kan beslist worden te trouwen onder huwelijksvoorwaarden. *“Huwelijksvoorwaarden worden beschouwd als elke overeenkomst tussen (aanstaande) echtgenoten, waarbij zij de vermogensrechtelijke gevolgen van hun huwelijk regelen, in afwijking van hetgeen zonder die overeenkomst op grond van de wet of krachtens eerdere huwelijksvoorwaarden zou gelden.”*¹⁸ Huwelijksvoorwaarden kunnen zowel vóór als tijdens het huwelijk worden opgemaakt.¹⁹ Huwelijksvoorwaarden moeten door de notaris worden opgemaakt. De notaris dient (aanstaande) echtgenoten juiste voorlichting te geven over de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk en een eventuele echtscheiding.²⁰

Als **bijlage 1** wordt een arrest besproken waaruit blijkt dat niet iedereen op de hoogte is dat, wanneer wordt getrouwd, van rechtswege een gemeenschap van goederen ontstaat.

¹² Art. 1:63 BW.

¹³ Art. 1:93 jo 1:94 lid 1 BW.

¹⁴ oprechtscheiden.nl/boedelmenging.

¹⁵ Art. 3:80 lid 2 BW.

¹⁶ Art. 1:94 lid 2, 3 en 4 BW.

¹⁷ Art. 1:94 lid 5 BW.

¹⁸ Breedveld-de Voogd, ‘Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek 1, 2, 3, 4 en 5’, Deventer: Kluwer 2013, p. 211.

¹⁹ Art. 1:114 BW.

²⁰ Art. 1:115 lid 1 BW en ²⁰ Labohm, ‘De ondernemer en het inkomensbegrip in de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden’, overvliet.nl, april 2008, p. 20.



In artikel 6:216 BW staat dat op alle overeenkomsten afdeling 2 t/m 6 van BW 6 van toepassing is. In huwelijksvoorwaarden worden de tussen echtgenoten gemaakte afspraken opgenomen. Deze afspraken gaan onder andere over inkomen, vermogen, schulden en de kosten van huishouding. Er kan worden gekozen voor een beperkte gemeenschap of uitsluiting van elke gemeenschap. Dit laatste wordt ook wel koude uitsluiting genoemd. Hierbij kan echter wel sprake zijn van een eenvoudige gemeenschap. Dit is wanneer echtgenoten gezamenlijk iets hebben gekocht (zoals de inboedel van echtgenoten), waardoor dat goed 'automatisch' in de eenvoudige gemeenschap valt en dus, conform een door echtgenoten afgesproken verdeling, van ieder van echtgenoten is. Bij de beperkte gemeenschap hebben echtgenoten een gemeenschappelijk deel en een eigen deel.

Redenen om te kiezen voor huwelijksvoorwaarden:

- Eén van echtgenoten is al eerder gehuwd geweest.
- Bescherming tegen schuldeisers vanwege een eigen bedrijf.
- Mogelijk toekomstig te verkrijgen vermogen (bijvoorbeeld een schenking en/of een erfenis).
- Wanneer één van echtgenoten veel meer vermogen heeft dan de andere echtgenoot.

2.1.2 Verrekenbedingen

De Hoge Raad heeft in 1944 beslist dat in huwelijksvoorwaarden verrekenbedingen mogen worden opgenomen.²¹ De destijds wettelijke regeling over deelgenootschappen en verrekenbedingen bracht onduidelijkheden en onvolledigheden met zich mee. De uitten zich in de vraag: *“Wat moet gebeuren wanneer een periodiek verrekenbeding tijdens het huwelijk niet wordt uitgevoerd?”*²²

In de jaren die volgden zijn hieromtrent diverse arresten gewezen. Om de onduidelijkheden en onvolledigheden weg te halen, is sinds 1 september 2002 de wet verrekenbedingen in het leven geroepen, welke is opgenomen in afdeling 2, titel 8 van BW 1.²³ Een aantal arresten is gecodificeerd in deze wet, waarvoor wordt verwezen naar de memorie van toelichting.²⁴

Verrekenbedingen gaan over het verrekenen van inkomen en/of vermogen.²⁵ De verrekenverplichting is in beginsel wederkerig.²⁶ Er wordt onderscheid gemaakt tussen twee verrekenbedingen, namelijk een periodiek verrekenbeding en een finaal verrekenbeding.

2.1.2.1 Periodiek verrekenbeding

Een periodiek verrekenbeding²⁷ houdt in dat het inkomen en/of het vermogen na een bepaalde periode (vaak jaarlijks) verrekend moet worden tussen echtgenoten.²⁸ Dit geldt ten tijde van de verplichting (in beginsel de huwelijksduur). Bij het periodiek verrekenbeding gaat het meestal over het verrekenen van inkomsten.²⁹ Echtgenoten hebben, wanneer zij niet anders zijn overeengekomen, ieder recht op de helft hiervan.³⁰

²¹ HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120 (Van de Water/Van Hemme) (geen ECLI-nummer bekend).

²² Kamerstukken II 2000/01, 27 554, nr. 3, p. 2.

²³ Kamerstukken II 2000/01, 27 554, nr. 3, p. 10.

²⁴ Kamerstukken II 2000/01, 27 554, nr. 3, p. 10.

²⁵ Art. 1:133 BW.

²⁶ Art. 1:133 lid 1 BW.

²⁷ Art. 1:141 BW.

²⁸ Art. 1:133 lid 2 BW.

²⁹ Kamerstukken II 2000/01, 27 554, nr. 3, p. 5 en 16.

³⁰ Art. 1:135 BW.



Voorhuwelijks vermogen wordt niet in de verrekening betrokken.³¹ Tevens wordt niet meegenomen: “Het vermogen dat krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbevoordeling of gift is verkregen, alsmede de vruchten daaruit of de voor dat vermogen of voor die vruchten in de plaats getreden goederen”.³²

2.1.2.1.1 Nieuw Amsterdams Verrekenbeding

Een bekend voorbeeld van een periodiek verrekenbeding is het zogeheten Nieuw Amsterdams Verrekenbeding. Dit beding is door de Amsterdamse notaris de heer P.W. van der Ploeg in de jaren '50 gepubliceerd.³³ Het beding is overigens al in 1935 door notaris Lubbers geïntroduceerd.³⁴ “Met het Nieuw Amsterdams Verrekenbeding is primair gepoogd een tweeledig doel te bereiken: gelijke groei van privévermogens als gevolg van inkomsten uit arbeid en een meer onafhankelijke positie van de huishoudelijke echtgenoot.”³⁵ Volgens dit beding dient bij helfte te worden verdeeld: hetgeen van de inkomsten van echtgenoten onverteerd is gebleven. De Hoge Raad heeft daarentegen beslist dat hetgeen van de inkomsten van echtgenoten wordt bespaard, tussen hen moet worden verrekend.³⁶ Hierin bestaat onderscheid.

- Overgespaard inkomen (overgebleven van voorgaande jaren)
Het overgespaard inkomen wil zeggen: het ingebrachte geld over een bepaalde periode minus de kosten van huishouding*. Kort gezegd is dit het geld dat je overhoudt na een bepaalde periode.
- Onverteerd inkomen (overgebleven na één jaar)
Dit is het overgespaard inkomen, waarmee in het opvolgende jaar niets wordt gedaan. Wanneer hiermee wel wat wordt gedaan, dan is sprake van verteerd inkomen.

Om het onderscheid te verduidelijken is als **bijlage 2** een voorbeeld met uitwerking toegevoegd.

*Kosten van huishouding³⁷

Het huwelijk brengt wettelijk gezien een aantal rechten en plichten met zich mee. Zij gelden ongeacht het huwelijksgoederenregime. Eén van die verplichtingen is de fourneerplicht. Dit houdt in, dat echtgenoten worden verplicht geld vrij te maken voor elkaar en voor de kosten van huishouding. Vaak worden de kosten van huishouding naar rato van inkomen gedragen.

2.1.2.1.2 Niet-uitgevoerd periodiek verrekenbeding

Wanneer een periodiek verrekenbeding ten tijde van de verplichting niet wordt uitgevoerd, blijft de verplichting tot verrekening op grond van artikel 1:141 lid 1 BW in stand. Het periodiek verrekenbeding wordt als het ware omgezet in een finaal verrekenbeding. Met andere woorden: er wordt éénmalig, achteraf afgerekend.³⁸ Dit gebeurt in beginsel bij helfte, ondanks dat echtgenoten eventueel een andere verdeling hebben afgesproken. Dit vloeit voort uit artikel 1:100 BW: “Echtgenoten hebben een gelijk aandeel in de ontbonden gemeenschap”.

³¹ HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3415 (Zandstra/Vis).

³² Art. 1:133 lid 2 BW.

³³ Kamerstukken II 2000/01, 27 554, nr. 3, p. 4.

³⁴ Zonnenberg, ‘Periodiek verrekenbeding en voorhuwelijks vermogen’, EB 2008, 52, pag. 59.

³⁵ Kamerstukken II 2000/01, 27 554, nr. 3, p. 4.

³⁶ HR 7 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1695 (Vossen/Swinkels).

³⁷ Art. 1:84 BW.

³⁸ Breedveld-de Voogd, ‘Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek 1, 2, 3, 4 en 5’, Deventer: Kluwer 2013, p. 256 en Hof 's-Hertogenbosch 27 juli 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR4695 onder verwijzing naar: HR 6 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9241 (Schwanen/Hundscheid) en HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3415 (Zandstra/Vis).



Conform artikel 1:141 lid 1 BW geldt dat, wanneer niet periodiek verrekend is, de verrekening zich uitstrekt over het saldo (ontstaan door (her)belegging van hetgeen niet verrekend is) en de vruchten daarvan. Dit is de zogeheten beleggingsleer³⁹, welke is voortgekomen uit het arrest Vossen/Swinkels⁴⁰ (hetgeen is herhaald in Rensing/Polak⁴¹ en Bal/Keller⁴²). Het volgende is uit het arrest gebleken.

- Wanneer wél periodiek is verrekend, strekt het te verrekenen inkomen tot bespaarde inkomsten. Deze inkomsten kunnen worden gebruikt voor (her)belegging, waardoor iedere echtgenoot vermogen kan opbouwen.
- Wanneer niet periodiek is verrekend, dienen in principe dezelfde regels te gelden en is de zogeheten drietrapsraket geïntroduceerd:
 - trap 1) de aanwezige overgespaarde inkomsten;
 - trap 2) de (her)belegging daarvan; en
 - trap 3) de vruchten van de beleggingen (de zogeheten vermogensvermeerdering).

Als niet te herleiden is waaruit het saldo uit lid 1 bestaat, geldt het bewijsvermoeden van lid 3: *“Het aanwezige vermogen wordt vermoed te zijn gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden, tenzij de redelijkheid en billijkheid zich hiertegen verzet”*. Mocht je geen bewijs hebben dat bepaald vermogen niet in de verrekening zou moeten worden meegenomen, dan geldt conform het bewijsvermoeden, dat het desbetreffende deel in de verrekening zal moeten worden betrokken. Daarbij komt, dat in artikel 1:136 lid 1 BW staat beschreven dat, wanneer een goed onder aanwending van het te verrekenen vermogen is verkregen, het verkregen goed tot het te verrekenen vermogen wordt gerekend.

Uit bijna alle literatuur blijkt, dat echtgenoten bij het aangaan van huwelijksvoorwaarden vaak niet op de hoogte zijn van de wettelijke regeling hieromtrent. De notaris zou echtgenoten op de hoogte hebben moeten stellen, maar meestal gebeurt dit niet op de juiste wijze, waardoor de gevolgen onduidelijk blijven. Vaak zien echtgenoten alleen de kosten die het met zich meebrengt om een verrekeningsvordering op te (laten) stellen, maar zien zij niet in wat de kosten zijn van de afwikkeling van de echtscheiding, wanneer conflicten zijn ontstaan over het te verrekenen inkomen.

Partijen kunnen ook afspreken alsnog voorgaande huwelijksjaren per jaar met elkaar te verrekenen. Dit is alleen niet altijd haalbaar, aangezien partijen meestal niet (meer) beschikken over alle financiële gegevens van voorgaande jaren. Wanneer alles per jaar wordt berekend, kan dit (in tegenstelling tot de eenmalige afrekening) wel voordeliger zijn voor de minstverdienende echtgenoot. Er kan namelijk een bepaling zijn opgenomen in de huwelijksvoorwaarden, dat de minstverdienende echtgenoot niet hoeft bij te dragen aan de verliezen. Voor een uitwerking van deze twee verschillen wordt nogmaals verwezen naar **bijlage 2**.

Uiteraard kunnen partijen ook overeenkomen helemaal niet meer te verrekenen. Opmerking verdient dat het verstandig is alle tussen partijen gemaakte afspraken vast te leggen in een echtscheidingsconvenant. Een echtscheidingsconvenant is een vorm van een vaststellingsovereenkomst.⁴³ Op deze manier zal hierover later geen (of in ieder geval minder) discussie ontstaan in verband met de verjaring van het periodiek verrekenbeding.

³⁹ Art. 1:87 BW.

⁴⁰ HR 7 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1695 (Vossen/Swinkels).

⁴¹ HR 19 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1963 en HR 28 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2318 (Rensing/Polak).

⁴² HR 3 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2444 (Bal/Keller).

⁴³ Art. 7:900 BW.



Gelet moet worden op het feit dat één van partijen niet dwaalt bij de verdeling en daardoor voor meer dan 25% wordt benadeeld. De verdeling is dan immers vernietigbaar.⁴⁴ Voor meer informatie over de vernietiging van huwelijksvoorwaarden wordt verwezen naar par. 2.1.5.

2.1.2.1.3 Schulden

Zoals in par. 2.1.2.1.1 vermeld, komen overgespaarde inkomsten voor verrekening in aanmerking. Hierdoor worden schulden in beginsel niet meegenomen in de verrekening. Echter, de Hoge Raad⁴⁵ heeft beslist dat, wanneer het periodiek verrekenbeding niet is uitgevoerd, op grond van artikel 1:141 lid 1 jo. 1:136 lid 1 BW een schuld eventueel wél in de verrekening kan vallen.⁴⁶ Dit blijkt uit de laatste zin van artikel 1:136 lid 1 BW: *“Indien een echtgenoot in verband met de verwerving van een goed een schuld is aangegaan, wordt het goed op de voet van de eerste volzin tot het te verrekenen vermogen gerekend voor zover de schuld daartoe wordt gerekend of daaruit is afgelost of betaald.”* Hieruit kan bijvoorbeeld worden geconcludeerd dat, wanneer van overgespaard inkomen is afgelost op een schuld, zowel het goed als de schuld in de verrekening moet worden betrokken.

Daarnaast vloeit uit artikel 1:141 lid 3 BW (het bewijsvermoeden) voort dat een schuld in de verrekening betrokken wordt wanneer niet is verrekend. Er wordt alleen naar het aanwezige vermogen minus het voorhuwelijks vermogen gekeken. Hieruit kan worden afgeleid dat ook schulden zijn meegegaan in de verrekening van partijen.

2.1.2.1.4 Verjaring & vervalbeding

- In artikel 3:307 jo. 3:313 BW is voor een rechtsvordering een verjaringstermijn van vijf jaar opgenomen, ingaande op de eerste dag nadat de vordering opeisbaar is geworden. Wanneer echtgenoten tijdens het huwelijk het periodiek verrekenbeding niet uitvoeren, zou de vordering na vijf jaar verjaren. In afwijking hierop heeft de wetgever een verlenging in het leven geroepen van drie jaar na beëindiging van het huwelijk (artikel 1:141 lid 6 BW). Deze termijn kan niet worden verkort.
- In afwijking hierop kunnen echtgenoten op grond van contractsvrijheid wel een vervalbeding in de huwelijksvoorwaarden opnemen. Hierin spreken zij af wanneer de periodieke verrekenvordering vervalt. Dit kan bijvoorbeeld een half jaar na het desbetreffende kalenderjaar zijn. Opmerking verdient dat een beroep op het vervalbeding in beginsel strijdig is met de redelijkheid en billijkheid, tenzij degene die zich hierop beroept kan bewijzen dat de feiten en omstandigheden dit beroep rechtvaardigen.⁴⁷

2.1.2.2 Finaal verrekenbeding

In hetzelfde arrest waarin door de Hoge Raad is beslist dat verrekenbedingen mogen worden opgenomen, is tevens geoordeeld dat het mogelijk is om in huwelijksvoorwaarden te bepalen dat echtgenoten tijdens het huwelijk een eigen inkomen en/of vermogen hebben, maar dat partijen aan het einde van het huwelijk overgaan tot verrekening alsof een gemeenschap heeft bestaan.⁴⁸ Dit is het zogeheten finaal verrekenbeding⁴⁹. Het finaal verrekenbeding gaat meestal over het verrekenen van vermogen.⁵⁰ Een finaal verrekenbeding kan in meerdere situaties van toepassing zijn: bij scheiden, bij overlijden of in beide situaties.

⁴⁴ Art. 1:135 jo 3:196 BW.

⁴⁵ HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI4387 (voorhuwelijksvermogen).

⁴⁶ Zonnenberg, 'Verrekenbeding: rente en schulden verrekenen?', EB 2014, 81, p. 1.

⁴⁷ HR 19 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1963.

⁴⁸ HR 21 januari 1944, NJ 1944/45, 120 (Van de Water/Van Hemme) (geen ECLI-nummer bekend).

⁴⁹ Art. 1:143 BW.

⁵⁰ Kamerstukken II 2000/01, 27 554, nr. 3, p. 5 en 16.



De meest voorkomende reden dat men kiest voor een finaal verrekenbeding bij scheiden is wanneer minimaal één van de echtgenoten een onderneming heeft. Schuldeisers kunnen zich niet beroepen op dit beding, want dit geldt tussen echtgenoten onderling.⁵¹ Het heeft slechts interne werking en geen externe werking. Het vermogen (of een deel daarvan) wordt door het beding beschermd tegen schuldeisers.

Een verschil met een daadwerkelijke gemeenschap van goederen is, dat bij een finaal verrekenbeding bij scheiding de ene echtgenoot slechts recht heeft op een vordering (vorderingsrecht) en geen toedeling van bijvoorbeeld de (echtelijke) woning van de andere echtgenoot (eigendomsrecht).

2.1.3 Ontbinding van het huwelijk en de gemeenschap

Eén van de manieren om een huwelijk te ontbinden is echtscheiding.⁵² Echtgenoten kunnen zowel een eenzijdig als een gezamenlijk verzoek tot echtscheiding indienen bij de rechtbank.⁵³ De reden hiervoor is altijd duurzame ontwrichting.⁵⁴ Op het moment van indienen van het verzoekschrift wordt de gemeenschap van rechtswege ontbonden.⁵⁵ Zoals al vermeld hebben ex-echtgenoten, zolang niets anders is afgesproken, een gelijk aandeel in de ontbonden gemeenschap.⁵⁶ De echtscheiding komt tot stand na inschrijving van de beschikking in de registers van de Burgerlijke Stand.⁵⁷

2.1.4 Echtscheidingsprocedure

In de echtscheidingsprocedure dient rekening gehouden te worden met een aantal financiële aspecten. Hierbij moet worden gedacht aan de verdeling en/of verrekening van bezittingen en schulden (zoals de (echtelijke) woning, de inboedel, het pensioen en de onderneming) en de eventueel toekomstige te betalen of ontvangen kinder- en partneralimentatie. In 'Pocket Echtscheiding 2010' is een stappenplan gemaakt om tot een vermogensverdeling (gemeenschap van goederen) en/of -verrekening (huwelijksvoorwaarden) te komen.⁵⁸ Deze is toegevoegd als **bijslage 3**.

2.1.5 Vernietiging huwelijksvoorwaarden

Alvorens in te gaan op de inhoudelijke afwikkeling van de huwelijksvoorwaarden, zullen deze niet moeten worden vernietigd door de rechter. Als de rechter het beroep op vernietiging van de huwelijksvoorwaarden honoreert, dan heeft dat tot gevolg dat de huwelijksvoorwaarden nooit hebben bestaan. Vernietiging heeft immers terugwerkende kracht.⁵⁹ Partijen worden geacht in gemeenschap van goederen te zijn gehuwd. De verdeling zal bij helfte plaatsvinden.

⁵¹ Jongbloed, 'Finaal verrekenbeding huwelijksvoorwaarden', estateplanningsjuristen.nl, 15 september 2012.

⁵² Art. 1:149 sub c BW.

⁵³ Art. 1:150 BW.

⁵⁴ Art. 1:150 BW.

⁵⁵ Art. 1:99 BW.

⁵⁶ Art. 1:100 BW.

⁵⁷ Art. 1:163 BW.

⁵⁸ Baelemans en Dukers, 'Pocket Echtscheiding', Deventer: 2010, p. 61 e.v. en 347 e.v.

⁵⁹ Art. 3:53 lid 1 BW.



- Huwelijksvoorwaarden kunnen achteraf van tafel worden geveegd op grond van een wilsgebrek.⁶⁰ Bij wilsgebreken stemmen de wil en verklaring wel overeen, maar is de wil gebrekkig tot stand gekomen. Er bestaan verschillende wilsgebreken, te weten bedreiging⁶¹, dwaling⁶², bedrog⁶³ en misbruik van omstandigheden⁶⁴. Een beroep op een wilsgebrek slaagt niet snel, omdat het lastig aan te tonen is. Een voorbeeld van een geslaagd beroep op dwaling is als bijlage 4 toegevoegd.
- Tevens kunnen huwelijksvoorwaarden worden vernietigd indien sprake is van een onvoorziene omstandigheid⁶⁵. Het is belangrijk dat de notaris volledig en juist adviseert. Laat de notaris dit na, dan kan een beroep op een onvoorziene omstandigheid slagen.
- Uit een arrest van de Hoge Raad⁶⁶ is gebleken, dat wanneer het onderling overeenstemmend gedrag zodanig afwijkt van de overeengekomen huwelijksvoorwaarden (in dit geval koude uitsluiting) een beroep op vernietiging kan slagen. De gegeven omstandigheden zijn dan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

2.2 DGA van de BV

Ondernemingen kunnen in verschillende rechtsvormen gedreven worden, zoals de eenmanszaak (één natuurlijke persoon), een personen vennootschap (meerdere natuurlijke personen) en een rechtspersoon. Een BV is een rechtspersoon. Een BV wordt door één of meerdere personen opgericht bij notariële akte.⁶⁷ Dit gebeurt door de DGA. Een BV bestaat uit een bestuur en een algemene vergadering⁶⁸ (hierna: AV). Dit wordt ook wel de duale structuur genoemd. Tevens kan een Raad van Commissarissen (hierna: RvC) worden ingesteld⁶⁹ en bij 50 werknemers of meer kan ook een ondernemingsraad (hierna: OR) worden ingesteld⁷⁰. Er is geen eenduidige omschrijving van een DGA. Op de website van MKB servicedesk is onderscheid gemaakt in vier soorten DGA's.⁷¹

1. Een DGA die, al dan niet samen met zijn/haar echtgenoot, zoveel aandelen bezit dat hij meer dan de helft van de stemmen in de algemene vergadering van de vennootschap vertegenwoordigt. Je hebt dan een meerderheidsbelang en kan niet tegen je zin worden ontslagen.
2. Een DGA die minder dan de helft van de aandelen bezit (minderheidsbelang), maar toch niet ontslagen kan worden omdat in de statuten is bepaald dat voor een ontslag een versterkte meerderheid in de algemene vergadering (meer dan 71%) nodig is.
3. Een groep van meerdere DGA's die allemaal (nagenoeg) evenveel aandelen hebben en daarmee nevengeschikte DGA's zijn.
4. Een DGA die zelf geen aandelen heeft, maar wiens bloed- of aanverwanten in totaal minstens 2/3^e van de aandelen bezitten. Je hebt dan een 'familievennootschap'.

⁶⁰ Art. 3:44 lid 1 jo 6:228 lid 1 BW.

⁶¹ Art. 3:44 lid 2 BW.

⁶² Art. 6:228 BW.

⁶³ Art. 3:44 lid 3 BW.

⁶⁴ Art. 3:44 lid 4 BW.

⁶⁵ Art. 6:258 BW.

⁶⁶ HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7004 (onderling overeenstemmend gedrag van echtgenoten).

⁶⁷ Art. 2:175 lid 2 BW.

⁶⁸ Voorheen: de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA).

⁶⁹ Art. 2:250 jo 2:262 e.v. BW.

⁷⁰ Art. 2 WOR.

⁷¹ Volgens de 'Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder'



2.2.1 Inkomen DGA

Een DGA kan op twee manieren inkomen uit zijn BV genereren. De eerste manier is middels salaris. De tweede manier is door het eventueel uitkeren van dividend. De vraag die speelt is met welke factoren rekening gehouden dient te worden bij het bepalen van de hoogte van het salaris en het uit te keren dividend.

2.2.1.1 Salaris

Een DGA kan in beginsel de hoogte van zijn salaris zelf bepalen. In verband met fiscale optimalisatie, wil de DGA een zo laag mogelijk salaris uit zijn BV ontvangen en een zo hoog mogelijk dividend. Hierbij moet gedacht worden aan de te betalen belasting in box I versus de te betalen belasting in box II. Een voorbeeld hiervan is toegevoegd als **bijlage 5**.

2.2.1.1.1 Gebruikelijkloonregeling

Op grond van artikel 12a van de Wet LB 1964 wordt bij iedere werknemer, die arbeid verricht in een BV, waarin hij of zijn echtgenoot een aanmerkelijk belang heeft, de zogeheten gebruikelijkloonregeling toegepast. Deze regeling is in het leven geroepen omdat geacht wordt dat een DGA loon ontvangt dat normaal is voor het niveau en de duur van zijn arbeid.⁷² Wanneer een DGA een te laag loon aan zichzelf uitkeert, dan kan de Belastingdienst alsnog een naheffingsaanslag loonheffingen opleggen.⁷³ Het gebruikelijk loon wordt in 2016 conform artikel 12a lid 1 Wet LB 1964 ten minste gesteld op het hoogste van de volgende bedragen:

- sub a: 75% van het loon uit de meest vergelijkbare dienstbetrekking;
- sub b: het hoogste loon van de werknemers die in dienst zijn van de onderneming; of
- sub c: € 44.000.

Uitzonderingen gebruikelijkloonregeling

Er is een aantal uitzonderingen op de gebruikelijkloonregeling. Namelijk wanneer iemand parttime werkt of als de onderneming structureel verlies maakt. Op Prinsjesdag is beslist dat vanaf 2017 de gebruikelijkloonregeling wordt versoepeld.⁷⁴ Starters van innovatieve bedrijven hoeven bijvoorbeeld de eerste drie jaar alleen het minimumloon aan zichzelf uit te keren.

2.2.1.1.2 Afroommethode

Als er geen vergelijkbare dienstbetrekking is (sub a) en geen andere werknemers in dienst zijn (sub b), dan is er nog een andere manier om het salaris van de DGA vast te stellen. Dit is de zogeheten afroommethode. Dit houdt in dat de inspecteur van de Belastingdienst 'de winst in de BV afroomt' met een salaris aan de hand van de winst van de BV.⁷⁵ Deze methode is door de Hoge Raad in 2004 ontwikkeld.⁷⁶ Voorwaarde is, dat de opbrengsten in de BV voor minimaal 90% verdiend moeten worden door de DGA zelf. Daarnaast is het zo, dat het salaris maximaal 30% mag afwijken van het salaris dat in het maatschappelijk verkeer voor die functie gebruikelijk is. Het gebruikelijk loon wordt dus vastgesteld op 70% van de omzet minus de kosten. Een voorbeeld hiervan is toegevoegd als **bijlage 6**.

⁷² 'Loon en aanmerkelijk belang', belastingdienst.nl.

⁷³ Jongbloed, 'Gebruikelijk loon bij parttime DGA', jongbloed-fiscaaljuristen.nl, 18 september 2015.

⁷⁴ Kamp, 'Kamerbrief StartupDelta 2020', 24 mei 2016, p. 6 en 13.

⁷⁵ 'De afroommethode: let op de bewijslastverdeling', belastingbelangen.nl, 26 februari 2014.

⁷⁶ HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8666.

Recente uitspraak Hoge Raad m.b.t. afroommethode

Omdat de inspecteur over het algemeen de methode hanteerde wanneer hem dat uitkwam, ontstond veel discussie over deze methode. De Hoge Raad heeft op 24 juni 2016 geoordeeld dat de Belastingdienst de afroommethode niet mag gebruiken om het gebruikelijk loon te bepalen, wanneer sprake is van een vergelijkbare dienstbetrekking.⁷⁷ Wanneer sprake is van een DGA die een eenpitter is⁷⁸ (bijvoorbeeld de interim-manager) kan niet gekeken worden naar een vergelijkbaar salaris in de BV, omdat die er gewoonweg niet is. Er kan wel gekeken worden naar het salaris van een vergelijkbare dienstbetrekking. Dit wordt ook wel de comparable-uncontrolled-pricemethode genoemd, oftewel de CUP-methode.⁷⁹

Bron afbeelding: 'De afroommethode: alleen voor uitzonderlijke DGA's', belastingbelangen.nl



2.2.1.2 Dividend

Dividend is het gedeelte van de winstreserves dat wordt uitgekeerd aan de aandeelhouders. Het bestuur legt verantwoording af door onder andere een jaarrekening en -verslag te maken en te presenteren aan de AV. Hierin staat onder meer het resultaat van het betreffende boekjaar. De AV is bevoegd tot bestemming van de winst: de keuze tot reservering of uitkering van de winst in de vorm van dividend.⁸⁰ Alvorens dividend uit te keren, dient op grond van art. 2:216 BW een uitkeringstest te worden gedaan (dit wordt ook wel de uitkeringstoets genoemd).

2.2.1.2.1 Uitkeringstest / -toets

Per 1 oktober 2012 is de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (de Flex BV) in werking getreden. Eén van de wijzigingen die de nieuwe wet met zich meebrengt, is de verbeterde bescherming van crediteuren. Voorheen gebeurde dit middels het plaatsen van een minimumkapitaal. Dit werkte niet in de praktijk, omdat bijvoorbeeld het minimumkapitaal meteen uitgeleend kon worden aan de DGA in de vorm van een rekening-courant*.⁸¹ Om crediteuren beter te beschermen is de uitkeringstest in het leven geroepen.⁸²

Conform lid 2 en 3 van artikel 2:216 BW dient bij het uitkeren van dividend de continuïteit van de BV gewaarborgd te blijven. Kan de BV ná uitkering van de winst nog de opeisbare schulden⁸³ voldoen? Hierbij wordt gekeken naar de liquiditeit (kan de BV met haar vermogen op korte termijn aan haar betalingsverplichtingen voldoen?), de solvabiliteit (kan de BV met haar vermogen op lange termijn aan haar betalingsverplichtingen voldoen?) en de rentabiliteit (kan de BV de opeisbare schulden voldoen gelet op de toekomstige operationele kasstroom?⁸⁴). Denk bij de rentabiliteit aan de mate van winstgevendheid. Daarnaast kan een SWOT-analyse helpen inzicht te geven of gelden uit de BV kunnen worden gehaald.⁸⁵ Volgens Labohm moest overigens vóór de inwerkingtreding van de wet voor de uitkering van dividend al gekeken worden naar de liquiditeit, solvabiliteit en de rentabiliteit.⁸⁶

⁷⁷ HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1269.

⁷⁸ Flantinfo, 24^e jaargang, juni 2012, nr. 2.

⁷⁹ 'Wat is het loon van een Directeur Grootaandeelhouder?', deba-administratie.nl.

⁸⁰ Art. 2:216 lid 1 BW.

⁸¹ 'Uitkeringstoets', absoluteadvocaten.nl.

⁸² NBA-handreiking, 'Balanstest en uitkeringstoets door het bestuur van een BV: ondersteunende rol van de accountant', 17 oktober 2014, p. 5.

⁸³ Art. 214 FW (surséance van betaling).

⁸⁴ Labohm, 'Hoge Raad: Het inkomen van de dga', EB 2014, 73, p. 3.

⁸⁵ Labohm, 'De directeur-grootaandeelhouder en alimentatie', EB 2007, 70, p. 6.

⁸⁶ Labohm, 'De uitkeringstest & directeur-grootaandeelhouder', EB 2007, 80, p. 1.



* Rekening-courant

Een DGA kan in zijn BV een rekening-courant hebben. Dit is een rekening in de BV ingeval de BV voor de DGA iets voorschiet of vice versa. Dit is overigens geen lening, waardoor tot een bedrag van € 17.500 dit een rentevrij krediet is.

2.2.1.2.2 Balanstest / vermogenstoets

Als wettelijke en/of statutaire reserves⁸⁷ aanwezig zijn, dan moet op grond van lid 1 van artikel 2:216 BW een balanstest (ook wel vermogenstoets genoemd) worden uitgevoerd. Het eigen vermogen dient groter te zijn dan de reserves. Wanneer het bestuur ten onrechte goedkeuring geeft, dan is het bestuur hoofdelijk aansprakelijk op grond van onbehoorlijk bestuur*.

* Onbehoorlijk bestuur

Een BV is een zelfstandige entiteit. Echter, een BV is een theoretische term en zal vertegenwoordigd moeten worden. Onder andere een bestuurder is hiertoe bevoegd. Het bestuur dient op grond van artikel 2:9 BW zijn taak behoorlijk te vervullen. Wanneer hij dat niet doet, kan hij aansprakelijk worden gesteld op grond van onbehoorlijk bestuur.

2.2.1.2.3 Goedkeuring van de uitkeringstoets

Wanneer de uitkeringstest positief is doorstaan, kan het bestuur op grond van lid 2 van artikel 2:216 BW goedkeuring geven voor de uitkering van dividend. De goedkeuring wordt slechts geweigerd als het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de BV na de uitkering haar betalingsverplichtingen niet kan voldoen. Wanneer de BV na uitkering van de winst de opeisbare schulden niet kan voldoen, dan zijn in beginsel de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort.⁸⁸ Hieraan is geen verjaringstermijn gekoppeld, maar volgens de literatuur geldt een periode van één of twee jaar na het desbetreffende jaar. De continuïteit van de onderneming wordt hiermee gewaarborgd, waardoor de crediteuren beter worden beschermd. Ook wanneer de aandeelhouder wist of behoorde te voorzien dat de BV haar betalingsverplichtingen niet kan voldoen, dient hij de onterechte uitgekeerde dividenden terug te betalen.

2.2.1.2.4 Pensioen

Zoals in par. 2.1.1 is vermeld, vallen pensioenrechten niet van rechtswege in de algehele gemeenschap van goederen.⁸⁹ Wanneer wordt gescheiden bestaat in beginsel recht op verevening van de pensioenrechten conform de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (hierna: WVPS).⁹⁰ De wet geldt ongeacht het gekozen huwelijksgoederenregime.⁹¹ Verevening van het pensioen kan echter wel vóór het huwelijk worden uitgesloten in de huwelijksvoorwaarden of ná het huwelijk in het echtscheidingsconvenant.⁹² Voor pensioen geldt dat de echtgenoot in beginsel recht heeft op de helft van het ten tijde het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen van de andere echtgenoot. Daarnaast heeft de echtgenoot recht op het tot die tijd (dus eventueel ook voor het huwelijk) opgebouwde nabestaandenpensioen, welke in de regel wordt vastgesteld op 70% van het ouderdomspensioen. Na echtscheiding wordt dit nabestaandenpensioen omgezet in een bijzonder nabestaandenpensioen.

⁸⁷ Art. 2:373 lid 4 jo 2:389 lid 6 BW.

⁸⁸ Art. 2:216 lid 3 BW.

⁸⁹ Art. 1:94 lid 2 sub b BW.

⁹⁰ Art. 1:155 BW.

⁹¹ Art. 2 jo 3 WVPS.

⁹² Art. 2 lid 1 WVPS.



Een DGA die pensioen in eigen beheer (hierna: PEB) heeft, is verplicht een pensioenvoorziening op te nemen op de balans van zijn BV.⁹³ Op grond van artikel 1 lid 4 WVPS valt het PEB van de DGA (als bedoeld in artikel 1 Pensioenwet) onder de WVPS. Hierdoor dient het pensioen verevend te moeten worden bij scheiding.

Bij het bepalen van de mogelijkheid tot het uitkeren van dividend, heeft het Centraal Aanspreekpunt Pensioen (hierna: CAP) van de Belastingdienst hieromtrent het volgende standpunt gepubliceerd: *“Er dient zorgvuldig te worden gekeken naar het resterende vermogen van de BV om uiteindelijk het pensioen te kunnen voldoen”*.

Hoe hoger de waardering van de pensioenvoorziening, des te minder winstreserves en derhalve minder ruimte voor het uitkeren van dividend. Als het vermogen niet toereikend is om het pensioen in de toekomst uit te keren (de zogeheten onderdekking), dan is bij een dividenduitkering volgens het CAP sprake van (gedeeltelijke) afkoop van het pensioen. Dit heeft tot gevolg dat de volledige commerciële waarde van het pensioen belast is tegen een tarief van 52% loonbelasting. Daarbij is de DGA ook nog eens 20% aan revisierente verschuldigd. Dit is een totaal van 72%.⁹⁴ Voor de waarderingsvormen van het pensioen verwijs ik naar **biilage 7**.

Het pensioen waar de ex-echtgenoot recht op heeft, dient te worden afgestort bij een externe pensioenverzekeraar, indien de ex-echtgenoot dit verzoekt. De pensioenverzekeraar houdt ook rekening met de laatste waarderingsvorm, namelijk de commerciële waardering voor het bepalen van de dividendruimte. Dit bedrag is vaak hoger dan de voorziening die is opgenomen op de balans.⁹⁵ Wanneer de BV niet over voldoende liquide middelen beschikt en afstorting de continuïteit van de BV in gevaar brengt, kan onder deze verplichting worden uitgekomen.⁹⁶ Er ontstaat dan een schuld aan de ex-echtgenoot.

Wetsvoorstel uitfasering pensioen in eigen beheer

Op Prinsjesdag is een wetsvoorstel ingediend inzake het PEB. Hierin is voorgesteld per 1 januari 2017 een einde te maken aan de mogelijkheid voor een DGA in zijn BV pensioen op te bouwen. Op 20 december 2016 zou hierover gestemd worden door de Tweede Kamer. Echter, staatssecretaris Wiebes (indiener van het voorstel) heeft uitstel gevraagd, welke (voor een nog onbepaalde tijd) is verleend. Voor meer informatie wordt verwezen naar *Kamerstukken II 2016/17, 34 555, nr. 3, 4 en 5*.

2.3 BV in verrekening

Uit de vorige paragraaf is gebleken dat de DGA de hoogte van zijn inkomen zelf kan bepalen. Hierdoor bestaat de kans dat op grond van de wet (een deel van) de BV in de verrekening dient te worden betrokken. Dit kan op de volgende manieren:⁹⁷

- als van het overgespaarde inkomen is belegd in de BV, dan zal conform artikel 1:141 lid 1 en 3 jo. 1:136 lid 1 BW (een deel van) de waarde (van de aandelen) van de BV in de verrekening moeten worden betrokken; *en/of*
- als in de huwelijksvoorwaarden van echtgenoten het begrip ‘ondernemerswinsten’ is opgenomen, dan zullen conform artikel 1:141 lid 4 BW tevens de in de BV opgepotte winsten moeten worden verrekend.

⁹³ Art. 2:374 lid 4 sub b BW.

⁹⁴ Lie, ‘*Pensioen in eigen beheer en dividenduitkering*’, *zwitserleven.nl*, oktober 2012.

⁹⁵ NBA-handreiking, ‘*Balanstest en uitkeringstoets door het bestuur van een BV: ondersteunende rol van de accountant*’, 17 oktober 2014, p. 9.

⁹⁶ ‘*Echtscheiding en ondernemer*’, *mradviseurs.nl*.

⁹⁷ Subelack, ‘*Opgepotte winst en periodiek verrekenbeding: wat moet er verrekend worden?*’, *EB* 2015, 75, p. 1.



De twee manieren zullen tot andere resultaten leiden, aangezien een beduidend verschil bestaat tussen de waarde (van de aandelen) van de BV en de winst van de BV. De waarde (van de aandelen) van de BV kunnen zowel gericht zijn op het verleden als de toekomst en de winst is een reflectie van de behaalde resultaten uit het verleden van de BV.

2.3.1 Jaarrekening

Het bestuur is vertegenwoordigingsbevoegd, maar dient wel verantwoording af te leggen aan de AV. Dit doet het bestuur door onder andere een jaarrekening en -verslag te maken en aan de BV te presenteren.⁹⁸ Een jaarrekening bestaat uit een balans, een winst- en verliesrekening en eventueel een kasstroomoverzicht.⁹⁹ Anders gezegd: de jaarrekening dient inzicht te geven over het verleden; het vermogen (balans) en het resultaat (winst- en verliesrekening), alsmede over het rapportagemoment inzake de solvabiliteit en de liquiditeit.¹⁰⁰

Iedere onderneming heeft een eigen jaarrekening. Echter, deze hoeft niet altijd openbaar te worden gemaakt, zolang de holding maar de geconsolideerde (totale) jaarrekening naar buiten brengt.¹⁰¹

2.3.1.1 Balans

De balans geeft op een bepaalde datum de bezittingen (activa) en schulden (passiva), weer.¹⁰² Er wordt dus gekeken naar het verleden van de onderneming. De bezittingen en schulden worden, op basis van boekhoudkundige toerekening aan een bepaald boekjaar, naast elkaar op de balans gezet, waarbij het saldo het eigen vermogen is. Dit saldo is de boekwaarde van de onderneming. De boekwaarde gecorrigeerd met de stille reserves en de belastinglatentie is de intrinsieke waarde. Dit is tevens een waarderingsvorm van een onderneming, maar omdat hierbij boekhoudkundig is toegerekend, zegt deze waarde niets over de toekomstige liquide middelen van de onderneming. Een voorbeeld van een balans is als **bijlage 8** toegevoegd.

2.3.1.2 Winst- en verliesrekening

Ook bij de winst- en verliesrekening (oftewel de resultatenrekening) wordt gekeken naar het verleden van de onderneming.¹⁰³ De kosten en opbrengsten worden in de winst- en verliesrekening weergegeven. Ook hier is sprake van boekhoudkundige toerekening aan een bepaald boekjaar. Er worden bijvoorbeeld afschrijvingen meegenomen. Deze post zegt niets over de daadwerkelijke inkomsten en uitgaven van het desbetreffende boekjaar. Denk bijvoorbeeld aan een huur die twee jaar geleden voor vijf jaar vooruit is betaald. Op het moment van betalen is dit een uitgave geweest (het is uit de kas), maar de kosten worden boekhoudkundig toegerekend over een periode van vijf jaar.

De winst die voortvloeit uit de winst- en verliesrekening zegt niet zoveel over de toekomstige beschikbare liquide middelen en dus over de continuïteit van de onderneming. Om inzicht te krijgen in de toekomstige beschikbare liquide middelen (die nodig zijn voor het betalen van een eventuele alimentatie), is het van belang een toekomstig geprognotiseerd kasstroomoverzicht op te (laten) stellen. Deze kan worden ingeschat aan de hand van het huidige kasstroomoverzicht van de onderneming. Een voorbeeld van een winst- en verliesrekening is toegevoegd als **bijlage 9**.

⁹⁸ Art. 2:210 BW.

⁹⁹ Art. 2:361 BW.

¹⁰⁰ Art. 2:362 BW.

¹⁰¹ Art. 2:405 BW.

¹⁰² Art. 2:364 e.v. BW.

¹⁰³ Art. 2:377 e.v. BW.



2.3.1.3 Kasstromenoverzicht

Een kasstroomoverzicht¹⁰⁴ geeft de daadwerkelijke inkomsten en uitgaven van een onderneming weer. Hierbij wordt rekening gehouden met de uit de balans en winst- en verlies 'boekhoudkundig toegerekende posten', zoals fiscale faciliteiten, afschrijvingen, aflossingen, financieringen en investeringen. Hierbij kan worden gedacht aan het voorbeeld dat een debiteur € 100.000 moet betalen, maar deze niet betaalt. Dit staat dan wel in de winst- en verliesrekening, maar niet in het kasstromenoverzicht. Het kasstroomoverzicht geeft in financiële zin een volledig beeld van de onderneming. Het kasstroomoverzicht wordt gedestilleerd uit de balans en de winst- en verliesrekening van een bepaald boekjaar. Ook hier wordt gekeken naar het verleden. De volgende kasstromen zijn te onderscheiden.¹⁰⁵

- De operationele kasstroom
Hiervan worden de dagelijkse operaties van de onderneming betaald. Dit zijn de 'kasmutaties' van de winst- en verliesrekening.
- De investeringskasstroom
De investering is de uitgaande kasstroom (bijvoorbeeld het kopen van een machine) en de desinvestering is de inkomende kasstroom (bijvoorbeeld het verkopen van een machine).
- De financieringskasstroom
De lening is de inkomende kasstroom (lang lopende schulden) en de aflossing is de uitgaande kasstroom.

Bij het opstellen van het kasstroomoverzicht kan zowel een directe als een indirecte methode worden gebruikt. De directe methode is de weergave van ontvangsten en uitgaven. De indirecte methode houdt in dat de boekhoudkundig toegerekende posten worden gecorrigeerd vanaf de balans en de winst- en verliesrekening (+ of -/-). De laatste methode wordt het meest gebruikt. De uitkomst van een kasstroom kan zowel positief als negatief zijn. Een voorbeeld van de operationele kasstroom op basis van de directe methode is toegevoegd als bijlage 10.

Van de balans en winst- en verliesrekening kan worden afgelezen of een onderneming winst of verlies heeft gemaakt. Wanneer deze winst maakt, speelt de vraag of deze winst ook daadwerkelijk uit de onderneming kan worden gehaald, zonder dat dit de continuïteit van de onderneming in gevaar brengt.¹⁰⁶ Winst uit het verleden geeft immers geen garantie op winst en dus liquide middelen in de toekomst.¹⁰⁷ Bijvoorbeeld een winst die is geïnvesteerd in een bedrijfsgebouw, welke niet verkocht kan worden wegens de economische crisis. Op de balans zal een bepaalde waarde staan. Echter, doordat het gebouw niet verkocht kan worden komt er geen geld binnen. Er zal dus een prognose moeten worden gemaakt van de toekomstige kasstromen van de onderneming.

¹⁰⁴ Het Engelse woord hiervoor is: cash flow statement.

¹⁰⁵ Labohm, 'Alimentatierekenen voor de ondernemer nu en in de toekomst', EB 2016, 44, p. 2 en 3 en Hof 's-Gravenhage 27 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO4161.

¹⁰⁶ HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0382 (Slot/Ceelen).

¹⁰⁷ Labohm, 'Flex BV en alimentatie', EB 2012, 60, p. 3.



2.3.2 Waardering van de onderneming

Er zijn verschillende manieren om een onderneming te waarderen. Er wordt onderscheid gemaakt tussen commerciële waarderingsvormen en fiscale waarderingsvormen (accountingbenadering):

- De intrinsieke waarde
Het saldo van de balans is het eigen vermogen. Dit is de boekwaarde van de onderneming. De boekwaarde gecorrigeerd met de stille reserves en de belastinglatentie is de intrinsieke waarde. Er is boekhoudkundig toegerekend, waardoor deze waarde niets zegt over de toekomstige liquide middelen van de onderneming. Een verkoper zal zijn onderneming niet snel voor dit bedrag verkopen.
- De rentabiliteitswaarde
Hierbij wordt uitgegaan van de meest recente netto winst (de bedrijfswinst na aftrek van kosten voor het vreemd vermogen (rente) en winstbelasting). Deze wordt als maatgevend aangeduid voor de toekomstige winsten op basis van going concern. Hierbij wordt alleen een prognose gemaakt voor het komende jaar.
- De verbeterde rentabiliteitswaarde
Dit is te vergelijken met de rentabiliteitswaarde, met als verschil dat de verbeterde rentabiliteitswaarde ook rekening houdt met de vermogensstructuur.
- De toekomstige geprognostiseerde kasstromen
Dit is de meest zuivere methode om een onderneming te waarderen. Op basis hiervan kan de waarde van de operationele activiteiten worden vastgesteld.

De theoretisch meest zuivere methode om een onderneming te waarderen is door het berekenen van de contante waarde van operationele activiteiten op basis van de toekomstige kasstromen, oftewel free cash flows.¹⁰⁸ Een voorbeeld die het verschil tussen de intrinsieke waarde van de onderneming en de waarde op basis van de toekomstige verdien capaciteit duidelijker maakt, is toegevoegd als **bijlage 11**.

De toekomstige kasstromen geven een indicatie van de te verwachte kasstromen van een onderneming, met als referentiekader het verleden.¹⁰⁹ Het inschatten van de winst- en verliesrekening gebeurt middels de exploitatiebegroting en op basis hiervan kan ook de balansbegroting worden ingeschat. Wanneer deze twee worden gedestilleerd, zal een liquiditeitsbegroting worden opgesteld. Hierbij wordt rekening gehouden met onder andere investeringen, aflossingen en financieringen. De liquiditeit van de onderneming is de 'kas'. Hieruit volgen de kasstromen. De uitkomst van de liquiditeitsbegroting is de zogeheten vrije kasstroom, oftewel de free cash flow. Met andere woorden: gelden die niet noodzakelijk zijn voor een bedrijfseconomisch verantwoorde exploitatie van het bedrijf.¹¹⁰ Op basis van de vrije kasstromen kan de waarde van de onderneming worden bepaald. De grondslag voor het bepalen van de waarde van de onderneming is de Discounted Cash Flow methode (hierna: DCF-methode) of de Adjusted Present Value methode (hierna: APV-methode).

¹⁰⁸ Labohm, 'Alimentatierekenen voor de ondernemer nu en in de toekomst', EB 2016, 44, p. 2.

¹⁰⁹ Labohm, 'Alimentatierekenen voor de ondernemer nu en in de toekomst', EB 2016, 44, p. 2.

¹¹⁰ Het winstgevend houden van een bedrijf.



Hoofdstuk 3 – Het te verrekenen inkomen van de DGA op basis van literatuur

In het vorige hoofdstuk is de voor deze scriptie relevante wet- en regelgeving besproken. Hieruit is naar voren gekomen dat, wanneer echtgenoten het overeengekomen periodiek verrekenbeding niet hebben uitgevoerd, echtgenoten conform artikel 1:141 lid 1 BW gehouden zijn bij scheiding alsnog te verrekenen. De DGA kan, binnen de kaders van de wet, de hoogte van zijn inkomen zelf bepalen. Hierdoor kan de DGA zijn te verrekenen inkomsten beïnvloeden. Als de DGA (een deel van) het niet-verrekenende inkomen belegt in zijn BV, dan zal de waarde (van de aandelen) van de BV stijgen.¹¹¹ Moet dan (een deel van) de waarde van de BV meegenomen worden in de verrekening? In de literatuur wordt hierover veel geschreven. De visies van de in par. 1.6 genoemde schrijvers worden per onderwerp uiteen gezet.

3.1 Situaties voortgang BV na echtscheiding

In het geval van echtscheiding van de DGA, kan zich met betrekking tot de BV een aantal situaties voordoen.¹¹² De volgende situaties kunnen zich voordoen:

- de DGA zet de BV voort (going concern situatie), vergoedt de ex-echtgenoot het deel van de waarde van de aandelen en schuift de belastingclaim door naar de toekomst;
- de DGA zet de BV voort (going concern situatie), vergoedt de ex-echtgenoot het deel van de waarde van de aandelen en betaalt de belastingclaim direct;
- de BV wordt op het moment van echtscheiding verkocht aan een derde (directe verkoop); of
- ex-echtgenoten blijven ieder voor 50% aandeelhouder in de BV en na verloop van tijd worden de aandelen verkocht aan een derde.

In de volgende gevallen wordt uitgegaan van de going concern situatie. Daarnaast zal de DGA een meerderheidsbelang hebben (hij zal zowel de formele als de feitelijke zeggenschap hebben¹¹³).

3.1.1 Artikel 1:141 lid 4 BW: winst uit onderneming

Als in de huwelijksvoorwaarden van echtgenoten het begrip 'ondernemerswinsten' impliciet dan wel expliciet is opgenomen, dan zullen tevens de opgepotte winsten van de BV voor verrekening in aanmerking komen op grond van artikel 1:141 lid 4 BW. In het volgende hoofdstuk zal een aantal rechterlijke uitspraken worden besproken, waarin de rechter zich uitlaat over de uitleg van het begrip 'ondernemerswinsten' in de huwelijksvoorwaarden.

3.1.1.1 Memorie van toelichting

Uit jurisprudentie en literatuur blijkt dat lid 4 niet duidelijk genoeg is. De wet geeft geen richtlijnen over de wijze waarop de winst bepaald moet worden.¹¹⁴ Labohm vindt dit overigens niet verantwoord van de wetgever.¹¹⁵ Hierbij rijst de vraag wat precies moet worden verrekend als vaststaat dat dit lid van toepassing is.

¹¹¹ Kamerstukken II 2000/01, 27 554, nr. 3, p. 7 en 17.

¹¹² Massart, 'De contante waarde van AB-belastinglatentie bij verdeling', EB 2015, 57, p. 4.

¹¹³ HR 4 mei 2007, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX1706 (Pelshouderij).

¹¹⁴ Schonewille, 'Notaris en scheiding', Maklu-Uitgevers: 2009, p. 241.

¹¹⁵ Labohm, 'Goodwill verrekenen of niet?', EB 2005, 35, p. 1.



Volgens de memorie van toelichting van lid 4 is de hoogte van de uit te keren winst van een BV een in het maatschappelijk verkeer redelijk beschouwde winst.¹¹⁶ De in het maatschappelijk verkeer redelijk beschouwde winst is in het algemeen 1) de winst die overblijft na belastingen (de vennootschapsbelasting van de BV), 2) waarmee de continuïteit van de BV in toekomst gewaarborgd blijft.¹¹⁷

3.1.1.2 Verschil commerciële winst en fiscale winst

Alle schrijvers¹¹⁸ zijn van mening dat onderscheid moet worden gemaakt tussen commerciële winst en fiscale winst. Een onderneming kan fiscaal gezien namelijk een negatief eigen vermogen hebben, maar een aanzienlijke commerciële waarde op basis van toekomstige kasstromen.

- De commerciële winst ('economic concept of profit') heeft bedrijfseconomische uitgangspunten en wordt op grond van artikel 2:362 lid 1 BW als volgt omschreven: *"De jaarrekening geeft volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede voor zover de aard van een jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van de rechtspersoon"*.
- De fiscale winst ('accounting concept of profit') is de winst op basis van boekhoudkundige toerekening aan een bepaald boekjaar, welke vooral voor de Belastingdienst relevant is.

Welke winst moet worden gehanteerd bij de verrekeningsvordering?

Labohm is in 2004 van mening dat de commerciële winst bij going concern het juiste uitgangspunt is.¹¹⁹ Echter, hij stelt zich in 2015 de volgende vraag: *"Is het redelijk en billijk dat de ondernemer de waarde van toekomstige kasstromen met de ex-echtgenoot moet verrekenen?"* Labohm is van mening dat het moet gaan over de huwelijksperiode. Dit gaat dus over het verleden en niet de toekomst.

Labohm voegt daaraan de vraag toe: *"Past het economische waardebegrip bij de uitwerking van een niet-uitgevoerd periodiek verrekenbeding?"* Volgens hem zouden dus alleen de tijdens het huwelijk opgebouwde opgepotte winsten mee moeten in de verrekening. Ook Van der Zanden¹²⁰ en Zonnenberg¹²¹ zijn het hier mee eens.

Subelack geeft aan dat, wanneer op grond van artikel 1:141 lid 4 BW vastgesteld moet worden welk bedrag uit de onderneming kan worden onttrokken, moet worden gekeken naar de toekomstige vrije kasstromen van de BV, om zo de continuïteit van de BV te waarborgen. Vanuit die kasstromen moeten immers de schulden worden betaald (zolang op geen andere wijze vermogensvermeerdering wordt gegenereerd, zoals een lening).¹²² Tevens wordt gekeken naar de algehele financiële positie (liquiditeit, solvabiliteit en rentabiliteit) en de verwachtingen en ontwikkelingen van de BV. Daarbij moet in ogenschouw genomen worden: het pensioen in eigen beheer, de schuld in rekening-courant en de alimentatieverplichting van de DGA. Bepalend hiervoor is het moment van verrekening en de toekomst, niet het verleden.

¹¹⁶ Kamerstukken II 2000/01, 27 554, nr. 3, p. 17.

¹¹⁷ HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0382 (Slot/Ceelen).

¹¹⁸ De schrijvers zoals genoemd in par. 1.6.

¹¹⁹ Labohm, 'Verrekening van winst? Zo ja, hoeveel dan?', EB 2004, 11, p. 11.

¹²⁰ Van der Zanden, 'Het begrip uitkeerbare winst in het kader van een verrekenbeding', EB 2006, 49, p. 5.

¹²¹ Zonnenberg, 'Verrekenbeding en onderneming: een hele onderneming!', EB 2016, 25, p. 1.

¹²² Van der Zanden, 'De riskante rol van de accountant bij de Flex BV en de notitie uitkeringstoets van het NTP', WPNR 2012, 6933.



3.1.1.3 Verschil jaarwinst en totaalwinst

Volgens Labohm¹²³ en Subelack¹²⁴ dient bij de opstelling van de verrekeningsvordering, naast het onderscheid tussen commerciële en fiscale winst, onderscheid te worden gemaakt tussen jaarwinst en totaalwinst.

- Artikel 3.8 Wet IB 2001 geeft de definitie van totaalwinst in fiscale zin weer: “*winst uit een onderneming (winst) is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming*”. Anders gezegd: de winst die de onderneming in haar bestaan heeft gerealiseerd.
- Daarnaast geeft artikel 3.25 Wet IB 2001 de definitie van jaarwinst: “*de in een kalenderjaar genoten winst wordt bepaald volgens goed koopmansgebruik¹²⁵, met inachtneming van een bestendige gedragslijn die onafhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst. De bestendige gedragslijn kan alleen worden gewijzigd indien goed koopmansgebruik dit rechtvaardigt*”.

Welke winst moet worden gehanteerd bij de verrekeningsvordering?

De totaalwinst wordt duidelijk bij het einde van de onderneming. Een echtscheiding valt meestal niet samen met het einde van een onderneming. Hierdoor is het volgens Labohm en Van der Zanden¹²⁶ een idee om bij het opstellen van een verrekeningsvordering de onderneming op de peildatum fictief te staken. Er wordt gekeken naar de totaalwinst gedurende de verrekeningsperiode en de stille reserves worden inzichtelijk. Tevens wordt rekening gehouden met de (toekomstige) kasstromen van de onderneming, waardoor de continuïteit van de BV gewaarborgd blijft. Ondanks dat de onderneming winst maakt op basis van fiscale regels, wil dat nog niet zeggen dat de onderneming over voldoende liquide middelen beschikt.¹²⁷

Labohm is overigens van mening dat, wanneer op grond van artikel 2:216 BW geen dividenduitkering kan worden gedaan, ook geen verplichting kan bestaan om tot verrekening van opgepotte winst over te gaan.¹²⁸ Andersom zou overigens wel kunnen: wanneer op grond van artikel 2:216 BW wél een dividenduitkering kan worden gedaan, dan kan wegens bedrijfseconomische redenen het bedrag toch niet worden uitgekeerd.¹²⁹ Hierbij kan een SWOT-analyse helpen.

3.1.2 Artikel 1:141 lid 1 en 3 jo. 1:136 lid 1 BW: beleggingsleer

De Hoge Raad¹³⁰ heeft in 2012 geoordeeld dat wanneer de BV met overgespaard inkomen is verworven (zoals de minimale volstortingsplicht van aandelen) of wanneer voor de verwerving een lening is afgesloten waarop is afgelost met overgespaard inkomen, de BV in de verrekening dient te worden betrokken op grond van artikel 1:141 lid 1 en artikel 1:136 lid 1 BW. Subelack haalt in dit kader een voorbeeld aan welke kort herhaald wordt.¹³¹

¹²³ Labohm, ‘Jaarwinst versus totaalwinst & alimentatie en verrekening’, EB 2008, 45, p. 4.

¹²⁴ Subelack, ‘Opgepotte winst en periodiek verrekenbeding: wat moet er verrekend worden?’, EB 2015, 75, p. 5.

¹²⁵ Denk hierbij aan het goed ondernemerschap.

¹²⁶ Van der Zanden, ‘Het begrip uitkeerbare winst in het kader van een verrekenbeding’, EB 2006, 49, p. 4.

¹²⁷ HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0382 (Slot/Ceelen).

¹²⁸ Labohm, ‘Hoge Raad: Het inkomen van de dga’, EB 2014, 73.

¹²⁹ Labohm, ‘De ondernemer en het inkomensbegrip in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden’, overvliet.nl, april 2008, p. 21.

¹³⁰ HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9605.

¹³¹ Subelack, ‘Beleggingsleer en onderneming’, EB 2011, 26, p. 2 t/m 7.



Voorbeeld in verband met de financiering van de BV

Een man en een vrouw zijn in 1993 gehuwd op huwelijksvoorwaarden, inhoudende koude uitsluiting met een periodiek verrekenbeding. In de huwelijksvoorwaarden is afgesproken dat echtgenoten hun onverteerde inkomen uit arbeid en vermogen bij helfte zullen verdelen. Net na het huwelijk heeft de man een BV opgericht, welke is gestart met een financiering van de bank van € 18.000, waarop door echtgenoten gezamenlijk is afgelost. Daarnaast heeft de man een rekening-courant bij zijn BV voor hetzelfde bedrag. Tot 2005 heeft de man het grootste deel van de winst uitgekeerd als salaris. Van 2005 tot eind 2008 heeft de man winsten (het meerdere van het uit te keren salaris) opgepot. Vervolgens heeft hij eind 2008 een dividenduitkering gedaan, waarmee de rekening-courantschuld is afgelost. In 2009 en 2010 heeft de man een hoger salaris uitbetaald in verband met de hogere winstgevendheid van de BV en het meerdere gereserveerd voor investeringen (bedoeld om de winstcapaciteit van de BV te verhogen). Begin 2011 heeft de vrouw een verzoek tot echtscheiding ingediend. De waarde (gebaseerd op de toekomstige verdien capaciteit / kasstromen) van de BV bedraagt € 5.000.000. Als niet periodiek is verrekend en de volstortingsverplichting is afgelost van overgespaarde inkomsten, dan zou op grond van de beleggingsleer (art. 1:141 lid 1 en 3 jo. 136 lid 1 BW) de volledige waarde van de BV bij helfte moeten worden verdeeld.

Subelack is van mening dat dit niet de juiste oplossing is.

Ten eerste omdat met de geringe investering van € 18.000 een extreem hoog rendement is behaald, welke de vrouw nooit had kunnen behalen wanneer wél ieder jaar was verrekend. Dat hoge rendement is volgens Subelack behaald door de te verwachte winstcapaciteit van de BV en door goed ondernemerschap van de DGA en is niet te herleiden naar de niet-verrekenende overgespaarde inkomsten.

Ten tweede heeft de aflossing van de rekening-courantschuld twee jaar vóór de indiening van het verzoekschrift plaatsgevonden, terwijl als de DGA deze niet had afgelost of pas ná indiening van het verzoekschrift, de DGA de waarde van de aandelen niet in zijn geheel zou hoeven verrekenen.

Tot slot heeft de man een redelijk salaris en dividend uit de onderneming gehaald en beiden niet als winsten opgepot in de BV.

De oplossing in het hiervoor genoemde voorbeeld is volgens Subelack niet redelijk c.q. staat niet in verhouding tot de 'investering' van de vrouw.

Subelack verwijst naar de noot onder de arrest van de Hoge Raad in de zaak Vossen/Swinkels: *"Ieder der echtgenoten, door niet periodiek te verrekenen, in staat is zijn aandeel in de besparingen te besteden aan eigen vermogensvermeerdering"*. Anders gezegd: *"Geen verrekening van het nominale bedrag der besparingen, maar van de waarde van datgene waarin de niet uitgekeerde inkomensbesparingen zijn belegd"*.

Volgens Subelack is de oplossing in strijd met de aard en strekking van het periodiek verrekenbeding toen dat werd geïntroduceerd. Namelijk, dat wanneer niet periodiek is verrekend, het nominale bedrag van onverteerde inkomsten of het resultaat van de belegging van onverteerde inkomsten verrekend moet worden, waarbij de redelijk- en billijkheid in acht worden genomen. Tevens moet worden gekeken naar de bedoeling van echtgenoten. De bedoeling destijds was dat een waardestijging, die niet te herleiden is tot een investering van overgespaard inkomen, niet voor verrekening in aanmerking komt. De oplossing volgens Subelack zou in dit geval zijn dat, in verband met de redelijkheid en billijkheid en de bedoeling van echtgenoten, de nominaliteitsleer¹³² in plaats van de beleggingsleer zou moeten worden toegepast, met een aanvulling van een redelijke rente.

Labohm is overigens van mening dat artikel 1:136 lid 1 BW niet van toepassing is op de BV, aangezien een BV geen goed is, maar bestaat uit een combinatie van kapitaal en arbeid.

¹³² Gold vóór de beleggingsleer 1 januari 2012.



3.1.2.1 Artikel 1:141 lid 3 BW: bewijsvermoeden

Als niet te herleiden is waaruit het saldo uit lid 1 bestaat, geldt het bewijsvermoeden van lid 3, namelijk dat het aanwezige vermogen wordt vermoed te zijn gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden. Maar geldt dit ook voor een BV?

Zonnenberg geeft aan, dat aangezien het ondernemingsvermogen tot het privévermogen van de DGA behoort¹³³, op basis van lid 3 (een deel van) de waarde van de BV in de verrekening zal moeten worden betrokken, ondanks dat echtgenoten de BV expliciet zouden hebben uitgesloten van verrekening.

Volgens Labohm is het bewijsvermoeden van lid 3 niet van toepassing op de BV.¹³⁴ Hij stelt dat in veel gevallen de DGA niet de bedoeling heeft dat de volledige waarde van zijn BV in de verrekening moet worden betrokken. Labohm is van mening dat lid 4 (winst uit onderneming) hierop voorgaat (lex specialis).¹³⁵

Ook Van der Zanden is van mening dat niet de gehele waardeestijging van de BV moet worden meegenomen. Hij voegt hier aan toe dat de eventuele waardeestijging van de afzonderlijke activa en passiva van de onderneming zouden moeten worden meegenomen (dit is de intrinsieke waarde van de BV minus de stille reserves).¹³⁶

De Hoge Raad¹³⁷ heeft in 2001 daarentegen beslist dat de waardeestijging van aandelen in de verrekening dient te worden betrokken, voor zover de waardeestijging als inkomen kan worden aangemerkt.¹³⁸ Met andere woorden: indien van overgespaard inkomen een lening wordt aangegaan in verband met de financiering van aandelen, dan vallen de aandelen in de verrekening.

3.1.2.2 Berekening van de waarde (van de aandelen) van de BV

De waarde van de BV is op verschillende manieren vast te stellen (zie par. 2.3.2). Er is geen eenduidige waarderingsmethode die kan worden gehanteerd bij de vaststelling van de waarde (van de aandelen) van de BV in het kader van het verrekenbeding.

In bovenstaand arrest van de Hoge Raad is de DCF-methode (par. 2.3.2) gehanteerd. Subelack¹³⁹ is van mening dat dit niet de juiste waarderingsgrond is, aangezien een periodiek verrekenbeding gaat over inkomsten die in het verleden zijn gegenereerd. Daarentegen realiseert Subelack zich wel dat de waarde van de aandelen nu eenmaal op toekomstige kasstromen wordt gebaseerd. Dit is volgens Subelack niet terecht omdat de verkoop van de BV niet gerealiseerd wordt, dus geen geld binnen komt en het niet eens zeker is of dat rendement uiteindelijk ook behaald zal worden. Ook Zonnenberg is van mening dat niet in alle gevallen de DCF-methode moet worden gehanteerd en voegt toe dat tevens moet worden gekeken naar wat daadwerkelijk is gerealiseerd in het verleden.¹⁴⁰

Als de ex-echtgenoot van de DGA aandelen heeft, dan zal de DGA hem/haar moeten uitkopen (vervreemding van de aandelen).¹⁴¹ De vervreemdingsprijs minus de verkrijgingsprijs is belast tegen 25% in box II. Dit is de zogeheten aanmerkelijk belangheffing. Mits voldaan is aan bepaalde voorwaarden kan de aanmerkelijk-belangclaim

¹³³ Art. 1:126 BW (oud).

¹³⁴ Labohm, 'De ondernemer en het inkomensbegrip in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden', overvliet.nl, april 2008, p. 22.

¹³⁵ Labohm, 'Waarde of winst & verrekening', EB 2007, 27, p. 2.

¹³⁶ Van der Zanden, 'Het begrip uitkeerbare winst in het kader van een verrekenbeding', EB 2006, 49, p. 5.

¹³⁷ HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0382 (Slot/Ceelen).

¹³⁸ Labohm, 'Enkele civiele en fiscale aspecten van verrekenbedingen', WFR 2003, 370, p. 6.

¹³⁹ Subelack, 'Opgepotte winst en periodiek verrekenbeding: wat moet er verrekend worden?', EB 2015, 75, p. 8.

¹⁴⁰ Zonnenberg, 'Verrekenbeding en onderneming: een hele onderneming!', EB 2016, 25, p. 1.

¹⁴¹ Massart, 'De contante waarde van AB-belastinglatentie bij verdeling', EB 2015, 57, p. 4.



worden doorgeschoven naar de toekomst. Dit is van positieve invloed op de beschikbare liquide middelen van de BV. Denk hierbij aan de disconteringsvoet. Hierbij wordt op dit moment rekening gehouden met waardevermindering van je vermogen in de toekomst.

3.1.3 Artikel 1:141 lid 4 BW, artikel 1:141 lid 1 en 3 jo. 1:136 lid 1 BW of een combinatie daarvan?

Vooruitlopend op het volgende hoofdstuk, wordt een uitspraak van het gerechtshof (hierna: hof) 's-Hertogenbosch besproken. Het hof heeft op 26 maart 2015 uitspraak gedaan over de niet-verrekenende opgepotte winst.¹⁴² Echtgenoten hebben in dit geval het begrip 'ondernemerswinsten' opgenomen in hun huwelijksvoorwaarden. De man bezat vóór het huwelijk 100% aandelen in een BV. De aandelen vallen onder het privé-eigendom van de man, zodat ook de waardevermeerdering van de aandelen aan hem toekomt. Partijen zijn het erover eens dat, nu niet is verrekend, van de niet-uitgekeerde winsten, (een deel van het) overgespaard inkomen is belegd in de BV. Hierdoor zullen de opgepotte winsten in de verrekening moeten worden betrokken. Partijen zijn het echter niet eens over de omvang van deze opgepotte winsten.

Het hof heeft beslist hoe de berekening eruit moet zien: *“Er dient een breukgetal te worden vastgesteld waarvan de teller bestaat uit de omvang van de in aanmerking te nemen opgepotte winsten in de verrekenperiode met uitzondering van de opgepotte winsten die nodig zijn om de continuïteit van de onderneming te waarborgen en de noemer uit de opgepotte winsten vermeerderd met de waarde van de onderneming ten tijde van de huwelijksluiting, welke breuk vermenigvuldigd moet worden met de waarde van de onderneming ten tijde van de peildatum”*. Deze berekening is overigens al eerder toegepast door de Hoge Raad.¹⁴³ Het hof is in deze van mening dat, wanneer de opgepotte winsten niet zijn verrekend en daarmee investeringen zijn gedaan, deze investeringen te kwalificeren zijn als een investering van overgespaard inkomen.

Geconcludeerd kan worden dat, ondanks dat echtgenoten in hun huwelijksvoorwaarden 'ondernemerswinsten' hebben opgenomen (en dus artikel 1:141 lid 4 van toepassing zou zijn) en de aandelen volledig in privé toebehoren aan één van de echtgenoten, toch artikel 1:141 lid 1 jo. 1:136 lid 1 BW kan worden toegepast.

Subelack stelt hierbij de vraag of verrekening van opgepotte winst op grond van artikel 1:141 lid 4 BW ertoe kan leiden dat de waarde (van de aandelen) van de BV verrekend moet worden op grond van artikel 1:141 lid 1 jo. 1:136 lid 1 BW. Subelack is van mening dat de waarde van de BV nimmer meegenomen dient te worden, wanneer sprake is van artikel 1:141 lid 4 in plaats van artikel 1:141 lid 1 jo. artikel 1:136 lid 1 BW. Dit in tegenstelling tot de uitspraak van de rechter¹⁴⁴ die een 'mengvorm' maakt van de artikelen.¹⁴⁵

Subelack geeft aan dat het niet verrekenen van opgepotte winsten inderdaad bijdraagt aan een waardevermeerdering (van de aandelen) van de BV, maar dat nooit kan worden vastgesteld op welke wijze en in welke mate dat is gebeurd en derhalve niet op zodanige wijze in de verrekening betrokken dient te worden. Subelack houdt het onderscheid aan, zoals de wet deze weergeeft (zie par. 3.1).¹⁴⁶ Subelack is van mening dat géén combinatie hiervan moet worden gebruikt.¹⁴⁷

¹⁴² Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1101.

¹⁴³ HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI4387 (voorhuwelijksvermogen).

¹⁴⁴ Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1101.

¹⁴⁵ Subelack, 'Opgepotte winst en periodiek verrekenbeding: wat moet er verrekend worden?', EB 2015, 75, p. 7.

¹⁴⁶ Art. 1:141 lid 1 jo. 1:136 BW.

¹⁴⁷ Art. 1:141 lid 4 BW.



Uit de memorie van toelichting blijkt dat artikel 1:141 lid 4 BW is gebaseerd op artikel 1:126 BW (oud).¹⁴⁸ Artikel 1:126 BW (oud) is gebaseerd op de tekst die de commissie-Buining in 1965 had ontworpen.¹⁴⁹ Destijds was het de bedoeling dat de 'vrij uit te keren winsten' in de gemeenschap zouden vallen. Volgens Subelack maakt het geen verschil of winsten wel of niet zijn uitgekeerd. Hij schrijft: *"Op grond van artikel 1:126 lid 2 BW (oud) leidden uitsluitend vrij uitkeerbare winsten tot een vergoedingsrecht. Winsten die door de onderneming zijn (of moeten worden) gereserveerd voor vervanging van bedrijfsmiddelen of voor investeringen, leidden niet tot een vergoedingsrecht. Datzelfde geldt voor winsten die daadwerkelijk zijn aangewend ter verdere financiering van de (activiteiten) van de onderneming. Ook die winsten leidden niet tot enige vergoeding, hoezeer de waarde van de onderneming door deze investeringen ook is toegenomen."*

Omdat het volgens Subelack geen verschil maakt en aangesloten wordt bij 1:126 BW (oud), zou ook dezelfde benadering moeten worden toegepast. Op grond van artikel 1:141 lid 4 BW zouden alleen de vrij uitkeerbare winsten in de verrekening moeten worden betrokken en de geherinvesteerde winsten niet. Hierdoor zou ook nooit een deel van de waarde van de BV meegenomen kunnen worden in de verrekening.

Wat moet dan wel worden meegenomen in de verrekening op grond van artikel 1:141 lid 4 BW? Volgens Subelack zou alleen het bedrag, dat de DGA op dat moment redelijkerwijs uit de BV kan halen, in de verrekening moeten worden betrokken. Artikel 1:141 lid 4 BW staat volgens hem dan ook los van artikel 1:141 lid 1 jo. 1:136 lid 1 BW.

Zonnenberg is het op meerdere fronten niet eens met Subelack. Bijvoorbeeld over de berekenwijze van de Hoge Raad over de winst. De vraag die hij erbij stelt: *"Waarom zou de beleggingsleer niet gelden voor de winsten, die jaarlijks hadden moeten zijn uitgekeerd, maar in plaats daarvan in de onderneming zijn achtergebleven? Is daarmee niet impliciet belegd in de onderneming?"*

Zonnenberg denkt dat Subelack zou willen dat de uitspraken van de rechtbank Zutphen¹⁵⁰ en de rechtbank Dordrecht¹⁵¹ worden gecodificeerd in de wet. Zonnenberg is zelf van mening dat lid 4 en 5 van artikel 1:141 BW volledig geschrapt moeten worden.¹⁵² De rechtbanken hebben (aan de hand van de solvabiliteit van de onderneming) geoordeeld dat de ondernemer aan zijn echtgenote een zodanig bedrag moet uitkeren dat de onderneming na de uitkering nog net probleemloos kan blijven functioneren. Er wordt dus rekening gehouden met de continuïteit van de onderneming in combinatie met de huidige uitkering van de winst uit onderneming van artikel 1:141 lid 4 BW. Zonnenberg vraagt zich namelijk af waarom de beleggingsleer zou moeten verdwijnen, als belegd is met overgespaard inkomen in een onderneming.

3.2 De uitkoopregeling

Telkens komt naar voren dat de continuïteit van de BV gewaarborgd moet blijven met het oog op de toekomst. Om hier gehoor aan te geven is een betalingsregeling in de wet opgenomen.¹⁵³ Wanneer de DGA niet in één keer de verrekenverplichting kan voldoen, kan bijvoorbeeld worden afgesproken het bedrag in termijnen te betalen of pas te betalen, wanneer de BV wordt verkocht.

¹⁴⁸ Kamerstukken II 2000/01, 27 554, nr. 3, p. 17.

¹⁴⁹ Commissie-Buining, WPNR 4841, 1965.

¹⁵⁰ Rechtbank Zutphen 18 oktober 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ0633.

¹⁵¹ Rechtbank Dordrecht 18 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2013:10164.

¹⁵² Zonnenberg, 'Verrekenbeding en onderneming: een hele onderneming!', EB 2016, 25, p. 3.

¹⁵³ Art. 1:140 BW.



Hoofdstuk 4 – Het te verrekenen inkomen van de DGA op basis van jurisprudentie

In het vorige hoofdstuk is duidelijk geworden dat, wanneer de DGA en zijn echtgenote geen uitvoering hebben gegeven aan het overeengekomen periodiek verrekenbeding, de BV op enige wijze in de afrekening van aanstaande ex-echtgenoten zal moeten worden betrokken. In dit hoofdstuk wordt gekeken of sprake is van ‘ondernemerswinsten’ in de huwelijksvoorwaarden. Er zal jurisprudentie worden behandeld, inzake de uitleg van het begrip ‘te verrekenen inkomen’ van de DGA. Er wordt aandacht besteed aan de overwegingen die de rechter ten grondslag heeft gelegd aan zijn beoordelingen. De overwegingen worden in het volgende hoofdstuk (hoofdstuk 5) toegepast op casussen, zoals deze aan de orde zijn bij De Wolf & Partners.

4.1 Beoordelingsvereisten van de rechter

Als echtgenoten het periodiek verrekenbeding niet hebben uitgevoerd en bij echtscheiding ontstaat vervolgens een meningsverschil over de uitleg van het begrip ‘te verrekenen inkomen’ (punt 4 van het stappenplan vermogensverdeling en/of -verrekening zoals opgenomen in **bijlage 3**), dan kunnen partijen trachten dit op te lossen in mediation of zij kunnen naar de rechter gaan. Uit jurisprudentie¹⁵⁴ blijkt dat de rechter de verzoeken hieromtrent op de volgende wijze beoordeelt:

- de zuiver taalkundige uitleg van een bepaling, oftewel de letterlijke tekst zoals beschreven in de huwelijksvoorwaarden;
- de Haviltex-norm: “De zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan de bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten”.¹⁵⁵ Zou de beoordeling van de rechter leiden tot een andere uitleg van de contractsbepaling? Het gaat hierbij over de wederzijds kenbare bedoeling van partijen die zij hadden tijdens het opstellen van de huwelijksvoorwaarden. Vaak wordt door de notaris een considerans gemaakt, die de bedoeling van partijen meer in kaart brengt. De rol van de notaris is dan ook erg belangrijk hierin; en
- de omstandigheden van het geval met het oog op de redelijkheid en billijkheid.¹⁵⁶ Hierbij wordt tevens gelet op het onderling overeenstemmend gedrag van echtgenoten tijdens het huwelijk.¹⁵⁷ Wijken echtgenoten af van de huwelijksvoorwaarden tijdens hun huwelijk?

4.2 Uitspraken

In deze paragraaf wordt jurisprudentie behandeld inzake het begrip ‘te verrekenen inkomen’ van de scheidende DGA, wanneer hij zijn overeengekomen periodiek verrekenbeding niet heeft uitgevoerd.

In **bijlage 12** zullen de relevante artikelen uit de huwelijksvoorwaarden van echtgenoten worden opgenomen.

¹⁵⁴ Rechtbank Zutphen 31 mei 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AX6825.

¹⁵⁵ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (Haviltex) en HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3697.

¹⁵⁶ HR 25 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0529 en art. 6:2 BW.

¹⁵⁷ HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7004 (onderling overeenstemmend gedrag van echtgenoten) en HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5284.



4.2.1 Zuivere inkomsten¹⁵⁸

Partijen zijn op 11 september 1987 gehuwd op huwelijksvoorwaarden, inhoudende uitsluiting van elke vermogensrechtelijke gemeenschap (behalve een gemeenschap van inboedel) en een periodiek verrekenbeding.

De vrouw verzocht in eerste aanleg verrekening van onverteerde inkomsten als bedoeld in de huwelijksvoorwaarden en artikel 1:141 lid 4 BW (dat ook de opgepotte winsten in de BV van de man in de verrekening moeten worden betrokken, omdat ze moeten worden aangemerkt als 'onverteerde inkomsten'). De man stelt zich op het standpunt dat in de huwelijksvoorwaarden van echtgenoten het begrip 'zuivere inkomsten' is gehanteerd, waardoor de opgepotte winsten niet in de verrekening moeten worden betrokken. Slechts de door hem genoten inkomsten dienen in de verrekening te worden betrokken.

De rechtbank Zutphen heeft artikel 1:141 lid 4 BW van toepassing verklaard, waardoor het begrip 'zuivere inkomsten' ook niet-uitgekeerde ondernemerswinsten met zich meebrengt, omdat onder artikel 21 Wet IB 1964 ook de niet-uitgekeerde winsten vallen. Het hof¹⁵⁹ heeft op 20 juli 2004 de uitspraak van de rechtbank verworpen en beslist dat onder het begrip 'zuivere inkomsten' de niet-uitgekeerde winsten niet meegenomen moeten worden in de verrekening, omdat echtgenoten niet de Wet IB 1964 volgden, maar in de huwelijksvoorwaarden zelf hebben beschreven wat onder de zuivere inkomsten wordt verstaan. De Hoge Raad heeft het cassatieverzoek verworpen en heeft beslist dat met de woorden 'zuivere inkomsten' partijen onderscheid willen maken door niet alle inkomsten te willen verrekenen. De man was immers al een keer getrouwd geweest en middels de huwelijksvoorwaarden wilde hij de continuïteit van zijn onderneming waarborgen. Hierdoor omvat het verrekenbeding geen ondernemerswinsten. Onder zuivere inkomsten wordt volgens de Hoge Raad wel verstaan: *"Het salaris en de dividenduitkeringen dat de BV ten tijde van het huwelijk aan de man had uitgekeerd"*.

4.2.2 Inkomsten uit arbeid¹⁶⁰

Partijen zijn met elkaar gehuwd en hebben op 6 juni 1985 huwelijksvoorwaarden met uitsluiting van elke gemeenschap van goederen en een periodiek verrekenbeding laten opmaken.

Voor partijen was dit hun tweede huwelijk. De man was vóór het huwelijk al DGA van een BV. Volgens de vrouw zullen alle vermogensbestanddelen moeten worden verrekend. De man gaf aan dat niets afgerekend zou moeten worden, omdat alles geconsumeerd is. De vraag in deze is: *"Moeten de uitgekeerde en de niet-uitgekeerde winsten verrekend worden?"*

De rechtbank 's-Gravenhage heeft op 28 december 2004 uitspraak gedaan en heeft geoordeeld dat onder inkomsten uit arbeid moet worden verstaan: inkomsten uit dienstbetrekking, sociale uitkeringen en pensioenen. Tegen deze beschikking heeft de vrouw hoger beroep ingesteld. De vrouw verzoekt primair verrekening van (de waarde van) alle vermogensbestanddelen inclusief het door de man opgebouwde vermogen in zijn vennootschappen en de niet-uitgekeerde winsten. De vrouw verzoekt subsidiair in ieder geval verrekening van de nominale waarde van primair genoemde verzoeken. De vraag die hieraan ten grondslag ligt is wat verstaan wordt onder het in de huwelijksvoorwaarden overeengekomen begrip 'arbeidsinkomen'. De man is van mening dat, omdat dit het tweede huwelijk van beide partijen is, de huwelijksvoorwaarden beperkt zijn tot overgespaarde inkomsten uit arbeid, zodat winst uit onderneming niet tot het verrekenen vermogen behoort.

¹⁵⁸ HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4557 & HR 2 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4537 (Rensing/Polak II).

¹⁵⁹ Hof Arnhem 20 juli 2004, ECLI:NL:GHARN:2004AR8328.

¹⁶⁰ HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8847.



Het hof is van mening dat de vrouw wist of behoorde te weten dat de man verschillende ondernemingen had en dat de winst uit onderneming, winst uit aanmerkelijk belang en dividend niet hetzelfde is als 'inkomen uit arbeid'.

Daarnaast voert de vrouw aan dat partijen in een gemeenschap van goederen hebben geleefd, omdat zij een gezamenlijke bankrekening hadden. Een gezamenlijke bankrekening is volgens het hof geen reden aan te nemen dat partijen de huwelijksvoorwaarden niet hebben nageleefd. Tevens heeft de man, door de wijze waarop hij zijn vermogen beheerde, zo strikt mogelijk de huwelijksvoorwaarden nageleefd. De vrouw heeft in de procedure niet kunnen aantonen dat het ondernemersvermogen is gefinancierd met gezamenlijk, dan wel niet-verrekend overgespaard inkomen. Het hof¹⁶¹ is van mening dat de rechtbank juist heeft geoordeeld over het inkomensbegrip uit de huwelijksvoorwaarden van partijen in combinatie met de gegeven feiten en omstandigheden en bekrachtigt de beschikking. Artikel 1:141 lid 4 BW is niet van toepassing.

De Hoge Raad heeft op basis van de Haviltex-criteria beslist dat de niet-uitgekeerde winsten zijn uitgesloten voor verrekening en verwerpt het cassatieberoep. Lid 4 brengt niet mee dat het begrip 'inkomsten uit arbeid' in een verrekenbeding ondernemingswinsten omvat, tenzij zulks uitdrukkelijk zou zijn uitgesloten. Wanneer iemand ná het huwelijk DGA wordt, is sprake van een andere omstandigheid, waarin een verzoek tot verrekening van de winst wel aangenomen kan worden.

4.2.3 Inkomen uit arbeid¹⁶²

Partijen zijn op 17 mei 1990 met elkaar gehuwd onder het maken van huwelijksvoorwaarden, inhoudende een gemeenschap van inboedel en een periodiek verrekenbeding.

De man was voor het huwelijk architect en directeur en enig aandeelhouder van twee BV's. Hij ontving tot aan zijn pensioen in 1997 inkomsten uit zijn werk als architect en uit de BV's. Tussen partijen bestaat geschil over de wijze waarop de verrekening afgewikkeld moet worden.

De rechtbank heeft op 8 juli 2004 en 27 september 2005 uitspraak gedaan dat zowel het inkomen uit zijn werk als architect als uit die van de BV's in de verrekeningsvordering betrokken dient te worden. De man is in hoger beroep gegaan. De man verzoekt primair de vorderingen van de vrouw met betrekking tot de afwikkeling van de huwelijksvoorwaarden af te wijzen en subsidiair de verrekeningsvordering vast te stellen op de methode zoals vermeld onder 6.7 van het beroepschrift. De man is van mening dat zijn inkomsten zich beperken tot het inkomen uit zijn werk als architect en uit één van de twee BV's. De vrouw verzoekt de vorderingen van de man af te wijzen en stelt dat ook het inkomen uit de tweede BV moet meetellen in de verrekeningsvordering. De vrouw sluit namelijk aan bij het inkomensbegrip uit de fiscale wetgeving: *"Inkomsten uit arbeid die onder de loonbelasting vallen, zijn onder andere: salaris van een werkgever, pensioen en sociale uitkeringen en winst uit onderneming"*. Het hof is het eens met de rechtbank, omdat de man niet met feiten kan aantonen dat één van de BV's volgens de bedoeling van partijen ten tijde van het sluiten van de huwelijksvoorwaarden niet in de verrekening zou moeten vallen.

4.2.4 Het belastbaar inkomen als bedoeld in de Wet IB 1964¹⁶³

Partijen zijn op 30 mei 1995 gehuwd onder huwelijksvoorwaarden met uitsluiting van elke gemeenschap van goederen. Op 19 juli 2005 is het huwelijk ontbonden. Ook in deze casus was de man vóór het huwelijk directeur en enig aandeelhouder in een BV.

¹⁶¹ Hof 's-Gravenhage 27 juli 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AT9604.

¹⁶² Hof Arnhem 23 januari 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:AZ8920.

¹⁶³ Hof Amsterdam 24 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB1896.



De vrouw verzocht in eerste aanleg de niet-uitgekeerde winsten in de BV van de man te verdelen. De rechtbank heeft beslist dat de niet-uitgekeerde winsten inderdaad in de verrekening moeten vallen. De man heeft het hof gevraagd de beschikking te vernietigen. In hoger beroep heeft de man aangevoerd dat de niet-uitgekeerde winsten uitgesloten zijn, omdat partijen geen ‘ondernemerswinsten’ in de huwelijksvoorwaarden hebben opgenomen. De man verwijst naar de Wet IB 1964, waarbij winst uit onderneming niet middels deze wet wordt belast, maar pas bij uitkering hiervan. Daarnaast wordt de BV niet voor zijn rekening gedreven, wat conform artikel 6 Wet IB 1964 wel moet. Tevens was het nooit de bedoeling van partijen dat de niet-uitgekeerde winsten mee moesten in de verrekening. De vrouw weerlegt de argumenten van de man, omdat volgens haar artikel 6 Wet IB 1964 selectief is. Tevens zijn volgens de vrouw de huwelijksvoorwaarden in strijd met de redelijk- en billijkheid. Met het verrekenbeding hadden partijen de bedoeling dat zij beiden vermogen konden opbouwen. Hierdoor zouden alle inkomsten moeten worden verrekend. Als de opgepotte winst niet kan worden verrekend, dan zal (de waarde van) de aandelen moeten worden meegenomen.

Het hof is van mening dat partijen hun inkomsten niet hebben beperkt tot alleen inkomsten uit arbeid (art. 6 Wet IB 1964), waardoor op basis van de Haviltex-criteria artikel 1:141 lid 4 BW van toepassing is. De man heeft immers gezegd dat, wanneer de winsten worden uitgekeerd, de Wet IB 1964 van toepassing is.

4.2.5 Netto-inkomsten uit arbeid¹⁶⁴

Partijen zijn in 1986 gehuwd na het maken van huwelijksvoorwaarden met een periodiek verrekenbeding.

De man had op het moment dat partijen trouwden een eenmanszaak, welke hij later heeft omgezet in een BV waarvan hij DGA is.

De rechtbank 's-Gravenhage heeft op 24 juli 2007 uitspraak gedaan en beslist dat de opgepotte winsten niet in de verrekening betrokken moeten worden. De vrouw gaat in hoger beroep, omdat zij van mening is dat de winst die is behaald door het verrichten van arbeid onder het inkomensbegrip valt. De vrouw is tevens van mening dat wanneer iemand een eenmanszaak heeft onder het inkomensbegrip ‘netto arbeidsinkomen’ ook de ondernemerswinst moet worden verstaan, aangezien de vrouw niet wist dat de eenmanszaak was omgezet in een BV.

Op basis van de Haviltex-criteria heeft het hof beslist dat op basis van het inkomensbegrip uit de huwelijksvoorwaarden (waarin dus geen ondernemerswinsten zijn opgenomen) en de bedoeling van partijen, de onderneming niet in de verrekening moet worden betrokken. Voor verrekening komt uitsluitend in aanmerking: ‘netto-inkomen uit arbeid’.

4.2.6 Netto-inkomsten uit arbeid¹⁶⁵

Man en vrouw zijn op 22 april 1989 met elkaar gehuwd op huwelijksvoorwaarden. In 2007 is de echtscheiding uitgesproken.

De man is vanaf 1980 samen met zijn twee broers vennoot in een eerder door hun vader opgerichte VOF. Deze VOF is in 1992 ondergebracht in een BV, waarvan de drie broers voor een gelijk deel aandeelhouder zijn.

¹⁶⁴ Hof 's-Gravenhage 5 november 2008, [ECLI:NL:GHSGR:2008:BG4993](#).

¹⁶⁵ Hof Arnhem 13 januari 2009, [ECLI:NL:GHARN:2009:BH5095](#).

De vrouw is in beroep gegaan tegen de beschikking van de rechtbank Arnhem van 21 februari 2008. De vrouw vraagt primair te bepalen dat de overgespaarde niet-verrekenende ondernemingswinst van de VOF's van de man, welke de man heeft geïnvesteerd in de BV's, alsnog worden verrekend. De eerste vraag die zal moeten worden beantwoord is hoe de huwelijksvoorwaarden moeten worden uitgelegd. Het hof kan daaruit niet opmaken of 'winst uit onderneming' hieronder valt of niet. Er zal dus moeten worden gekeken naar de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, met het oog op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan de huwelijksvoorwaarden. Partijen 'leefden' van het geld uit de ondernemingen en de vrouw was ook mede-ondernemer. Hierdoor heeft het hof beslist dat in dit geval ook de winsten onder het 'netto-inkomen uit arbeid' vallen. Ondanks dat de man voor het huwelijk een VOF had, welke de man tijdens het huwelijk heeft omgezet in een BV, achtte het hof het redelijk en billijk het verzoek van de vrouw toe te kennen. De vrouw hoefde redelijkerwijs niet te verwachten dat de omzetting van rechtsvorm consequenties zou hebben voor de verrekening.

4.2.7 **Inkomsten uit arbeid en vermogen**¹⁶⁶

Man en vrouw zijn gehuwd onder het maken van huwelijksvoorwaarden. Op 19 maart 2009 is de echtscheiding ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

De rechtbank heeft op 17 september 2008 geoordeeld dat partijen niet tot verrekening van overgespaarde inkomsten hoeven over te gaan. Op 12 december 2008 is de vrouw in hoger beroep gegaan tegen de beschikking van de rechtbank. In geschil was de uitleg van het inkomensbegrip zoals opgenomen in de huwelijksvoorwaarden van partijen. De vrouw vraagt om de afwikkeling van de huwelijksvoorwaarden. De vrouw stelt dat de aandelen van de BV's van de man als vermogensbestanddelen van hem moeten worden beschouwd. In verband met de redelijk en billijkheid jegens de vrouw, dient zowel het uitgekeerde dividend als de opgepote winst te worden aangemerkt als 'inkomen uit vermogen'. De man is het er niet mee eens en voert aan dat een beroep op de redelijk en billijkheid niet opgaat en wordt 'overruled' door de huwelijksvoorwaarden. De vrouw voert volgens de man geen gronden aan voor het verrekenen van ondernemerswinsten. Met 'inkomen uit vermogen' wordt volgens de man 'inkomen uit privévermogen' bedoeld. Dividend is dus geen 'inkomen uit vermogen'. Het hof is van mening dat 'inkomen uit arbeid en vermogen' geen ondernemerswinsten zijn, zoals in artikel 1:141 lid 4 BW. De niet-uitgekeerde winst is geen privévermogen en zal dus niet verrekend moeten worden. Ook vindt de rechter dat de redelijk- en billijkheid hiervoor niet geldt, waardoor de aandelen van de BV niet moeten worden meegenomen.

4.2.8 **Winsten uit onderneming**¹⁶⁷

Man en vrouw zijn gehuwd onder huwelijksvoorwaarden met een periodiek verrekenbeding. Voor de man betrof dit zijn derde huwelijk.

Partijen hebben een geschil over de uitleg van het begrip 'winst uit onderneming' zoals overeengekomen in de huwelijksvoorwaarden. De vrouw is van mening dat de tijdens het huwelijk uitgekeerde winsten voor verrekening in aanmerking moeten worden genomen. Volgens de man moet het begrip niet zo ruim worden uitgelegd, waardoor de winst volgens hem niet in de verrekening moet vallen.

Het hof heeft op 4 februari 2009 op basis van de Haviltex-criteria in het voordeel van de man geoordeeld, namelijk dat aangehaakt moet worden bij art. 6 Wet IB 1964 die tijdens het

¹⁶⁶ Hof 's-Gravenhage 17 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL8812.

¹⁶⁷ HR 3 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6085.



opstellen van de huwelijksvoorwaarden gold: *"Winst uit onderneming geniet hij voor wiens rekening een onderneming wordt gedreven, daaronder begrepen hij die, anders dan als aandeelhouder, medegerechtigd is tot het vermogen van een onderneming"*. De ondernemingen (de BV's m.u.v. de VOF) zouden niet voor rekening van de man worden gedreven en dus niet voor verrekening in aanmerking genomen moeten worden. Volgens het hof hebben partijen of in ieder geval de man bewust gekozen af te wijken van artikel 1:141 lid 4 BW. De vrouw is in cassatie gegaan, maar de Hoge Raad heeft het cassatieverzoek verworpen.

4.2.9 Netto inkomen¹⁶⁸

Partijen zijn op 19 augustus 1988, na het maken van huwelijksvoorwaarden, inhoudende koude uitsluiting met een periodiek verrekenbeding, gehuwd. De rechtbank heeft op 9 maart 2007 de echtscheiding tussen partijen uitgesproken.

De vrouw heeft bij de rechtbank primair gevorderd dat, nu niet is verrekend, op grond van artikel 1:141 lid 1 BW, de waarde van de aandelen van de BV van de man bij helfte moet worden verdeeld. Subsidiair vordert de vrouw verrekening van de winst uit onderneming op grond van artikel 1:141 lid 4 BW. De man betwist beide vorderingen. De man is van mening dat de subsidiaire vordering laakt op de bedoeling van partijen, namelijk dat de winst uit onderneming bewust achterwege is gelaten in de huwelijksvoorwaarden.

De rechtbank heeft beslist dat nu partijen geen verrekening van vermogen zijn overeengekomen en de man het wettelijke bewijsvermoeden conform artikel 1:141 lid 3 BW heeft ontzenuwd, de aandelen van de BV van de man niet voor verrekening in aanmerking komen. Ook is de rechter van mening dat de aandelen niet op grond van artikel 1:141 lid 1 BW mee moeten in de verrekening. Het hof is het niet eens met de rechtbank en geeft als reden dat het inkomensbegrip erg ruim is en dat de man niet aannemelijk heeft gemaakt dat het jaarlijks inkomen was opgegaan aan andere doeleinden dan de BV. Door het bewijsvermoeden van artikel 1:141 lid 3 BW was de man gehouden de volledige waarde van de BV in de verrekening te betrekken.

4.2.10 Netto-inkomsten uit arbeid¹⁶⁹

Man en vrouw zijn op 29 april 1991 met elkaar gehuwd op huwelijksvoorwaarden. De echtscheiding is op 15 februari 2006 door de rechtbank uitgesproken.

De vrouw is van mening dat, op grond van artikel 7 lid 3 en 4 van de huwelijksvoorwaarden, ook de winst uit zelfstandig uitgeoefend beroep of bedrijf voor verrekening in aanmerking komt. Onder verwijzing naar artikel 1:126 lid 3 BW is de vrouw van mening dat de definitie eveneens ziet op winst uit onderneming en dus conform artikel 1:141 lid 4 jo. 5 BW in de verrekening van partijen moet plaatsvinden. Nu de aandelen van de man zijn gefinancierd uit overgespaard inkomen, zal de volledige waarde van de BV in de verrekening moeten vallen. De man is het er op grond van de bedoeling van partijen niet mee eens omdat volgens de man expliciet het begrip 'netto inkomsten uit arbeid' is opgenomen, zodat de BV nimmer voor verrekening in aanmerking komt.

Het hof is het eens met de man, aangezien de man al vóór huwelijk een BV had. De rechter motiveert als volgt. Als de bedoeling van partijen was de ondernemerswinsten mee te nemen in de verrekening, zouden zij dit expliciet overeen zijn gekomen. Dit is niet het geval, dus worden de ondernemerswinsten niet meegenomen.

¹⁶⁸ Hof 's-Hertogenbosch 19 oktober 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BO1751.

¹⁶⁹ Hof Amsterdam 1 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP7469.



Hoofdstuk 5 – Casussen De Wolf & Partners

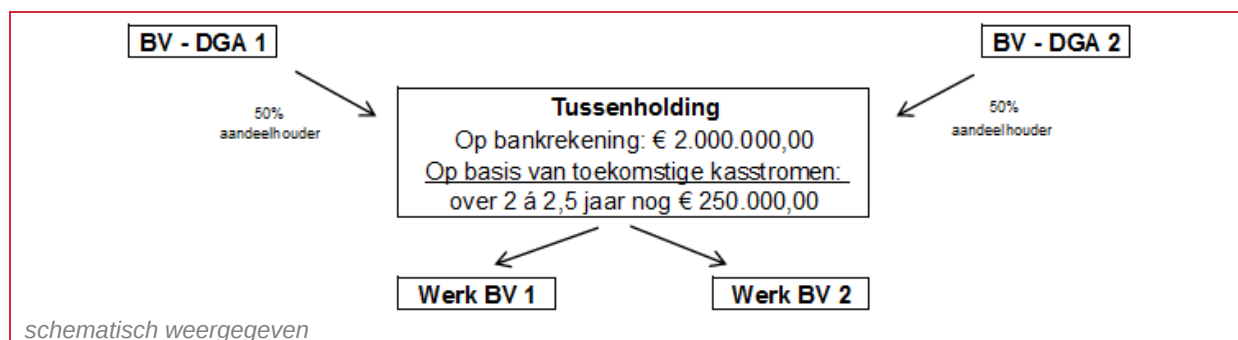
In dit hoofdstuk wordt een vijftal casussen, zoals deze bij De Wolf & Partners aan de orde zijn geweest, behandeld. In de praktijk loopt het kantoor tegen verschillende problemen aan, zoals voorgekomen in deze scriptie. Eén van deze problemen is dat het begrip ‘te verrekenen inkomen’, zoals opgenomen in huwelijksvoorwaarden van echtgenoten, voor verschillende interpretaties vatbaar is. Gebleken is dat het belangrijk is te weten wat het te verrekenen inkomen is geweest, zodat een juiste afrekening kan worden gemaakt. Om erachter te komen welke problemen in de praktijk spelen is een dossieronderzoek gedaan. De verschillende casussen worden besproken en toegelicht.

5.1 Casus 1

Partijen zijn in 1985 gehuwd onder huwelijksvoorwaarden, inhoudende koude uitsluiting met een periodiek verrekenbeding. In 2003 hebben zij de huwelijksvoorwaarden aangepast en de overeengekomen afspraken hebben zij laten vastleggen in een vaststellingsovereenkomst. Partijen hebben ten tijde van de verplichting nooit periodiek verrekend. In 2008 besloten partijen te scheiden. Zij zullen afrekenen in de vorm van een finaal verrekenbeding. Er hebben 16 procedures gelopen en partijen zijn nog steeds niet uitgeprocedeerd. Twee onderwerpen worden behandeld.

In één van de procedures heeft de vrouw een beroep gedaan op vernietiging van de vaststellingsovereenkomst op grond van dwaling (meer over vernietigingsgronden is te lezen in par. 2.1.5). Ondanks het feit dat de notaris destijds vijf gesprekken met partijen heeft gevoerd en van drie daarvan verslagen heeft gemaakt, is het beroep toch geslaagd. Het hof heeft geoordeeld dat beide partijen hebben gedwaald. Volgens het hof waren partijen niet juist voorgelicht door de notaris en waren zij niet op de hoogte van wat zij tekenden. De vaststellingsovereenkomst is vernietigd en de oorspronkelijke huwelijksvoorwaarden dienen als uitgangspunt voor de afrekening van partijen. De notaris wordt door cliënten aansprakelijk gesteld. Hierdoor rijst de vraag in het notariaat: *“Aan welke vereisten moet een notaris voldoen, zodat een beroep op dwaling niet meer kan slagen wegens het onjuist informeren van cliënten?”*

In een andere procedure is het volgende voorgevallen. De vrouw zorgde tijdens het huwelijk voor het huishouden en de kinderen. De man zorgde voor het inkomen. De man heeft een onderneming, waarvan hij samen met zijn broer voor een gelijk deel aandeelhouder is. De onderneming bestaat uit een tussenholding met twee werk BV's.



De vrouw is van mening dat er voldoende geld op de bankrekening van de tussenholding staat. Er staat namelijk een bedrag van € 2.000.000 op. De vrouw is van mening dat zij recht heeft op de helft van het aandeel dat de man in de tussenholding heeft. In de huwelijksvoorwaarden is het volgende opgenomen.

Per het einde van elk kalenderjaar voegen de echtgenoten bijeen, hetgeen van hun inkomsten over dat kalenderjaar nog onverteerd is, ter verdeling tussen hen bij helfte en ter voeging van deze helften bij hun respectieve vermogens.

De man stelt zich op het standpunt dat het geld dat op de bankrekening van de tussenholding staat moet worden gebruikt voor verliesfinancieringen en moet worden geïnvesteerd in de onderneming, zodat de continuïteit van de onderneming gewaarborgd blijft. Volgens de man kan op grond van artikel 2:216 BW man geen dividenduitkering worden gedaan en op basis van de toekomstige kasstromen zullen ook in de toekomst geen beschikbare vrije kasstromen aanwezig zijn. Hierdoor zal het geld op de bankrekening over ongeveer twee jaar zijn gedaald naar € 250.000. Als wel een uitkering wordt gedaan, dan kunnen de DGA's hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld. Daarnaast blokkeert de broer van de man (de andere DGA) dividenduitkeringen.

Uit deze casus kan worden geconcludeerd dat ondanks de vaststellingsovereenkomst is opgemaakt door een notaris bij wie partijen meermaals zijn geweest en waarvan de notaris zelfs meerdere verslagen van heeft gemaakt, deze alsnog kunnen worden vernietigd. Tevens kan geconcludeerd worden dat, ondanks dat er een duidelijke omschrijving is opgenomen in de huwelijksvoorwaarden van partijen, nog steeds niet duidelijk is wat onder het te verrekenen inkomen van partijen moet worden verstaan. Dit is zeker het geval wanneer sprake is van een DGA van een BV, waarbij op basis van de toekomstige kasstroom van de onderneming de onderneming waardeert, zonder de continuïteit daarvan in gevaar te brengen. In deze casus wordt duidelijk hoe groot het verschil is tussen de meningen van echtgenoten over het te verrekenen inkomen van de DGA.

5.2 Casus 2

Man en vrouw zijn op 28 april 1998 gehuwd op huwelijksvoorwaarden, inhoudende koude uitsluiting met een finaal verrekenbeding bij overlijden en een periodiek verrekenbeding. Het periodiek verrekenbeding hebben echtgenoten niet uitgevoerd. Partijen hebben besloten te scheiden en zijn het mediationtraject ingegaan. Na negen gesprekken zijn partijen er niet uitgekomen, waardoor de man op 14 juni 2016 een verzoekschrift heeft ingediend bij de rechtbank. Hiervan is nog geen uitspraak. In de huwelijksvoorwaarden is met betrekking tot het te verrekenen inkomen het volgende opgenomen:

De echtgenoten zijn verplicht hun inkomens op te tellen en het totaal van die inkomens na aftrek van de kosten van de gemeenschappelijke huishouding met elkaar te verdelen.

Het begrip 'inkomens' is erg algemeen. Op grond van 1:141 lid 1 jo. 3 BW en jurisprudentie geldt dat alle inkomsten moeten worden verrekend. De man is DGA van een BV. De vrouw zal bij echtscheiding recht hebben op de helft van de meerwaarde (van de aandelen) van de BV van de man. De man is echter bereid zijn uitkeerbare winsten met de vrouw te verrekenen. Dit berekent hij als volgt. De totale opgepotte winsten in de BV bedragen € 409.531. Op grond van de uitkeringstest zijn volgens de accountant van de man de uitkeerbare winsten € 219.637. Volgens de man heeft de vrouw recht op de helft van de uitkeerbare winsten minus een AB-claim van 25%. Dit komt neer op een bedrag van € 82.364.

Ten eerste is dit een verschil met het verrekenen van de meerwaarde (van de aandelen) van de BV. Volgens de accountant zou de vrouw recht hebben op € 454.852. Geconcludeerd kan worden dat het laatste bedrag aanzienlijk hoger is dan de man wenst te betalen op grond van de uitkeringstest. Hierdoor ontstaat discrepantie.

Ten tweede is de uitkeringstest uitgevoerd door de accountant van de man. Een uitkeringstest wordt naast feiten gebaseerd op de interpretatie van bepaalde gegevens. Een voorbeeld hiervan is de investering in een pand. De één kan zeggen dat een nieuw pand moet worden gekocht van € 1.000.000 om de continuïteit van de onderneming te waarborgen, terwijl de ander van mening kan zijn dat er geen ander pand gekocht moet worden, maar 'slechts' een verbouwing van € 250.000 zal moeten plaatsvinden.

Geconcludeerd kan worden dat het berekenen van de contante waarde op basis van kasstromen relatief is en dus door eenieder anders kan worden vastgesteld.

Een andere discussie in deze casus ontstond doordat de man niet bereid is de stamrechten in zijn BV te verrekenen. Een stamrecht is een ontslagvergoeding van een oude werkgever die wordt gestort in een BV, zodat niet direct inkomstenbelasting over dat bedrag betaald hoeft te worden. Dit gebeurt pas bij uitkering van de ontslagvergoeding. Een ontslagvergoeding kan zowel in de eigen BV worden gestort als in een speciaal hiervoor opgerichte BV (de zogeheten stamrecht BV). Dit is tegenwoordig niet meer toegestaan, waardoor direct inkomstenbelasting over het gehele bedrag dient te worden betaald.

De vraag die speelt is of een ontslagvergoeding moet worden gezien als inkomen en derhalve voor verrekening in aanmerking komt of dat de ontslagvergoeding moet worden gezien als voorziening naar de toekomst toe wegens gebrek aan inkomen. Volgens Subelack moet een ontslagvergoeding gezien worden als inkomen. Zeker nu de stamrecht BV niet meer opgericht mag worden. En aangezien direct inkomstenbelasting moet worden betaald, kan ook geconcludeerd worden dat de Belastingdienst de ontslagvergoeding ziet als inkomen en geen voorziening naar de toekomst toe wegens gebrek aan inkomen.

5.3 Casus 3

Man en vrouw zijn gehuwd op huwelijksvoorwaarden waarin een periodiek verrekenbeding is overeengekomen. Dit beding is niet uitgevoerd. Tijdens de afwikkeling van de echtscheiding in 2013 zijn verschillende onderwerpen aan bod gekomen. De zaak heeft niet geleid tot een rechtszaak, maar is onderhands afgewikkeld.

Eén van de onderwerpen betrof de berekening van de waarde van de BV. In de huwelijksvoorwaarden is het volgende opgenomen:

De echtgenoten verplichting zich over elk kalenderjaar, hetgeen van hun netto-inkomsten in de zin van artikel 5 onder aftrek van hetgeen daarvan is besteed voor de gemeenschappelijke huishouding en de opvoeding van de kinderen.

Partijen hebben het periodiek verrekenbeding niet uitgevoerd, waardoor op grond van artikel 1:141 lid 1 jo. 3 BW het eindvermogen minus het beginvermogen meegenomen moet worden in de verrekening. De vrouw heeft dus recht op de helft van de meerwaarde (van de aandelen) van de BV en bij een verlies hoeft de vrouw niet mee te betalen. Op de overeengekomen peildatum was de intrinsieke waarde negatief. De man had echter een uitvinding gedaan. Hierdoor betrof de waarde van de BV op basis van toekomstige kasstromen veel meer dan de intrinsieke waarde van de BV. De Wolf & Partners stond de man bij, waardoor de waarde op basis van toekomstige kasstromen nooit is berekend. Een jaar na de echtscheiding, in 2014, had de man een winst van ongeveer € 300.000. In 2015 werd dit € 600.000 en in 2016 was dit ongeveer € 1.000.000. De vrouw is akkoord gegaan met de intrinsieke waarde. Doordat de vrouw niet mee hoefde te betalen aan de verliezen, werd de waarde op nihil gesteld. De vrouw had twee adviseurs. De eerste adviseur was een echtscheidingsspecialist, die volgens haar onvoldoende resultaat had geboekt in de onderhandelingen met betrekking tot de afwikkeling van de echtscheiding. De tweede adviseur was een jurist, maar ook hij bleek achteraf niet juist gehandeld te hebben. Beide

adviseurs hebben gekeken naar de intrinsieke waarde op de peildatum en hebben zich niet gerealiseerd dat de waarde van de BV mede kan worden bepaald door de toekomstige verdien capaciteit.

Een ander onderwerp was het pensioen. Op grond van de WVPS dient het pensioen verevend te worden. Dit houdt in dat het voor de vrouw, door de man in zijn BV, opgebouwde pensioen afgestort zal moeten worden bij een externe verzekeringsmaatschappij. Als de BV geen liquide middelen heeft om het pensioen af te storten, waardoor de continuïteit van de BV in gevaar komt, dan zullen hieromtrent andere afspraken moeten worden gemaakt. Het pensioen kan bijvoorbeeld in de BV blijven, op een later tijdstip worden verevend, op een lager bedrag worden gesteld of niet worden verevend. De waarde van de BV was op basis van de intrinsieke waarde negatief, waardoor het pensioen niet verevend kon worden. Echter, op basis van de toekomstige kasstromen kan het pensioen later verevend worden. Partijen zijn overeengekomen dat het pensioen in 2017 afgewikkeld zal worden op basis van een pensioenverrekeningslijfrente. Dit is een polis die de man privé voor de vrouw afsluit, waardoor de vrouw pensioenrechten opbouwt. Het voordeel voor de vrouw is dat het niet onder de pensioen & spaarfondsenwet valt, waardoor het een veel flexibeler product is dan de normale pensioenopbouwregeling. Over de hoogte van de uitkering kan namelijk zelf beslist worden alsmede over de ingangsdatum. Het voordeel voor de man is dat de betaling van de pensioenverrekeningslijfrente aftrekbaar is in box I en dat de pensioenvoorziening in de BV voor de man blijft.

Ook partneralimentatie was een onderwerp. Deze is voor een laag bedrag afgekocht, terwijl op basis van de toekomstige kasstromen van de BV de man in de toekomst meer inkomen zou kunnen genereren. Hierdoor kon een hogere partneralimentatie worden betaald.

Geconcludeerd kan worden, dat de vrouw geen beroep meer kan doen op het feit dat zij voor meer dan 25% is benadeeld dan wel heeft gedwaald. Zij is immers door twee specialisten bijgestaan.

5.4 Casus 4

Partijen zijn wegens bescherming van het vermogen van de man tegen schuldeisers gehuwd op huwelijksvoorwaarden met een periodiek verrekenbeding. Tijdens het huwelijk hebben partijen niet periodiek verrekend. Partijen hebben middels het mediationtraject de echtscheidingsprocedure doorlopen.

De man is DGA van een groot accountantskantoor (een BV). De man en de vrouw hebben tijdens het huwelijk een stuk grond gekocht. Wegens risicospreiding hebben zij de grond op naam van de vrouw gezet. Om de grond te financieren heeft de BV een lening verschaft aan de man. Later in het huwelijk hebben partijen een huis gebouwd op de grond, die op naam van de vrouw staat. Ook het huis is deels gefinancierd door de BV, zonder dat hiervoor onderpand is gegeven, waardoor er geen zekerheid was voor de BV. Op het moment dat partijen besloten te scheiden en wilden afrekenen, ontstond onenigheid over de grond en het daarop gebouwde huis. Omdat het huis op de grond (die op naam van de vrouw staat) is gebouwd, is het huis door natrekking volledig van de vrouw.

Een ander punt waarover discussie is ontstaan, is over het pensioen van de man. De man bouwde pensioen op door middel van een beschikbaarpremiesysteem. Dit werkt als volgt. De werkgever (in dit geval zijn eigen BV) bouwt voor de werknemer een vast percentage of een variabel oplopend percentage van het salaris op als pensioen. In deze casus is gekozen voor een vast percentage van 10% van het salaris. Op het moment dat het salaris van de man werd verhoogd, is de inleg voor het pensioen daarop nooit aangepast. Daarnaast betaalde de man zelf een eigen bijdrage voor de opbouw van zijn pensioen. Het voordeel daarvan voor de man is dat de eigen bijdrage aftrekbaar is in box I.



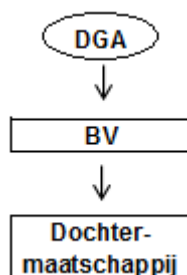
Op grond van de WVPS moet het pensioen bij echtscheiding verevend worden. Op het moment dat partijen wilden verevenen, zijn partijen erachter gekomen dat de man meer aan eigen bijdrage betaalde, dan dat de BV afdroeg aan de pensioenverzekeraar. Het is wettelijk vastgelegd dat de eigen bijdrage niet hoger mag zijn dan de betaling van de pensioenpremie van de werkgever. De Belastingdienst ziet dit als afkoop van het pensioen, waardoor over de totale pensioensom belasting moet worden betaald in box I. Daarbovenop kan de Belastingdienst tevens revisierente van 20% opleggen (meer over de afkoop van het pensioen par. 2.2.1.2.4). Het totale opgebouwde bedrag was veel lager dan het eigenlijk had moeten zijn. Alvorens tot pensioenverevening over te gaan, diende het pensioen juist te worden berekend en te worden gestort naar de verzekeraar. In overleg met de Belastingdienst is overeenstemming bereikt over het corrigeren van de pensioenvoorziening, waarna de verplichting is verrekend door een pensioenverrekeningslijfrente.

Het interessante aan deze casus is dat de man zelf vennoot is van een groot accountantskantoor. Eén van de 'Big Four'. Van hem mag worden verwacht dat hij op een bepaald niveau zou hebben gehandeld. Wegens de compliance eis van de accountantsorganisatie waar de man werkzaam is, mag de BV alleen een financiering aan de DGA verstrekken en niet aan de echtgenoot. Dit had de man moeten weten. Ook had de man moeten weten dat de vrouw door natrekking eigenaar zou worden van het huis. Om te voorkomen dat de financiering rechtstreeks naar de vrouw ging, terwijl dit niet mocht, konden partijen er bijvoorbeeld voor kiezen dat de man het geld in de privésfeer aan de vrouw uit zou lenen en daarvoor een overeenkomst op zou stellen.

5.5 Casus 5

Partijen zijn op 21 september 2007 gehuwd op huwelijksvoorwaarden, inhoudende koude uitsluiting met een periodiek verrekenbeding. Het beding is ten tijde van de verplichting niet uitgevoerd en er wordt afgerekend in de vorm van een finaal verrekenbeding. Bij de finale afrekening dient het gehele vermogen meegenomen te worden (behoudens tegenbewijs).

De man en de vrouw volgen het mediationtraject bij een advocatenkantoor. De man had een BV. De BV had een dochtermaatschappij.



schematisch weergegeven

Tijdens het huwelijk heeft de BV van de man de dochtermaatschappij verkocht. In deze casus is niet meteen duidelijk wat moet worden gezien als inkomen. In de huwelijksvoorwaarden van echtgenoten is met betrekking tot het te verrekenen inkomen het volgende opgenomen:

1. Inkomen
Onder inkomen in deze huwelijksvoorwaarden wordt verstaan:
 - A.
 1. De in het desbetreffende kalenderjaar genoten winst uit onderneming, met uitzondering van stakingswinst;

In de huwelijksvoorwaarden is opgenomen dat stakingswinst is uitgesloten van verrekening. Stakingswinst is de winst die wordt gerealiseerd bij verkoop van een voor de inkomstenbelastingplichtige onderneming, zoals een eenmanszaak, een VOF of een CV.

De man stelt zich op het standpunt dat de opbrengst uit de verkoop van de dochtermaatschappij aan te merken is als stakingswinst, omdat een BV een rechtspersoon is, en derhalve niet in de verrekening betrokken dient te worden.

Een jurist, van het advocatenkantoor waar partijen het mediationtraject volgen, heeft de tekst zo geïnterpreteerd dat de opbrengst van de verkoop van de dochtermaatschappij niet meegenomen moest worden in de verrekening van partijen, omdat zij de verkoop van een onderneming en dus ook een BV als stakingswinst zagen.

Een accountant van De Wolf & Partners heeft dezelfde tekst gelezen en interpreteert dat de opbrengst van de verkoop van de dochteronderneming wel in de verrekening moet worden meegenomen. De accountant gaf aan dat de opbrengst uit de verkoop van aandelen civielrechtelijk als vermogen moet worden aangemerkt. Volgens de accountant is het begrip stakingswinst niet van toepassing bij de verkoop van een BV, omdat dit een inkomstenbelasting technische formulering betreft. De vrouw heeft dus recht op de helft van de opbrengsten van de dochtermaatschappij.

Ondanks dat heel uitgebreid is omschreven in de huwelijksvoorwaarden wat onder het begrip 'te verrekenen inkomen' van echtgenoten valt, is het toch misgegaan. Uit deze casus kan worden geconcludeerd dat bepaalde bepalingen door verschillende partijen anders te interpreteren valt. Hieruit vloeit tevens voort dat de bedoeling van partijen erg belangrijk is bij het opmaken van de huwelijksvoorwaarden, zodat het inkomensbegrip op een juiste wijze omschreven moet worden.



Hoofdstuk 6 – Conclusies & Aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden conclusies getrokken naar aanleiding van hetgeen is onderzocht. Tevens wordt antwoord gegeven op de volgende centrale vraag: *“Hoe moet door De Wolf & Partners het begrip ‘te verrekenen inkomen’ uit de huwelijksvoorwaarden van de scheidende DGA van een BV worden uitgelegd, ingeval sprake is van een niet-uitgevoerd periodiek verrekenbeding ten tijde van het huwelijk, op grond van de wet- en regelgeving, jurisprudentie en literatuur?”*

6.1 Conclusies

Als echtgenoten een periodiek verrekenbeding in hun huwelijksvoorwaarden hebben opgenomen en zij hebben dit beding tijdens de verplichting niet uitgevoerd, dan zijn zij bij echtscheiding, conform artikel 1:141 lid 1 BW, gehouden alsnog over de afgesproken periode af te rekenen. De wetgever heeft bewust gekozen de invulling van het inkomensbegrip aan echtgenoten over te laten. Hierdoor kan tijdens de echtscheidingsprocedure onenigheid ontstaan over hetgeen verrekend had moeten worden.

In het geval van een DGA van een BV ontstaat een specifieke situatie. De DGA kan, binnen de kaders van de wet, de hoogte van zijn inkomen zelf bepalen. Hierdoor kan de DGA zijn te verrekenen inkomsten beïnvloeden. Hierover is veel gepubliceerd en zijn veel uitspraken geweest. Het is voor de medewerkers van het echtscheidingsteam van De Wolf & Partners belangrijk dat in kaart wordt gebracht welke jurisprudentie over het inkomensbegrip te vinden is en wat hierover is gepubliceerd. Hierdoor kunnen cliënten, waaronder DGA's, beter worden bijgestaan in de financiële afwikkeling van de echtscheiding.

6.1.1 Wettelijk kader

Op grond van artikel 1:141 lid 1 BW volgt dat, wanneer partijen niet periodiek hebben verrekend, de verrekening zich uitstrekt over het saldo (ontstaan door (her)belegging van hetgeen niet verrekend is) en de vruchten daarvan. Dit is de zogeheten beleggingsleer. Als het saldo niet te herleiden is, wordt op grond van lid 3 van hetzelfde artikel vermoed dat het aanwezige vermogen wordt gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden. Daarbij komt, dat in artikel 1:136 lid 1 BW staat dat, wanneer een goed onder aanwending van het te verrekenen vermogen is verkregen (zoals een lening), het verkregen goed tot het te verrekenen vermogen wordt gerekend. Het inkomen van de DGA bestaat uit salaris en eventueel dividend. In verband met fiscale optimalisatie wil de DGA zijn salaris zo laag mogelijk houden en in verband met goed ondernemerschap wil hij investeren in zijn onderneming. Als hij (een deel van) het niet-verrekende overgespaarde inkomen in de BV stopt, kan dit worden gezien als een belegging, waardoor (een deel van) de waarde (van de aandelen) van de BV moeten worden meegenomen in de verrekening. Meestal zijn partijen niet op de hoogte van de wettelijke regeling hieromtrent.

Op grond van de wet kan de BV op twee manieren in de verrekening worden betrokken:

- als van het overgespaarde inkomen is belegd in de BV, dan zal conform artikel 1:141 lid 1 en 3 jo. 1:136 lid 1 BW (een deel van) de waarde (van de aandelen) van de BV in de verrekening moeten worden betrokken; *en/of*
- als in de huwelijksvoorwaarden van echtgenoten het begrip ‘ondernemerswinsten’ is opgenomen, dan zullen conform artikel 1:141 lid 4 BW tevens de in de BV opgepotte winsten moeten worden verrekend.



6.1.2 Publicatieonderzoek

De visies van de in par. 1.6 genoemde schrijvers over het begrip 'te verrekenen inkomen' van de DGA zijn uiteen gezet. De schrijvers zijn van mening dat de BV op enige wijze in de verrekening betrokken dient te worden, maar in de wet is niet vastgelegd op welke wijze dit moet gebeuren. Hierdoor hebben velen zich geuit over dit onderwerp. Labohm, Subelack en Van der Zanden zijn van mening dat (een deel van) de waarde van de aandelen dient te worden meegenomen in de verrekening. Van der Zanden voegt er aan toe de afzonderlijke activa en passiva mee te nemen in de verrekening (de intrinsieke waarde minus de stille reserves). Subelack houdt de gronden van de wet aan. Daarnaast zijn Labohm en Van der Zanden van mening dat de BV bij echtscheiding fictief gestaakt moet worden. Op dat moment worden alle stille reserves bepaald.

6.1.3 Jurisprudentieonderzoek

Het hof 's-Hertogenbosch houdt in een uitspraak wel vast aan een combinatie van de twee artikelen. Hieruit wordt geconcludeerd dat ook (een deel van) de waarde (van de aandelen) van de BV kan worden meegenomen in de verrekening van de scheidende DGA, wanneer de DGA tijdens zijn huwelijk geen uitvoering heeft gegeven aan het overeengekomen periodiek verrekenbeding.

De rechter beoordeelt een verzoek omtrent de uitleg van het inkomensbegrip uit de huwelijksvoorwaarden van echtgenoten op de volgende wijze:

- de zuivere taalkundige uitleg van het inkomensbegrip zoals geformuleerd in de huwelijksvoorwaarden;
- de bedoeling van echtgenoten aan de hand van de Haviltex-criteria; *en*
- de omstandigheden van het geval met het oog op de redelijk- en billijkheid.

Uit het jurisprudentieonderzoek is naar voren gekomen dat de rechter veel waarde hecht aan de bedoeling van echtgenoten aan de hand van de Haviltex-criteria en de omstandigheden van het geval. Als echtgenoten één van de volgende begrippen hebben opgenomen in de huwelijksvoorwaarden, dan gaat de rechter er in de onderzochte jurisprudentie vanuit dat echtgenoten een onderscheid hebben willen maken en zij niet de bedoeling hadden alle inkomsten te willen verrekenen:

- zuivere inkomsten;
- inkomsten uit arbeid en vermogen;
- netto inkomen; *of*
- netto inkomsten uit arbeid.

Bij het begrip 'netto inkomsten uit arbeid' heeft de rechter overigens een andere keer beslist dat tevens de opgepotte winsten in de verrekening mee moesten worden genomen op grond van artikel 1:141 lid 4 BW. De man had namelijk zijn eenmanszaak omgezet in een BV. Volgens de rechter hoefde de vrouw redelijkerwijs niet te verwachten dat dit consequenties met zich meebrengt.

Wanneer het begrip 'belastbaar inkomen conform de Wet IB 1964' is opgenomen, dan geldt lid 4 wel. Het begrip 'inkomsten uit arbeid' is een twijfelgeval. Als één van echtgenoten kan aantonen dat hiermee ook de winsten van de BV zijn bedoeld, dan kan dat worden aangenomen en vice versa.

Het belangrijkste wat uit het jurisprudentieonderzoek naar voren is gekomen, is dat de huwelijksvoorwaarden van echtgenoten vaak niet duidelijk genoeg zijn omtrent de uitleg van het begrip 'te verrekenen inkomen'. Daarbij hecht de rechter veel waarde aan de bedoeling van echtgenoten. Als echtgenoten bijvoorbeeld expliciet 'ondernemerswinsten' in de

huwelijksvoorwaarden hebben opgenomen, maar zij hebben geen uitvoering gegeven aan het beding, dan kan de rechter alsnog beslissen (een deel van) de waarde van de BV mee te nemen. De rechter gaat er vanuit dat van het niet-verrekenende overgespaarde inkomen is belegd in de BV. De vragen die dan moeten worden gesteld zijn: *“Welk deel moet worden meegenomen in de verrekening, op welke wijze dient de BV te worden gewaardeerd, op welke wijze dient de winst te worden bepaald, welk deel van de winst mag worden gereserveerd, etc.?”* Er is geen rode draad te vinden en rechters zijn niet altijd volledig in hun motivering.

Daarnaast kan één van de echtgenoten bij echtscheiding een beroep doen op dwaling. Hierbij geeft minimaal één van echtgenoten aan dat hij of zij niet wist wat op dat moment werd getekend. Als dit beroep slaagt, dan worden de huwelijksvoorwaarden vernietigd. De notaris is hierbij (mogelijk) niet op een juiste wijze te werk gegaan.

Op grond van het jurisprudentieonderzoek kan geen eenduidig antwoord worden gegeven op de centrale vraag. Het is maatwerk en niemand heeft een dezelfde bedoeling.

6.1.4 Dossieronderzoek

Uit verschillende casussen zoals deze aan de orde zijn bij De Wolf & Partners is gebleken dat het inkomensbegrip uit de huwelijksvoorwaarden van echtgenoten op verschillende manieren kan worden geïnterpreteerd. Ook wanneer aan de hand van de Haviltex-criteria wordt gekeken naar de bedoeling van echtgenoten. En zelfs wanneer de begripsomschrijving wel duidelijk is, blijft het lastig te bepalen wat het te verrekenen inkomen van de DGA is in verband met de toekomstige verdien capaciteit van de onderneming, zonder de continuïteit daarvan in gevaar te brengen. Zowel de uitkomst van de toekomstige kasstroom als de uitkomst van de uitkeringstest is subjectief, omdat bepaalde gegevens voor meerdere interpretaties vatbaar zijn. Zelfs wanneer één van echtgenoten een DGA van een groot accountantskantoor is, kunnen zaken fout gaan.

Daarnaast is uit het dossieronderzoek gebleken, dat een beroep op dwaling wegens gebrek aan juiste voorlichting door een notaris kan slagen. Hierdoor ontstaat in het notariaat de discussie, namelijk aan welke vereisten een notaris moet voldoen, zodat een beroep op dwaling niet meer kan slagen.

Het is dus op grond van het dossieronderzoek voor zowel cliënten zelf als voor een deskundige niet te doen een eenduidig antwoord te geven op de centrale vraag.

6.1.5 Het antwoord op de centrale vraag

De reden van De Wolf & Partners om onderzoek te doen naar het begrip ‘te verrekenen inkomen’ van de DGA is om cliënten hieromtrent beter te informeren. Op basis van de wet- en regelgeving en de verschillende onderzoeken is geen eenduidig antwoord te geven op de centrale vraag hoe het begrip ‘te verrekenen inkomen’ moet worden uitgelegd. Uit jurisprudentie is gebleken dat de rode draad niet altijd te vinden is. Het helpt ook niet mee dat rechters vaak zeer beperkt zijn in hun motivering. Het advies voor De Wolf & Partners is om zoveel mogelijk aan de voorbereiding te doen.

6.2 Aanbevelingen

Om in de toekomst de discussie over de uitleg van het inkomensbegrip in de huwelijksvoorwaarden van echtgenoten te voorkomen c.q. te verminderen, is het belangrijk de oorzaak aan te pakken. De oorzaak is de onduidelijke formulering van het inkomensbegrip. Dit begrip zal duidelijker geformuleerd moeten worden, zodat bij een eventuele echtscheiding hierover geen of in ieder geval minder discussie kan ontstaan.

6.2.1 Aanbeveling 1

Ten eerste wordt dan ook aanbevolen dat De Wolf & Partners haar cliënten (wanneer ten miste één van hen DGA van een BV is), die voornemens zijn te trouwen, premarital mediation aanraadt, waarbij zij prenups laten opstellen. Bij premarital mediation bespreken echtgenoten vóór hun huwelijk tezamen met deskundigen (dus niet alleen met de notaris) wat zij verwachten van elkaar met betrekking tot het huwelijk en de eventuele echtscheiding. Op dit moment worden in huwelijksvoorwaarden en een eventuele considerans vooral de vermogensrechtelijke aspecten opgenomen. Bij premarital mediation worden tevens andere aspecten besproken. Te denken valt aan van te voren gemaakte afspraken over wanneer de relatie niet goed gaat. Echtgenoten kunnen afspreken eerst samen naar een therapeut te gaan, alvorens een echtscheiding in gang te zetten. Ook kan een bepaling over partneralimentatie opgenomen worden. Deze mag niet uitgesloten worden, maar kan wel bij voorbaat worden beperkt. Deze afspraken worden in de prenups opgenomen. Prenups zijn een aanvulling op de huwelijksvoorwaarden waarin de bedoeling van echtgenoten (Haviltex) volledig wordt uitgewerkt in een voor hen te begrijpen taal.

6.2.2 Aanbeveling 2

Ten tweede wordt aanbevolen dat de medewerkers van het echtscheidingsteam van De Wolf & Partners haar cliënten, die al huwelijksvoorwaarden hebben opgesteld, adviseert hun huidige huwelijksvoorwaarden nog eens te (laten) bekijken en te bespreken met elkaar of de inhoud van de huwelijksvoorwaarden nog voldoet aan ieders verwachtingen en bedoelingen. De bedoeling van echtgenoten is namelijk één van de belangrijkste beoordelingsvereisten van de rechter. Het beoordelen van de huwelijksvoorwaarden kan uiteraard met één van de medewerkers van het echtscheidingsteam van De Wolf & Partners geschieden. Als bepaalde begrippen niet duidelijk (genoeg) zijn, dan kunnen alsnog prenups worden opgesteld. Op welke wijze de BV in de verrekening moet worden betrokken, is in het geval van een DGA één van de belangrijkste aandachtspunten.

De medewerkers van het echtscheidingsteam kunnen dit bewerkstelligen door een brief te verzenden naar cliënten voor het maken van een afspraak. In de brief worden cliënten gewezen op de (financiële) gevolgen bij een eventuele echtscheiding, wanneer de verwachtingen en bedoelingen van elkaar niet meer overeen komen.

6.2.3 Aanbeveling 3

Ten derde wordt aanbevolen dat de medewerkers van het echtscheidingsteam van De Wolf & Partners haar cliënten goed informeert over de wijze waarop uitvoering moet worden gegeven aan de bepalingen uit de huwelijksvoorwaarden. Ook hiervoor kan een brief worden verstuurd voor het maken van een afspraak. Het moet duidelijk worden voor echtgenoten wat de (financiële) gevolgen zijn wanneer zij het periodiek verrekenbeding niet uitvoeren en welke kosten dit bij echtscheiding met zich mee kan brengen. Bijvoorbeeld de kosten van een advocaat, een financieel deskundige, een coach en de rechtbank. Het afwickelen van de vermogensrechtelijke gevolgen van de echtscheiding, wanneer hierover geen overeenstemming wordt bereikt, kan veel kosten met zich meebrengen. De Wolf & Partners kan haar cliënten hierbij behulpzaam zijn door hen te wijzen op de jaarlijkse uitvoering van het periodieke verrekenbeding. Een moment hiervoor zou kunnen zijn bij het opstellen van de jaarlijkse cijfers en/of belastingaangiftes. Tevens zal De Wolf & Partners haar cliënten kunnen aanbieden een verrekeningsvordering op te stellen. Hiermee zal De Wolf & Partners voldoen aan haar zorgplicht jegens cliënten.

6.2.4 Aanbeveling 4

Ten vierde wordt aanbevolen dat, wanneer de medewerkers van het echtscheidingsteam geen of weinig ervaring hebben met het begeleiden van cliënten hierin, de medewerkers geschoold worden. Het is belangrijk dat cliënten niet dwalen wegens het alsnog onjuist informeren van cliënten hieromtrent. Te denken valt aan bijvoorbeeld een cursus mediation, een cursus met betrekking tot de vermogensrechtelijke aspecten van het huwelijk of een cursus met betrekking tot premarital mediation en prenups.

6.2.5 Aanbeveling 5

Tot slot wordt aanbevolen, dat De Wolf & Partners een evaluatieformulier ontwikkelt, zodat zij achteraf kunnen meten of zij duidelijk genoeg zijn geweest naar cliënten toe. Cliënten kunnen na het gesprek aangeven of de besproken onderwerpen nu wel duidelijk zijn. Mocht dit niet het geval zijn, dan kan bijvoorbeeld een extra gesprek met cliënten plaatsvinden. Mochten cliënten van mening zijn, dat één van de medewerkers van het echtscheidingsteam niet duidelijk genoeg was, dan kunnen medewerkers (nog) beter worden geschoold.



Literatuurlijst

Artikelen

- Mr. A.N. (Alexander) Labohm
 - *'Alimentatierekenen voor de ondernemer nu en in de toekomst'*, EB 2016, 44
 - *'De directeur-grotaandeelhouder en alimentatie'*, EB 2007, 70
 - *'De ondernemer en het inkomensbegrip in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden'*, overvliet.nl
 - *'De uitkeringstest & directeur-grotaandeelhouder'*, EB 2007, 80
 - *'Enkele civiele en fiscale aspecten van verrekenbedingen'*, WFR 2003, 370
 - *'Flex BV en alimentatie'*, EB 2012, 60
 - *'Goodwill verrekenen of niet?'*, EB 2005, 35
 - *'Hoge Raad: Het inkomen van de dga'*, EB 2014, 73
 - *'Jaarwinst versus totaalwinst & alimentatie en verrekening'*, EB 2008, 45
 - *'Verrekening van winst? Zo ja, hoeveel dan?'*, EB 2004, 11
 - *'Waarde of winst & verrekening'*, EB 2007, 27
- I. (Ilse) Massart RV
 - *'De contante waarde van AB-belastinglatentie bij verdeling'*, EB 2015, 57
- Mr. T.M. (Thomas) Subelack
 - *'Beleggingsleer en onderneming'*, EB 2011, 26
 - *'Een andere visie op het verrekenen van rente en schulden'*, EB 2014, 82
 - *'Opgepotte winst en periodiek verrekenbeding: wat moet er verrekend worden?'*, EB 2015, 75
- Dr. Mr. P.M. (Peter) Van der Zanden RA
 - *'De riskante rol van de accountant bij de Flex BV en de notitie uitkeringstoets van het NTP'*, WPNR 2012, 6933.
 - *'Het begrip uitkeerbare winst in het kader van een verrekenbeding'*, EB 2006, 49
- Mr. Dr. L.H.M. (Louis) Zonnenberg
 - *'Periodiek verrekenbeding en voorhuwelijks vermogen'*, EB 2008, 52
 - *'Verrekenbeding: rente en schulden verrekenen?'*, EB 2014, 81
 - *'Verrekenbeding en onderneming: een hele onderneming!'*, EB 2016, 25
- Overige
 - C. Zantboer, *Bijlage 1, Collaborative practice: teamwork bij alternatieve geschilbeslechting*, Commissie-Buining, WPNR 4841, 1965, Tijdschrift Conflicthantering, jaargang 9, 2014, nummer 1
 - Flantinfo, 24^e jaargang, juni 2012, nr. 2
 - NBA-handreiking, *Balanstest en uitkeringstoets door het bestuur van een BV: ondersteunende rol van de accountant*, 17 oktober 2014
 - *'Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder'*

Boeken

- C.G. Breedveld-de Voogd, *'Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek 1, 2, 3, 4 en 5'*, Deventer: Kluwer 2013
- C.H.C.W. Baelemans en R.C. Dukers, *'Pocket Echtscheiding'*, Deventer: 2010
- F. Schonewille, *'Notaris en scheiding'*, Maklu-Uitgevers: 2009
- L.H.M. Zonnenberg, *'Het verrekenbeding'*, Kluwer: 2012, tweede druk

Parlementaire stukken

- *Kamerstukken II* 2000/01, 27 554, nr. 3
- *Kamerstukken II* 2016/17, 34 555
- H.G.J. Kamp, *Kamerbrief StartupDelta 2020*



Scripties

- M. Goede, *'Het periodiek verrekenbeding. Wat zou een geschikt alternatief zijn voor het periodiek verrekenbeding, gelet op de afwikkelingsproblematiek die het niet uitvoeren van het beding in het leven roept?'*, juni 2015
- K. Lemmens, *'Het inkomensbegrip met betrekking tot het periodiek verrekenbeding'*, 30 mei 2011

Syllabi

- *'Module 1 – Inleiding en Fiscaliteit, Onderdeel 1 – Inleiding Financiële Planning'*, IFK, februari 2015
- *'Module 1 – Inleiding en Fiscaliteit, Onderdeel 2 – Fiscaliteit'*, IFK, februari 2015
- *'Module 2 – Financieren en Beleggen'*, IFK, maart 2015
- *'Module 3 – Recht'*, IFK, maart 2015

Uitspraken

- Hoge Raad
 - HR 21 januari 1944, NJ 1944/45, 120 (Van de Water/Van Hemme) (Geen ECLI-nummer bekend)
 - HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (Haviltex)
 - HR 15 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4965 (verrekenbedingarrest)
 - HR 25 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0529
 - HR 7 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1695 (Vossen/Swinkels)
 - HR 19 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1963
 - HR 28 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2318 (Rensing/Polak)
 - HR 3 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2444 (Bal/Keller)
 - HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0382 (Slot/Ceelen)
 - HR 2 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0378
 - HR 6 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9241 (Schwanen/Hundscheid)
 - HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3415 (Zandstra/Vis)
 - HR 27 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7541
 - HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3697
 - HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7004 (onderling overeenstemmend gedrag van echtgenoten)
 - HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8666
 - HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4557
 - HR 2 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4537 (Rensing/Polak II)
 - HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8238
 - HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5284
 - HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2007:BA1564
 - HR 4 mei 2007, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX1706 (Pelshouderij)
 - HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI4387 (voorhuwelijksvermogen)
 - HR 3 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6085
 - HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV960
 - HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1269



- Hof
 - Hof 's-Hertogenbosch 27 juli 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR4695
 - Hof Arnhem 23 januari 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:AZ8920
 - Hof Amsterdam 24 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB1896
 - Hof 's-Gravenhage 5 november 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG4993
 - Hof Arnhem 13 januari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH5095
 - Hof 's-Gravenhage 17 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL8812
 - Hof 's-Hertogenbosch 19 oktober 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BO1751
 - Hof 's-Gravenhage 27 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO4161
 - Hof Amsterdam 1 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP7469
 - Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1101
- Rechtbank
 - Rechtbank Zutphen, 31 mei 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AX6825
 - Rechtbank Zutphen 18 oktober 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ0633
 - Rechtbank Dordrecht 18 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2013:10164

Websites

- B. Rijlaarsdam, '*Op zijn 26^e bedacht hij bol.com*', nrc.nl, 3 augustus 2014.
- '*De afroommethode: alleen voor uitzonderlijke DGA's*', belastingbelangen.nl, 30 juni 2016
- '*De afroommethode: let op de bewijslastverdeling*', belastingbelangen.nl, 26 februari 2014
- D. Lie, '*Pensioen in eigen beheer en dividenduitkering*', zwitserleven.nl, oktober 2012
- D.J.B. Jongbloed, '*Finaal verrekenbeding huwelijkse voorwaarden*', estateplanningsjuristen.nl, 15 september 2012
- D.J.B. Jongbloed, '*Gebruikelijk loon bij parttime DGA*', jongbloed-fiscaaljuristen.nl, 18 september 2015
- '*Echtscheiding en ondernemer*', mradviseurs.nl
- '*Loon en aanmerkelijk belang*', belastingdienst.nl
- oprechtscheiden.nl/boedelmenging
- '*Uitkeringstoets*', absoluteadvocaten.nl
- '*Wat is het loon van een Directeur Grootaandeelhouder?*', deba-administratie.nl
- '*Wat is het U-rendement? Een korte uitleg.*', clarusadvies.nl

Wetten

- Burgerlijk Wetboek 1
- Burgerlijk Wetboek 2
- Burgerlijk Wetboek 3
- Burgerlijk Wetboek 6
- Burgerlijk Wetboek 7
- Faillissementswet
- Pensioenwet
- Wet op de Inkomstenbelasting 1964
- Wet op de Inkomstenbelasting 2001
- Wet op de Loonbelasting 1964
- Wet op de Ondernemingsraden
- Wet verevening pensioenrechten bij scheiding