

De dga en huwelijkse voorwaarden met een verrekenbeding

Benjamin is in 1987 getrouwd met Rosalie. Toen hij ging trouwen met Rosalie had hij net zijn studie tandheelkunde afgerond. Hij had een eigen tandartsenpraktijk gestart in de vorm van een eenmanszaak. Er werden huwelijkse voorwaarden opgemaakt. Het was immers de bedoeling dat de praktijk buiten een eventuele echtscheiding zou worden gehouden. Benjamin was zich wel bewust van het risico van een echtscheiding. Zijn ouders zijn gescheiden. Het huwelijk van Benjamin en Rosalie loopt in 1998 spaak. Benjamin gaat naar een advocaat. Hij gaat ervan uit dat zijn huis (door hem gekocht en gefinancierd) en zijn aandelen van zijn BV (de eenmanszaak is inmiddels omgezet in een BV) en zijn polissen levensverzekering buiten de verdeling blijven.

JULIA M. VELDKAMP

Zijn advocaat wijst hem erop dat er een Amsterdams verrekenbeding is opgenomen in de huwelijkse voorwaarden. Het zou wel eens zo kunnen zijn dat hij de achtergebleven winsten in zijn BV met Rosalie moet verrekenen¹. Of de echtelijke woning, althans de waarde ervan, buiten het te verrekenen vermogen valt, is ook nog maar de vraag. Terzake van de polissen lijkt het duidelijk. In de huwelijkse voorwaarden is bepaald dat de premie op de polissen levensverzekering tot de kosten van de huishouding behoren en derhalve geen overgespaard inkomen zijn.

De rechtbank maakt er korte metten mee. In feite moet hij het gehele opgebouwde vermogen tijdens het huwelijk (aandelen, woning en polissen levensverzekeringen) met Rosalie verrekenen. Hij is het met deze uitspraak niet eens en gaat daartegen in hoger beroep. Het hof denkt daar niet fundamenteel anders over. Benjamin overweegt nog naar de Hoge Raad te gaan. Hij vindt het heel onrechtvaardig dat een contract tussen hem en Rosalie zo makkelijk opzij gezet wordt. Het stond destijds voor hem en Rosalie vast dat zijn praktijk, maar ook zijn polissen buiten de verdeling zouden blijven. De woning was ook niet voor

niets op zijn naam gezet. Hij had nooit gedacht de waarde van die woning met Rosalie te moeten verrekenen. Benjamin maakt de gang naar de Hoge Raad uiteindelijk niet meer. Hij kiest eieren voor zijn geld en komt alsnog tot een regeling met Rosalie.

Dit is een voorbeeld uit mijn praktijk, en zo zijn er nog veel meer.

Achtergrond Amsterdams verrekenbeding

Dga's trouwen meestal op huwelijkse voorwaarden. Een belangrijke reden daarvoor is om het voortbestaan van de onderneming bij echtscheiding niet in gevaar te brengen. Ook is het de bedoeling om het vermogen van de partner van de dga buiten de risicosfeer van de onderneming te houden. Dga's trouwden tot de jaren '70 dan ook meestal op huwelijkse voorwaarden waarbij elke gemeenschap werd uitgesloten, ook wel geheten de koude uitsluiting, maar bij de echtscheiding was het dan vaak zo dat de vrouw, althans de echtgenoot niet-dga, achter het net viste. Dat is men onredelijk gaan vinden. In de jaren '70 is daarom het verrekenbeding "uitgevonden". Daarin werd overeengekomen dat hetgeen werd gespaard van het

inkomen ieder jaar bij helfte verdeeld moest worden. De gedachte was dat daarmee de ongelijkheid werd rechtgetrokken.

Alleen rekenden de echtgenoten niet jaarlijks af. De huwelijkse voorwaarden werden na de huwelijkssluiting in een laatje opgeborgen. Er werd niet meer naar gekeken, laat staan naar geleefd.

Bij het einde van het huwelijk door echtscheiding kon in veel gevallen geen verrekening meer worden gevorderd, omdat dit afstuitte op een vervalbeding. Zo'n vervalbeding was meestal gekoppeld aan het verrekenbeding, en houdt in dat binnen drie maanden of een jaar na het desbetreffende jaar verrekend dient te worden. Deden echtgenoten dat niet, dan kon daar niet meer op worden teruggekomen.

Ontwikkelingen rondom het verrekenbeding

In 1996 keerde het tij. De Hoge Raad heeft toen (Vossen/Swinkels) geoordeeld dat een beroep op zo'n vervalbeding in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Dat bracht met zich mee dat over de gehele huwelijkse periode alsnog afgerekend moest worden. Tal van uitspraken zijn nadien over de uitvoer-

ring van het verrekenbeding gevolgd. In 2002 is de Wet Verrekenbedingen ingevoerd.

Voor dga's betekent dit dat de onderneming niet langer buiten schot blijft. Als de aandelen zijn betaald uit overgespaard inkomen dan dient de waarde van de aandelen in de verrekening betrokken te worden. Dat is ook het geval als er geld is geleend in verband met het verkrijgen van de aandelen en de lening is afgelost uit overgespaard inkomen.

Daarbij is het aan de dga om te bewijzen dat de aandelen zijn betaald uit privé-middelen, dan wel de lening is afgelost uit privé-middelen. Kan hij dat niet, dan worden de aandelen, althans de waarde ervan, vermoed te behoren tot het te verrekenen vermogen. De Wet Verrekenbedingen bevat een bewijsvermoeden (artikel 1:141 lid 3 BW). Als tijdens het huwelijk het verrekenbeding niet is nageleefd, dan wordt er in beginsel van uitgegaan dat het bij het einde van het huwelijk aanwezige vermogen is gevormd uit het overgespaarde inkomen dat verrekend had moeten worden.

De verrekenplicht heeft slechts betrekking op de huwelijkse periode, zodat ten huwelijk aangebracht vermogen van de

verrekening is uitgesloten. De verplichting tot verrekening heeft evenmin betrekking op vermogen dat uit een nalatenschap of schenking is verkregen. Het bewijsvermoeden geldt evenwel ook ten aanzien van dit vermogen. Dat betekent dat de echtgenoot die stelt dat een deel van het eindvermogen krachtens erfrecht of schenking onder uitsluitingsclausule is verkregen, dan wel behoort tot het aangebrachte vermogen, dit dient aan te tonen.

In feite lost het periodieke beding zich bij niet nakoming op in een finaal verrekenbeding.

De echtgenoot niet-dga kan simpelweg stellen dat het gehele eindvermogen te verrekenen vermogen is. Het is aan de dga om het tegendeel te bewijzen.

Maar ook als de onderneming al bestaat vóór het huwelijk, of de aandelen tijdens het huwelijk zijn verkregen uit privé-middelen (niet zijnde overgespaarde inkomsten) blijft de onderneming niet buiten schot. Dan dienen veelal de niet-uitgekeerde winsten in de verrekening betrokken te worden. De dga bepaalt immers zelf zijn inkomen uit dienstverband met de BV. Als dit inkomen relatief laag is, wordt er privé niets gespaard,

maar wordt er vermogen opgepot in de BV. Die opgepotte winsten dienen alsnog in de verrekening betrokken te worden, tenzij deze winsten al tijdens het huwelijk als dividend zijn uitgekeerd.

Toch is het niet altijd zo rechttoe rechtaan. Er is nog veel onduidelijkheid rondom de uitvoering van het verrekenbeding, ondanks de vele uitspraken, literatuur en Wet Verrekenbedingen.

Onduidelijkheden

Enkele vragen die veelal spelen rondom de uitvoering van het verrekenbeding bij een dga op een rijtje:

1. Hoe moet het ondernemingsvermogen gewaardeerd worden als de aandelen tot het te verrekenen vermogen behoren?
2. Wanneer wordt de niet-uitgekeerde winst in de verrekening betrokken?
3. In hoeverre wordt de niet-uitgekeerde winst in de verrekening betrokken?

Ad 1. Waardering ondernemingsvermogen

Zoals hierboven al aangegeven behoort de waarde van de aandelen tot het te verrekenen vermogen als de aandelen zijn verkregen tijdens het huwelijk en de verkrijging is gefinancierd uit onder ■



het verrekenbeding vallende inkomsten. In beginsel geldt de waarde in het economische verkeer. Hoe de waarde moet worden vastgesteld is niet duidelijk. Hiervoor geeft de Wet Verrekenbedingen geen richtlijnen.

In 2001 heeft de Hoge Raad in het arrest *Visserbedrijf* geoordeeld dat de redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen dat de andere echtgenoot niet méér kreeg dan hetgeen de bedrijfsvoerende echtgenoot met behulp van het bedrijfsvermogen kon financieren.

In de Wet Verrekenbedingen is de mogelijkheid tot een betalingsregeling opgenomen (artikel 1:140 BW). De echtgenoot die niet in staat is om de verschuldigde geldsom uit verrekening in eens te voldoen, kan om betaling in termijnen verzoeken. Daarvoor zijn gewichtige redenen vereist. Het in gevaar brengen van het voortbestaan van de onderneming door de verrekenvordering wordt als gewichtige reden gezien.

Ad 2. Wanneer de niet-uitgekeerde winst verrekenen?

Indien de waarde van de aandelen niet tot het te verrekenen vermogen behoort, is het de vraag of de niet-uitgekeerde winsten in de vennootschap verrekend dienen te worden. In artikel 141 lid 4 BW is hierover bepaald:

“Indien een echtgenoot in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winsten van een niet op zijn eigen naam uitgeoefende onderneming hem rechtstreeks of middellijk ten goede komen, en een verrekenbeding is overeengekomen dat ook ondernemingswinsten omvat, worden de niet uitgekeerde winsten uit zodanige onderneming, voorzover in het maatschappelijk verkeer als redelijk beschouwd, eveneens in aanmerking genomen bij de vaststelling van de verrekenplicht van die echtgenoot, onverminderd het eerste lid.”

Wanneer is er een verrekenbeding dat ook de ondernemingswinsten omvat?

Daar wordt verschillend over gedacht. Niet alleen in de literatuur, maar ook in de jurisprudentie. Het probleem is namelijk dat het inkomensbegrip in de Wet Verrekenbedingen niet nader wordt omschreven.

Het komt dus aan op de omschrijving van het inkomen in de huwelijkse voorwaarden. Daar wordt eerst naar gekeken. Bij de uitleg ervan gaat het om de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de daarin

opgenomen bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Vier recente uitspraken over het begrip inkomen op een rijtje:

1. hof Arnhem 20 juli 2004: het betrof een tweede huwelijk van een dga. Hij was bewust op huwelijkse voorwaarden gehuwd, hij wilde zijn vermogen niet nog eens moeten delen bij een echtscheiding. De notaris had in de huwelijkse voorwaarden opgenomen dat partijen al hun zuivere inkomsten, waaronder werden verstaan “de inkomsten na aftrek van de in het bijzonder daarop betrekking hebbende lasten, belastingen en heffingen” zouden moeten verrekenen. Volgens het hof is het aannemelijk dat onder zuivere inkomsten van de man moeten worden verstaan het salaris, dat de vennootschap aan de man heeft uitgekeerd en de dividenduitkeringen. Dat was volgens het hof te meer aannemelijk nu de man zich tijdens het huwelijk een hoog salaris heeft uitgekeerd. Het hof oordeelde dat partijen geen verrekening terzake de ondernemingswinst zijn overeengekomen, zodat artikel 141 lid 4 BW niet van toepassing is op de afwikkeling van het verrekenbeding en de niet-uitgekeerde winsten niet verrekend hoeven te worden.

2. hof Den Haag 27 juli 2005: in het verrekenbeding was het begrip arbeidsinkomen opgenomen. De man was al directeur-groootaandeelhouder vóór het huwelijk. De vrouw die wist dat de man directeur-groootaandeelhouder was, had zich er volgens het hof bewust van dienen te zijn dat winst uit onderneming, winst uit aanmerkelijk belang en dividend niet gelijkgesteld kunnen worden met inkomsten uit arbeid. Het hof was het met de rechtbank eens dat het begrip inkomsten uit arbeid beperkt moest worden tot inkomsten uit dienstbetrekking, sociale uitkeringen en pensioenen.

3. Hoge Raad 2 september 2005: in de huwelijkse voorwaarden was het begrip “zuiver inkomen” opgenomen. Daarvoor werd verwezen naar de Wet IB 1964. De Hoge Raad oordeelde dat de waardevermindering van de activa van de onderneming die (nog) niet is verzilverd, niet valt onder het verrekenbeding. Voor verrekening kan volgens de Hoge Raad slechts plaats zijn als het

gaat om inkomsten en winsten die op enigerlei wijze kunnen worden herleid tot overgespaarde inkomsten van de echtgenoten.

4. rechtbank Zutphen 31 mei 2006: artikel 141 lid 4 BW is alleen van toepassing als er een verrekenbeding is overeengekomen dat impliciet of expliciet de winst uit een rechtspersoon dan wel een personenvennootschap in de verrekening betreft. De rechtbank kwam daartoe door het zogenoemde *Haviltex-criterium* te hanteren. Dit criterium houdt in dat allereerst vooral van belang zijn de bewoordingen van de huwelijkse voorwaarden, de omstandigheden waaronder deze zijn gemaakt en de wederzijdse kenbare bedoelingen van partijen. De man stelde dat de huwelijkse voorwaarden waren opgemaakt ten behoeve van de continuïteit van de onderneming bij een echtscheiding. De vrouw wist niets meer van de gang van zaken rondom de huwelijkse voorwaarden. Tegen die achtergrond oordeelt de rechtbank dat het verrekenbeding wel ziet op winst uit de onderneming die voor de inkomstenbelasting relevant is (dus is uitgekeerd), maar niet op de niet-uitgekeerde winsten van de BV.

Voor de beoordeling wat onder het verrekenbeding valt is de omschrijving van het begrip “inkomsten” in de huwelijkse voorwaarden van belang, in combinatie met de bedoeling van partijen. Mogelijk komt de rechtspraak de dga tegemoet door strikter dan tot voor kort gebruikelijk te kijken of in de omschrijving van het verrekenbeding ook de winst van de onderneming voorkomt. Zo niet, dan hoeven de niet-uitgekeerde winsten misschien niet verrekend te worden.

Ad 3. In hoeverre de achtergebleven winst verrekenen?

Als de ondernemingswinsten moeten worden verrekend, is vervolgens de vraag welk deel van de niet-uitgekeerde winsten in de verrekening betrokken moet worden. Het criterium dat in artikel 1:141 lid 4 BW te vinden is luidt: “voor zover in het maatschappelijk verkeer als redelijk beschouwd”. Ook daarover is het laatste woord nog niet gezegd. In elk geval valt deze beoordeling buiten de competentie van juristen.

Adviezen rondom het verrekenbeding

Uit het voorgaande volgt dat het aankomt op de tekst van het beding, in combinatie met de bedoeling van partijen. De notaris die de huwelijkse voorwaarden opmaakt, heeft over het algemeen te weinig financiële kennis om tezamen met de echtgenoten tot een juiste formulering van het inkomensbegrip te komen. De accountant zou daar meer bij betrokken moeten worden. Rekenvoorbeelden zouden gemaakt moeten worden om de echtgenoten zich te laten realiseren wat het verrekenbeding concreet voor hun inhoudt.

Tot nu toe wordt vaak aansluiting gezocht bij het fiscale inkomensbegrip. Gerealiseerd moet worden dat ook die begrippen voor meerdere uitleg vatbaar zijn. Als het verrekenbeding aanknoopt bij het begrip "winst uit onderneming in de zin van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001" gaat het dan om de jaarwinst in de zin van artikel 3.25 Wet IB 2001 of de totale winst van de onderneming in de zin van artikel 3.8 Wet IB 2001?

De bedoeling van partijen bij het maken van de huwelijkse voorwaarden, meer specifiek bij het verrekenbeding, zou in de huwelijkse voorwaarden moeten opgenomen. Dat kan in een considerans, zoals bij andere overeenkomsten gebruikelijk. Dan kan daar later op teruggegrepen worden. Nu is het vaak gissen naar de bedoeling van

partijen. Partijen weten dat zelf meestal niet meer. In het dossier van de notaris is daar over het algemeen niet veel over terug te vinden.

Ook zou de winst uit de onderneming nadrukkelijk uitgesloten kunnen worden van de verrekening. Dat komt de duidelijkheid ten goede, maar dat kan ten nadele zijn van de echtgenoot niet dga. Immers, de dga stelt zelfs zijn inkomen vast en kan op die manier het verrekenbeding frustreren. Gedacht zou dan kunnen worden aan een inkomen dat de dga minimaal geacht wordt te verdienen met daarbij de kanttekening dat dit de continuïteit van de onderneming niet in gevaar mag brengen.

Ook in het geval de echtgenoten zich tezamen met de notaris en de accountant nauwkeurig hebben gebogen over het inkomensbegrip, doen de echtgenoten er goed aan om hun huwelijkse voorwaarden bijvoorbeeld om de vijf jaar uit het laatje te halen om te beoordelen of de huwelijkse voorwaarden nog steeds aansluiten bij hun bedoelingen.

Als echtgenoten een verrekenbeding opnemen in hun huwelijkse voorwaarden, zouden ze eigenlijk jaarlijks moeten verrekenen. Daar gaat het verrekenbeding immers in essentie van uit. Dan komen ze in ieder geval niet voor onverwachte verrassingen te staan.

De echtgenoten doen er goed aan om de administratie met betrekking tot de

Meer weten? Neem deel aan de cursus 'Huwelijk en de Fiscus' op 1 december in Nieuwegein, www.vedaa.nl

verkrijging van de aandelen van de vennootschap goed te bewaren. Het komt regelmatig voor dat niet meer te achterhalen valt met welke gelden (privé-gelden of overgespaarde gelden) de aandelen destijds zijn verkregen.

In de praktijk kom ik met enige regelmaat overeenkomsten tussen de dga en zijn echtgenote tegen, waarbij tussentijds wordt afgerekend. Deze overeenkomsten betrekken vaak niet alle inkomsten die onder het verrekenbeding vallen bij deze tussentijdse afrekening. Bijvoorbeeld blijven de niet-uitgekeerde winsten dan vaak buiten schot. Overeenkomsten waarbij niet alle te verrekenen inkomsten worden betrokken, worden in de praktijk door rechters geëcarteerd. Deze dga's wanen zich dus ten onrechte veilig. ■■■

De auteur is advocaat en scheidingsbemiddelaar bij SmeetsGijbels advocaten te Rotterdam en tevens rechter plaatsvervanger bij de rechtbank Dordrecht.

Noten

- 1 Het verrekenbeding ziet er vaak als volgt uit: "Na afloop van elk kalenderjaar zullen de echtgenoten bijeenvoegen al hetgeen van hun inkomen van het jaar onverteerd is gebleven en het aldus bijeengevoegde bij helfte verdelen".