

Vaststelling waarde AB-claim in het kader van de verdeling of verrekening

EB 2022/74

Moet de latente (IB-)belastingclaim (hierna: AB-claim) tegen de ‘nominale waarde’ of ‘contante waarde’ worden meegenomen bij een verdeling of verrekening? Een onderwerp wat de gemoederen al jaren flink blijft bezighouden. Op 22 april jl. heeft de Hoge Raad op 22 april jl. hierover arrest gewezen inzake de hoogte van de AB-claim bij de afwikkeling van een nalatenschap. In dit artikel geef ik mijn visie. Er is rekenkundig mijns inziens maar één juiste uitkomst: nominale waarde!

1. Inleiding

Bij de verdeling van een huwelijksgemeenschap of bij het vaststellen van vordering uit hoofde van een periodiek verrekenbeding waarbij echtgenoten allebei een aanmerkelijk belang hebben dan wel één (ex)echtgenoot een aanmerkelijk belang² heeft in een besloten vennootschap (hierna bv), dient u rekening te houden met de fiscale gevolgen. Voor de rechter en de advocaat zijn er de navolgende aandachtspunten:

1. Tijdstip van de ontbinding van de huwelijksgemeenschap. Van belang voor het doorschuiven van de latente (box 2) belastingclaim (hierna: AB-claim) indien de aandelen tot een huwelijksgemeenschap behoren.
2. Het tijdstip van de waardering van de aandelen; bij een periodiek verrekenbeding is dit veelal het tijdstip van indiening van het verzoekschrift tot echtscheiding en bij verdeling het tijdstip van de feitelijke verdeling, tenzij partijen anders met elkaar zijn overeengekomen of de redelijkheid en billijkheid zich tegen dit tijdstip verzet.
3. De wijze van waardering van de aandelen. Aandelen kunnen op basis van verschillende waarderingstechnieken worden gewaardeerd, denk aan de waardering op basis van vrije geldstromen of juist balans georiënteerd. De uitkomsten kunnen aanzienlijk verschillen al naar gelang de ene of de andere methode wordt gehanteerd.³
4. De berekening van de waarde van de AB-claim. Hierbij speelt de vraag of de belastingclaim voor de ‘nominale waarde’ moet worden meegenomen of voor de

‘contante waarde’ omdat in het kader van de verdeling of verrekening de belastingclaim feitelijk (nog) niet hoeft te worden betaald aan de fiscus.

In de literatuur wordt er menig discussie gevoerd met betrekking tot de waardering van een AB-claim. In dit artikel ga ik in op hoe de AB-claim in mijn visie moet worden meegenomen in het kader van de verdeling of verrekening in een situatie dat de AB-aandelen tot een huwelijksgemeenschap of tot het te verrekenen vermogen behoren en er nog niet met de fiscus hoeft te worden afgerekend.

Op basis van mijn bevindingen ben ik van mening dat een AB-claim op basis van nominale waarde dient te worden meegenomen.

In dit artikel ga ik in op de navolgende onderwerpen en ik eindig met mijn conclusie:

- Nominale waarde is ook contant gemaakt
- Fiscale aspecten bij een AB situatie + echtscheiding
- Rekenvoorbeelden
- Nabeschouwing HR-arrest d.d. 22 april 2022 (ECLI:NL:HR:2022:583)
- Conclusie

2. Nominale waarde is ook contant gemaakt

Het zal u niet verbazen dat bij een echtscheiding – als er rekening moet worden gehouden met een latente belastingclaim – de niet-ondernemer het standpunt inneemt “contante waarde” (lees: een lager AB-percentages dan het nominale AB-tarief van 26,9%) en de ondernemer/AB-houder “nominale waarde” (lees: het nominale AB-tarief van 26,9%). Dit valt vanuit hun onderhandelingsposities wel te begrijpen. Temeer daar er in de literatuur⁴ en jurisprudentie⁵ duidelijk twee ‘kampen’ zijn.

Het is niet mijn intentie om allerlei uitgebreide beschouwingen op andermans artikelen c.q. visies geven met het gevaar dat, door de technische diepgang ervan, de lezer afhaakt.

Ik zal mijn visie rekenkundig onderbouwen op een andere wijze dan in de eerdere geschreven artikelen van de diverse auteurs. Dit in de hoop dat deze eenvoudige rekenkundige uitleg het onderwerp tastbaar maakt en de “contant-getrouwen” tot een ander inzicht brengt.

¹ Drs. Sander Schilder FM RV is fiscaal econoom, registervaluator en (forensisch) mediator, eigenaar van Santax en Santax Opleidingen.

² Artikel 4.6 Wet IB 2001: De belastingplichtige heeft een aanmerkelijk belang indien hij, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect: a) voor tenminste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder zijn in een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, b) etc.

³ A.N. Labohm, W.T.M. Veerman en P.M van der Zanden, Waardering van ondernemingen in de juridische praktijk, Hoofdstuk 4, derde herziene druk.

⁴ Ik noem er enkele: Aanhangers AB-claim nominale waarde: Boringa & Lankester EB 2009/11, Janssens & Massart, EB 2015/57, Hoeve, FTV 13/2018. Aanhangers AB-claim contante waarde: Gubbels, EB 2013/89 en Van Oers, FTV 25/2021.

⁵ Zie voor een mooi overzichtsartikel van relevante jurisprudentie, het artikel van mr. Dr. M.H.M. van Oers “Kwantificering van een belastingplichtige bij echtscheiding en nalatenschap”, FTV 25/2021.

Maar ter voorkoming van misverstanden, eerst het volgende. Belastinguitstel levert een rentevoordeel op. Dit is gebaseerd op het bekende principe van “de tijdswaarde van geld”.

Een uitgestelde belastingclaim dient derhalve contant gemaakt te worden naar het moment dat de echtelieden met elkaar afrekenen.

Maar nu komt het. De auteurs Janssens & Massart, Boringa & Lankester, Hoeve hebben reeds in hun artikelen verdedigd dat de contante waarde van een doorgeschoven (en dus uitgestelde) AB-claim steeds als uitkomst het nominale AB-tarief geeft. In de praktijk wordt dit verwoord als: dé nominale waarde.

De woordkeuze “nominale waarde” die in de praktijk gebruikt wordt, heeft kans op spraakverwarring.

Deze geeft namelijk de indruk dat de doorgeschoven belastingclaim niet contant wordt gemaakt.

Dit is niet juist. Ook de nominale waarde is een contante waarde, maar zoals gezegd met als uitkomst het nominaal AB-tarief van 26,9%.

Dus als ik in dit artikel spreek over de nominale waarde van de AB-claim, houd dan immer voor ogen dat ik daarmee de visie en techniek van de auteurs Janssens & Massart, Boringa & Lankester, Hoeve onderschrijf. Voor de rekenkundige uitleg van deze conclusie verwijst ik naar de artikelen⁶ van in hoofdte genoemde auteurs.

Zoals gezegd, zal ik op een simpelere rekenkundige wijze hun visie (lees: nominale waarde=een contante waarde=met als uitkomst nominaal AB-tarief 26,9%) staven. Maar voordat ik daartoe overga, zal ik eerst stilstaan bij de vraag in welke situatie er rekening moet worden gehouden met een latente AB-claim.

3. Fiscale aspecten bij een AB situatie + echtscheiding

Bij deze rekenkundige onderbouwing heb ik mij, ten behoeve van de omvang van dit artikel, beperkt tot een AB-situatie in het kader van de echtscheiding van Marco en Sophie die een huwelijksgemeenschap hebben. De strekking van mijn betoog is overigens voor de scheidende IB-ondernemer⁷ identiek.

Marco en Sophie zijn in 2010 gehuwd in de algemene gemeenschap van goederen (oud regime).

Alle aandelen van Marco BV staan juridisch op naam van Marco. Hij is operationeel beschouwd “de ondernemer”. Toch zijn Sophie en Marco ieder voor een gelijk deel (50%)

aanmerkelijk belanghouder.⁸ Sophie heeft het verzoekschrift tot echtscheiding op 12 december 2020 ingediend. Marco heeft zich ook op die dag op een ander adres ingeschreven. Op dat moment zijn zij geen fiscaal partners⁹ meer en op diezelfde dag is ook de ontbinding¹⁰ van de gemeenschap van goederen een feit. Vanaf dat moment dienen Marco en Sophie fiscaal gezien individueel beoordeeld te worden.

Beiden hebben ieder een aanmerkelijk belang van 50%. Fiscaal gebeurt er derhalve nog niets. Op het moment dat Sophie haar 50% AB belang in Marco BV overdraagt aan Marco vervreemdt zij haar belang. Normaliter betekent ‘vervreemden’ fiscaal afrekenen over de meerwaarde (overdrachtsprijs -/- verkrijgingsprijs) tegen het box 2 tarief van 26,9% (huidige nominaal AB-tarief).

Artikel 4.17 Wet IB voorkomt deze afrekening van rechtswege mits aan de voorwaarden ervan wordt voldaan. De meest in het oog springende voorwaarde is dat de verdeling binnen twee jaren¹¹ na de ontbinding van de gemeenschap plaatsvindt, in casu dus vóór 12 december 2022. De tijd dringt.

Marco en Sophie bereiken wilsovereenstemming¹² vóór 12 december 2022.

Sophie hoeft nu niet zelf over haar meerwaarde van haar AB-belang af te rekenen met de fiscus, maar haar AB-claim wordt van rechtswege doorgeschoven¹³ naar Marco.

Marco zal derhalve - ten behoeve van de onderlinge financiële afrekening met Sophie vanuit de verdeling - rekening willen houden met het feit dat hij haar AB-claim op zijn schouders heeft genomen.

Het gebruik maken van de doorschuiffaciliteit van artikel 4.17 Wet IB 2001 waardoor de AB-claim (van Sophie) wordt doorgeschoven naar Marco en dus nog niet voldaan hoeft te worden, brengt in de praktijk de discussie teweeg of dit

⁶ Zie voor een mooi overzichtsartikel van relevante jurisprudentie, het artikel van mr. Dr. M.H.M. van Oers “Kwantificering van een belastinglatentie bij echtscheiding en nalatenschap”, *FTV* 25/2021.

⁷ Met de IB-ondernemer bedoel ik die ondernemer die winst uit onderneming (art. 3.2 wet IB 2001) geniet.

⁸ Voor echtgenoten die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, is in HR 20 juni 1963, *BNB* 1963/313 bepaald dat in dat geval beide echtgenoten aanmerkelijkbelanghouder zijn; fiscaal worden de aandelen aan beide echtgenoten toegerekend. Dit geldt ook voor de situatie dat de echtgenoten staande het huwelijk een gemeenschap van goederen aangaan. Zie HR 5 november 1958, *BNB* 1958/345 en HR 25 november 1992, *BNB* 1993/103.

⁹ Einde fiscaal partnerschap, zie art 5a lid 4 AWR; verzoekschrift tot echtscheiding én uitschrijving BRP.

¹⁰ Art. 1:99 lid 1, b; Datum ontbinding huwelijksgemeenschap: indiening van het verzoekschrift tot echtscheiding.

¹¹ N.a.v. van mijn overleg met het Ministerie van Financiën inzake de vraag wanneer de tweejaarstermijn eindigt, is dat datum passering notariële leveringsakte of datum feitelijke verdeling (lees wilsovereenstemming) heeft het Ministerie van Financiën daarover duidelijkheid gegeven in de nieuwe paragraaf 4.9 van het zogenaamde AB-besluit d.d. 9 maart 2018 nr. 2018-27139.

¹² Zie paragraaf 4.9 van het zogenaamde AB-besluit d.d. 9 maart 2018 nr. 2018-27139. Wilsovereenstemming, dat wil zeggen wederzijdse instemming met de verdeling van de tot de huwelijksgoederengemeenschap behorende goederen, en dat partijen het bovendien eens zijn geworden over de financiële consequenties die de verdeling van de goederen voor hen heeft.

¹³ Zie artikel 4.39 Wet IB 2001. Partijen kunnen ook de fiscus gezamenlijk verzoeken om wel af te rekenen. Zie artikel 4.38 Wet IB 2001. Maar beide echtelieden moeten dit willen. Als één niet wil, is afrekenen op verzoek niet mogelijk.

rentevoordeel (lees: financieel voordeel) voor Marco niet aan Sophie én Marco gezamenlijk dient toe te komen bij de verdeling.

En dus komt de vraag op of bij de verdeling ter zake van de doorgeschoven AB-claim rekening moet worden gehouden met de nominale waarde (lees: huidig AB-tarief 26,9%) of de contante waarde, deze laatste tot uiting gebracht in een lager AB-percentage?¹⁴

Sophie zal overigens haar (50%) aandelenbelang in Marco BV, dat zij houdt krachtens de gemeenschap van goederen, aan Marco moeten leveren middels een notariële levering. Dit ondanks het gegeven dat alle aandelen reeds op naam (en in het aandeelhoudersregister) van Marco staan. Deze notariële levering kan dus later plaatsvinden dan 12 december 2022 nu Marco en Sophie reeds vóór die datum wilsovereenstemming hadden bereikt.

Het niet met de fiscus hoeven af te rekenen, is voor Marco en Sophie verstandig, is hun verteld.

De financierbaarheid van de verdeling wordt aanmerkelijk vergroot. De fiscus neemt namelijk 'geen hap' uit de beschikbare gelden ten behoeve van de financiering.

In het geval Marco en Sophie geen wilsovereenstemming bereiken vóór 12 december 2022, dan blijft de hoofdregel over. Wie vervreemdt, rekent af met de fiscus. Nu Sophie in die situatie zelf met de fiscus dient af te rekenen, zal zij bij de verdeling de bruto waarde van haar 50% belang in Marco BV van Marco willen ontvangen. Dit dus zonder aftrek van enig AB-claim. Immers, zij rekent zelf af.

Stel dat Marco en Sophie onder huwelijkse voorwaarden (gescheiden vermogens) waren gehuwd en bij de echtscheiding komt vast te staan dat de waarde van de aandelen Marco BV (alle goederrechtelijk in bezit van Marco) tot het te verrekenen vermogen behoort. Hoe pakt het dan fiscaal uit? Alhoewel er fiscaal geen goederrechtelijke vervreemding¹⁵ plaatsvindt, dient men bij de onderlinge financiële afwikkeling wel altijd rekening te houden met een latente AB-claim. Zou men alleen de waarde verrekenen en niet de daarop rustende AB-claim dan zou men onderling alleen de lusten verrekenen en de lasten (lees: AB-claim) volledig bij Marco laten. Dat past niet. Kortom, ook hier komt de vraag op "Dient men hierbij rekening te houden met een nominale waarde (huidige tarief 26,9%) of contante waarde?"

Voor de opmerkelijke lezer. In deze laatste situatie van huwelijkse voorwaarden speelt de tweejaarstermijn uit artikel 4.17 Wet IB 2001 helemaal geen rol. Er is immers geen sprake van een huwelijksgemeenschap.

¹⁴ Een contante waarde wordt uitgewerkt door het nominale AB-tarief van 26,9% over een bepaalde periode tegen een rentevoet contant te maken. Wat tot uiting komt in een lager AB-percentage dat in aanmerking wordt genomen bij de verdeling c.q. verrekening.

¹⁵ Immers, alle aandelen zijn goederrechtelijk al privébezit van Marco en dat blijft zo.

4. Rekenvoorbeelden

In de eerder gepubliceerde artikelen over dit onderwerp onderbouwen de auteurs hun visie met rekenvoorbeelden of voor de doorgeschoven AB-claim de nominale waarde (Boringa & Lankester, Hoeve, Janssens & Massart) of de contante waarde (Gubbels, Van Oers) moet worden gehanteerd.

Ik waardeer dat men ieders standpunt cijfermatig onderbouwt. Echter, mijn indruk bij het lezen en doceren over de materie is dat dergelijke cijfervoorbeelden voor sommigen best lastig te lezen zijn.

Het jammere ervan is dat de cijfermatige uitleg in veel gevallen "over de hoofden van de lezer heengaat" en deze vervolgens terugvalt op tastbaardere/simplere gedachten. Uitstel=rentevoordeel=contante waarde, verwerkt in een lager AB-percentage dan het nominale AB-tarief van 26,9%.

Vandaar ook dat ik voor mijn rekenvoorbeelden een andere en simplere invalshoek heb gekozen.

En ik, in afwijking van de rekenvoorbeelden in de eerdere artikelen, de financiële effecten van beide scheidende echtelieden beschrijf en niet vanuit één partij. Immers, er zijn twee partijen die scheiden.

Uitgangspunten rekenvoorbeelden

Hieronder zal ik een vijftal rekenvoorbeelden geven.

Daarbij hanteer ik een aantal uitgangspunten die voor alle vijf de rekenvoorbeelden gelden:

- De waarde van de aandelen Marco BV betreft een constante (economische) waarde van € 1000 in alle 5 jaar na de verdeling. Dit is het geval wanneer de onderneming zich bevindt in een zogenaamde "stabiele fase". Verder is het uitgangspunt bij rekenvoorbeeld 1, 2, 4 en 5 dat het jaarlijkse behaalde (gelijke) resultaat binnen Marco BV jaarlijks als rendement aan Marco als aandeelhouder wordt uitgekeerd.
- In voorbeeld 3 zullen we zien wat er gebeurt als het jaarlijkse resultaat niet wordt uitgekeerd, maar wordt 'opgepot' en dan tezamen met de verkoop van de aandelen in jaar 5 te gelde wordt gemaakt.
- De aandelen Marco BV worden verdeeld en volledig toebedeeld aan Marco. Artikel 4.17 Wet IB 2001 is van rechtswege van toepassing in de voorbeelden 1 t/m 4. In rekenvoorbeeld 5 is artikel 4.17 Wet IB 2001 niet van toepassing.
- Gelijke verdeling: man en vrouw dienen gelijk aandeel (lees: evenveel) te ontvangen.
- Na de verdeling behaalt zowel de man als de vrouw hetzelfde rendement van 12%. Dit om appels met appels te kunnen vergelijken.
- Beide partijen hebben geen belemmeringen bij het kunnen behalen van hetzelfde rendement van 12%.
- Het behaalde rendement rendeert ook zelf weer tegen 12% (rendement over gerealiseerd rendement).
- Er wordt geen rekening gehouden met vermogensrendementsheffing (box 3).

- Alle voorbeelden dient men te lezen in duizendtallen: **(waarde x € 1000)**.
- Het doel van de vijf rekenvoorbeelden is om te laten zien wat Sophie en Marco ieder individueel aan vermogen bezit na een periode van 5 jaar, waarbij in het laatste jaar de aandelen Marco BV worden verkocht.

Voorbeeld 1

Sophie en Marco zijn bij de verdeling overeengekomen dat Marco alle aandelen toebedeeld krijgt en Sophie de bankrekening. De AB-claim hebben zij voor de nominale waarde, dat wil zeggen voor 26,9% (nominaal AB-tarief), in aanmerking genomen.

Beiden behalen vervolgens met hun vermogen een jaarlijks rendement van 12%. Marco behaalt dit 12% rendement doordat het gehele resultaat van Marco BV jaarlijks als dividend wordt uitgekeerd¹⁶ aan Marco. Marco behaalt, naast deze jaarlijkse dividenuitkering, over het reeds in privé netto ontvangen dividend ook jaarlijks 12 % rendement.

Sophie haalt dit 12% rendement in privé door haar vermogen (bankrekening) uit de verdeling te gaan beleggen/investeren. Het reeds behaalde rendement rendeert ook tegen 12%.

| Uitgangspunten voorbeeld I | Waarde € x 1000 |
|---|-----------------|
| Waarde aandelen | 1000,00 |
| AB-claim of AB-heffing in % | 26,9% |
| AB-claim of AB-heffing in € | 269,00 |
| Bankrekening | 731,00 |
| Rendement | 12,0% |
| <i>Geen rekening gehouden met vermogensrendementsheffingbox III</i> | |

| Verdeling en rendement | Sophie | Marco |
|---------------------------------------|----------------|---------------|
| Verdeling | | |
| Bankrekening | 731,00 | - |
| Waarde aandelen | - | 1000,00 |
| Af: AB-claim | - | -269,00 |
| | <u>731,00</u> | <u>731,00</u> |
| Rendement | | |
| Jaar 1 | | |
| Rendement 12% | 87,72 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,38 |
| | <u>818,72</u> | <u>87,72</u> |
| Jaar 2 | | |
| Rendement 12% | 98,25 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 10,53 |
| | <u>916,97</u> | <u>185,97</u> |
| Jaar 3 | | |
| Rendement 12% | 110,04 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 22,32 |
| | <u>1027,00</u> | <u>296,00</u> |
| Jaar 4 | | |
| Rendement 12% | 123,24 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 35,52 |
| | <u>1150,24</u> | <u>419,24</u> |
| Jaar 5 | | |

16 Veronderstelling: er geen zijn beperkingen (BW 2:216, strijd met vennootschappelijk belang (forumbankarrest)) tot het doen van dividenuitkeringen aan Marco. In de praktijk dient dit uiteraard immer getoetst te worden.

| Verdeling en rendement | Sophie | Marco |
|---------------------------------------|----------------|----------------|
| Rendement 12% | 138,03 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 50,31 |
| | 1288,27 | 557,27 |
| Verkoop aandelen | | 1000,00 |
| Af: AB-heffing | | -269,00 |
| | | 1288,27 |

Uit het bovenstaande voorbeeld 1 blijkt dat beide partijen zowel bij de verdeling (€ 731) als na een periode van 5 jaar evenveel vermogen (€ 1288,27) bezitten. Een veelgehoord argument dat de vrouw bij het hanteren van de nominale waarde (AB-tarief 26,9%) voor de AB claim slechter uit zou zijn omdat de man financieel voordeel heeft van het doorschuiven¹⁷ van de AB-claim, blijkt dus rekenkundig niet juist te zijn.

Conclusie voorbeeld 1

Door de waarde van de AB-claim bij de verdeling te baseren op een nominaal AB-tarief is er geen nadeel/voordeel voor enig partij. Beide partijen verkrijgen evenveel. Het-geen recht doet aan het beginsel van een correcte en rechtvaardige verdeling.

Gaat men verschillende rendementen op ieders eigen vermogen na de verdeling hanteren, dan kan men geen appel met een appel vergelijking meer maken. Dan ontstaan er altijd verschillen.

Het argument zou kunnen zijn dat Marco met zijn aandelen “met gemak” 12% rendement kan halen en Sophie met haar bankrekening niet. Dit is een misvatting.

Dat is een keuze en staat volledig los van de discussie nominale of contante waarde van de AB-claim.

Als Sophie ervoor kiest om de gelden te laten renderen op haar bankrekening (huidig rendement nagenoeg nihil), dan zit daar ook een ander risicoprofiel (lees: vrijwel risicoloos) bij.

Een keuze die Marco overigens niet heeft, tenzij hij ook besluit zijn aandelen te gelde te maken en dit te stationeren op een bankrekening.

Mocht Sophie besluiten om dit geld te gaan beleggen of te investeren om eenzelfde rendement (12%) als Marco (trachten) te behalen, dan geldt bij die keuze ook een hoger risicoprofiel zoals dat ook voor Marco geldt met zijn aandelen in Marco BV.¹⁸

Kortom, het verschil in rendement na de verdeling heeft niets te maken met contante of nominale waarde AB-claim,

maar enkel met de keuze van de partij welk rendement deze wenst te behalen en het daarbij behorende risico (durft) te accepteren. Des te hoger het beoogde rendement, des te hoger het risico (van negatieve effecten) dat men loopt. En uiteraard geldt dit ook vice versa.

Voorbeeld 2

Sophie en Marco zijn bij de verdeling overeengekomen dat Marco alle aandelen toebedeeld krijgt en Sophie de bankrekening. Idem als bij voorbeeld 1. Echter, de AB-claim hebben zij bij de verdeling, met weerstand van Marco, op de contante waarde gesteld, zijnde een lager AB-percentages van 15%.

Immers, Marco zou financieel (rente-)voordeel hebben van het doorschuiven van de AB-claim van Sophie en dat voordeel dient hun beiden toe te komen. Althans dat is de redenatie van Sophie.

Beiden behalen vervolgens met hun vermogen een jaarlijks rendement van 12%.

Marco behaalt dit 12% rendement doordat het gehele resultaat van Marco BV jaarlijks als dividend wordt uitgekeerd¹⁹ aan Marco. Marco behaalt, naast deze jaarlijkse dividenduitkering, over het reeds in privé netto ontvangen dividend ook jaarlijks 12 % rendement.

Sophie haalt dit 12% rendement in privé door haar vermogen (bankrekening) uit de verdeling te gaan beleggen/investeren. Het reeds behaalde rendement rendeert ook tegen 12%.

¹⁷ O.g.v. Art. 4.17 Wet IB 2001.

¹⁸ Men zou zelfs nog kunnen stellen dat Sophie ten opzichte van Marco, haar risico kan verkleinen door een goede gespreide beleggingsportefeuille/investeringen te doen. Daar waar Marco dat niet kan. Zijn vermogen bestaat geheel uit aandelen Marco BV.

¹⁹ Veronderstelling: er geen zijn beperkingen (BW 2:216, strijd met vennootschappelijk belang (forumbankarrest) tot het doen van dividenduitkeringen aan Marco. In de praktijk dient dit uiteraard immer getoetst te worden.

| Uitgangspunten voorbeeld II | Waarde € x 1000 |
|---|------------------------|
| Waarde aandelen | 1000,00 |
| AB-claim of AB-heffing in % | 26,9% |
| AB-claim contant bij verdeling in % | 15,0% |
| AB-claim contant bij verdeling in € | 150,00 |
| Bankrekening | 850,00 |
| Rendement | 12,0% |
| <i>Geen rekening gehouden met vermogensrendementsheffingbox III</i> | |

| Verdeling en rendement | Sophie | Marco |
|---------------------------------------|----------------------|----------------------|
| Verdeling | | |
| Bankrekening | 850,00 | - |
| Waarde aandelen | - | 1000,00 |
| Af: AB-claim | - | -150,00 |
| | <hr/> 850,00 | <hr/> 850,00 |
| Rendement | | |
| Jaar 1 | | |
| Rendement 12% | 102,00 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,38 |
| | <hr/> 952,00 | <hr/> 87,72 |
| Jaar 2 | | |
| Rendement 12% | 114,24 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 10,53 |
| | <hr/> 1066,24 | <hr/> 185,97 |
| Jaar 3 | | |
| Rendement 12% | 127,95 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 22,32 |
| | <hr/> 1194,19 | <hr/> 296,00 |
| Jaar 4 | | |
| Rendement 12% | 143,30 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 35,52 |
| | <hr/> 1337,49 | <hr/> 419,24 |
| Jaar 5 | | |
| Rendement 12% | 160,50 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 50,31 |
| | <hr/> 1497,99 | <hr/> 557,27 |
| Verkoop aandelen | | 1000,00 |
| Af: AB-heffing | | -269,00 |
| | | <hr/> 1288,27 |

Uit het bovenstaande voorbeeld 2 blijkt dat Sophie en Marco in de veronderstelling leefden dat zij bij de verdeling ieder een gelijk vermogen ad € 850 bezaten. Maar duidelijk wordt na een periode van 5 jaar²⁰ dat Sophie een groter vermogen bezit dan Marco terwijl hun rendement (12%) hetzelfde was. Hoe kan dit?

Uit rekenvoorbeeld 2 blijkt dat het 'gevoelde' financieel voordeel er in werkelijkheid helemaal niet is voor Marco. Marco's eindvermogen (€ 1288,27) na 5 jaar is nog net zo hoog als in voorbeeld 1.

Maar Sophie daarentegen is spekkoper. Zij profiteert van de bij de verdeling lagere in aanmerking genomen contante waarde van de AB-claim. Daardoor verkrijgt zij meer uit de verdeling dan waar zij feitelijk recht op had. Immers, zou in voorbeeld 2 de AB-claim voor de nominale waarde, zijnde het nominale AB-tarief van 26,9%, meegenomen zijn, dan zou Marco naast alle aandelen in Marco BV ook nog een deel ad € 59,5²¹ van de bankrekening ad € 850 uit de verdeling hebben verkregen. Dit meerdere ad € 59,5 uit de verdeling rendeert echter nu, na de verdeling, bij Sophie en niet bij Marco.

Conclusie voorbeeld 2

Door de AB-claim bij de verdeling te baseren op de contante waarde tot uitdrukking gebracht in een lager AB-percentage dan het nominale AB-tarief van 26,9%, lijdt de ondernemer (Marco) nadeel. Dit nadeel komt ten voordele van de niet-ondernemer (Sophie). Dit doet afbreuk aan het beginsel van een rechtvaardige en correcte verdeling. Partijen krijgen niet ieder evenveel. Een lager AB-percentage dan het nominale AB-tarief van 26,9% als contante waarde creëert, rekenkundig gezien, juist financiële verschillen.

Voorbeeld 3

Een veel gehoord argument dat zou moeten staven dat het doorschuiven van de AB-claim van Sophie voor Marco voordeel oplevert, is de mogelijkheid voor Marco dat hij zijn behaalde winsten binnen Marco BV niet jaarlijks in de vorm van dividend hoeft uit te keren en deze dus - financieel voordelig - kan oppotten. Belastinguitstel is voordeel=dus contante waarde AB-claim.²²

In dit voorbeeld gaan we zien of dit argument juist is.

Marco verkrijgt weer alle aandelen en Sophie de bankrekening. De AB-claim hebben zij voor de nominale waarde, dat wil zeggen voor 26,9% (nominaal AB-tarief), in aanmerking genomen.

Marco keert het behaalde resultaat (12% rendement) binnen Marco BV niet jaarlijks uit als dividend maar pot dit op. Het behaalde rendement van 120 K per jaar rendeert dus bruto (dus zonder AB-heffing nog, want nog geen heffingsmoment) binnen de bv door met 12%.

Dit totaal bedrag aan opgepotte winst inclusief aangegroeid rendement wordt tezamen met de waarde van de aandelen ad € 1000 in jaar 5 te gelde gemaakt. In de praktijk betekent dit één totaalbedrag ad € 1762,34 aan waarde aandelen Marco BV, maar voor het inzicht laat ik beide onderdelen in het rekenvoorbeeld zien:

- de opgepotte winsten ad € 762,34 inclusief aangegroeid rendement; en
- de waarde van de aandelen ad € 1000 zonder opgepotte winsten.

Sophie haalt dit 12% rendement in privé door haar vermogen (bankrekening) uit de verdeling te gaan beleggen/investeren. Het reeds behaalde rendement rendeert ook tegen 12%.

20 Ik heb in mijn voorbeelden telkens 5 jaar genomen, maar had ook 15 jaar kunnen nemen. Uitgaand van 15 jaar zou het negatieve verschil voor Marco alleen maar groter maken.

21 Verdeling bestaat uit: 850 K bankrekening + 1.000 K waarde aandelen -/ 269 K AB-claim = Totaal € 1581 K. Beiden krijgen de helft € 790,5 K. Maar Marco verkrijgt uit de verdeling alleen de aandelen minus de AB-claim, in casu € 731 K (€ 1000 -/ € 269). Een tekort van 59,5 K. Deze 59,5 K (van Marco eigenlijk) verkrijgt Sophie door verkrijging van de gehele bankrekening ad € 850 K.

22 Zie uitspraak Rechtbank Midden-Nederland d.d. 07 nov. 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:695. De rechtbank oordeelde een mix van contant tarief 13,4% (uitstel, doorschuiven) + nominaal tarief 25% (voor uit te keren dividend). Zoals uit het rekenvoorbeeld blijkt, levert het oppotten van winsten binnen de bv geen voordeel op.

| Uitgangspunten voorbeeld III | Waarde € x 1000 |
|---|-----------------|
| Waarde aandelen | 1000,00 |
| AB-claim of AB-heffing in % | 26,9% |
| AB-claim of AB-heffing in € | 269,00 |
| Bankrekening | 731,00 |
| Rendement | 12,0% |
| <i>Geen rekening gehouden met vermogensrendementsheffingbox III</i> | |

| Verdeling en rendement | Sophie | Marco |
|---|----------------------|----------------------|
| Verdeling | | |
| Bankrekening | 731,00 | - |
| Waarde aandelen | - | 1000,00 |
| Af: AB-claim | - | -269,00 |
| | <hr/> 731,00 | <hr/> 731,00 |
| Rendement | | |
| Jaar 1 | | |
| Rendement 12% | 87,72 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | - |
| <hr/> | | |
| Jaar 2 | | |
| Rendement 12% | 818,72 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | 98,25 | 120,00 |
| | - | - |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 14,40 |
| <hr/> | | |
| Jaar 3 | | |
| Rendement 12% | 916,97 | 254,40 |
| Af: AB-heffing | 110,04 | 120,00 |
| | - | - |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 30,53 |
| <hr/> | | |
| Jaar 4 | | |
| Rendement 12% | 1027,00 | 404,93 |
| Af: AB-heffing | 123,24 | 120,00 |
| | - | - |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 48,59 |
| <hr/> | | |
| Jaar 5 | | |
| Rendement 12% | 1150,24 | 573,52 |
| Af: AB-heffing | 138,03 | 120,00 |
| | - | - |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 68,82 |
| | <hr/> 1288,27 | <hr/> 762,34 |
| Verkoop aandelen | | 1000,00 |
| Af: AB-heffing over € 762,34 + €1000 = €1762,34 | | -474,07 |
| | | <hr/> 1288,27 |

Uit bovenstaand voorbeeld 3 blijkt, wellicht tot uw verbazing, dat beide partijen zowel bij de verdeling (€ 731) als na een periode van 5 jaar evenveel vermogen (€ 1288,27) bezitten.

Het oppotten heeft financieel dus geen (voordelig) effect voor Marco. Immers, zowel in voorbeeld 3 als in voorbeeld 1, met jaarlijkse dividenduitkeringen, bezit Marco na 5 jaar eenzelfde vermogen van € 1288,27.

Conclusie voorbeeld 3

Het oppotten van winsten levert dus geen financieel voordeel op voor Marco ten opzichte van Sophie. Als Sophie en Marco een contante waarde (stel AB-percentages van 15%) ten behoeve van het bepalen van de AB-claim in aanmerking hadden genomen, leidt dat bij Sophie na 5 jaar (wederom) bij haar tot een hoger vermogen dan bij Marco. Het rekenkundige bewijs heb ik hiervoor geleverd in voorbeeld 2.

Voorbeeld 4

In de vorige voorbeelden was er bij de verdeling telkens sprake van een ander goed (bankrekening) die eenzelfde

waarde had als het saldo van de waarde van de aandelen Marco BV minus de waarde van de AB-claim. Toch is het goed om ook de casus te schetsen waarbij er geen overig vermogen is dan de waarde van de aandelen Marco BV.

In dat geval zal Marco bij de verdeling worden overbedeeld.

Net als in voorbeeld 1 behaalt Marco zijn 12% rendement doordat het gehele resultaat van Marco BV jaarlijks aan Marco in dividend wordt uitgekeerd. Marco behaalt, naast deze jaarlijkse dividenduitkering, over het reeds in privé netto ontvangen dividend ook jaarlijks 12% rendement.

De overbedelingsvordering die Sophie op Marco heeft en het daarop reeds behandelde rendement, rendeert bij Sophie tegen 12%.²³ Dit wederom vanuit het uitgangspunt “appels met appels- vergelijking”.

Partijen gaan wederom uit van de nominale waarde (tarief van 26,9%) voor het bepalen van de doorgeschoven AB-claim.

| Uitgangspunten voorbeeld IV | Waarde € x 1000 |
|---|-----------------|
| Waarde aandelen | 1000,00 |
| AB-claim of AB-heffing in % | 26,9% |
| AB-claim of AB-heffing in € | 269,00 |
| Bankrekening | - |
| Rendement | 12,0% |
| <i>Geen rekening gehouden met vermogensrendementsheffingbox III</i> | |

| Verdeling en rendement | Sophie | Marco |
|-----------------------------|--------------|--------------|
| Verdeling | | |
| Vorderingen op de man | 365,50 | - |
| Waarde aandelen | - | 1000,00 |
| Af: AB-claim | - | -269,00 |
| Schuld aan de vrouw | - | -365,50 |
| | <hr/> 365,50 | <hr/> 365,50 |
| Rendement | | |
| Jaar 1 | | |
| Rendement 12% | - | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Rente vordering /schuld 12% | <hr/> 43,86 | <hr/> -43,86 |

²³ In de praktijk zal dit rentepercentage op de schuld aan de ex-partner vaak (fors) lager zijn. Als de looptijd zelfs heel kort is (circa 1 jaar) komen echtelieden in de praktijk soms ook geen rentepercentage overeen. De hoogte van een rentepercentage zal altijd afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval en de onderlinge verhoudingen tussen de ex-partners zelf.

| Verdeling en rendement | Sophie | Marco |
|--|---------------|---------------|
| Jaar 2 | 409,36 | 43,86 |
| Rendement 12% | - | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Rente vordering /schuld 12% | 43,86 | -43,86 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | 5,26 | 5,26 |
| Jaar 3 | 458,48 | 92,98 |
| Rendement 12% | - | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Rente vordering / schuld 12% | 43,86 | -43,86 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | 11,16 | 11,16 |
| Jaar 4 | 513,50 | 148,00 |
| Rendement 12% | - | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Rente vordering / schuld 12% | 43,86 | -43,86 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | 17,76 | 17,76 |
| Jaar 5 | 575,12 | 209,62 |
| Rendement 12% | - | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Rente vordering / schuld 12% | 43,86 | -43,86 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | 25,15 | 25,15 |
| | 644,14 | 278,64 |
| Verkoop aandelen | | 1000,00 |
| Af: AB-heffing (over waarde minus verkrijgingsprijs) | | -269,00 |
| Aflossing lening | | -365,50 |
| | | 644,14 |

Waarschijnlijk verbaast bovenstaande uitkomst u (inmiddels) niet meer. Beide partijen hebben zowel bij de verdeling (**€ 365,50**) als na een periode van 5 jaar evenveel vermogen (**€ 644,14**).

Conclusie voorbeeld 4

Idem voorbeeld 1

Wellicht komt bij u de gedachte op dat Sophie geen 12% rendement kan maken op haar (overbedelings-)vordering op Marco. In de praktijk zal dat vaak het geval zijn, maar, zoals eerder aangegeven heeft dat niets te maken met de technisch rekenkundige discussie nominale waarde versus constante waarde AB-claim.

Sophie heeft hier - in de fase dat de vordering niet geheel is afgelost - tijdelijk gezien niet echt een keuze hoe zij haar vermogen wenst te beleggen. Anderszins heeft zij ook een lager risicoprofiel.

Zij heeft een vordering op Marco als natuurlijk persoon. Marco heeft zijn aandelen Marco BV.

Gaat Marco BV ter ziele, dan is voor Marco alles weg. Voor Sophie is dat anders. Zodra Marco BV ter ziele is gegaan, heeft zij nog immer haar vordering op Marco als natuurlijk persoon. Dit vanuit het uitgangspunt dat Marco niet, door bijkomende omstandigheden, tevens in privé failliet gaat.

Kortom, de verhaalbaarheid van Sophie op Marco blijft in beginsel bestaan, waardoor haar risico op (niet inning) van haar vermogen lager is. Lager risico rechtvaardigt ook lager rendement.

Voorbeeld 5

Sophie en Marco zijn bij de verdeling wederom overeengekomen dat Marco alle aandelen toebedeeld krijgt en Sophie de bankrekening. Echter, zij voldoen niet aan de tweejaars-termijn van artikel 4.17 Wet IB 2001, waardoor Sophie en Marco geen gebruik kunnen maken van de doorschuiffaciliteit. Dat betekent dat Sophie bij de overdracht van haar 50% AB-belang naar Marco over de meerwaarde fiscaal dient af te rekenen tegen 26,9%.

Bij de verdeling zal derhalve de brutowaarde ad € 1000 - dus zonder aftrek van een AB-claim! - worden meegenomen.

Door uit te gaan van de brutowaarde - zonder aftrek van een AB-claim - betaalt Marco derhalve € 134,5 meer aan Sophie ten opzichte van de situatie waarin de doorschuiffaciliteit van artikel 4.17 Wet IB 2001 wel kan worden benut. Immers, Sophie dient zelf de acute belastingclaim ad € 134,5, zijnde 26,9% over € 500, aan de fiscus te voldoen. Marco zal in privé ten behoeve van deze "extra" betaling ad € 134,5

een financiering bij een bank aangaan tegen een rentepercentage van 12%.²⁴

De overname van het 50% AB-belang van Sophie leidt fiscaal overigens bij Marco tot een verhoging van zijn verkrijgingsprijs met € 500. Dit is van belang voor Marco bij de verkoop in jaar 5.

Door deze verhoging van de verkrijgingsprijs van het 50% aandeel van Sophie, hoeft Marco in jaar 5 niet nogmaals over het oude 50% AB-aandeel van Sophie af te rekenen. Marco hoeft uiteraard bij de verdeling nog niet over de meerwaarde van zijn eigen 50% AB-belang af te rekenen. Dat komt bij verkoop in jaar 5. Beiden behalen vervolgens met hun vermogen een jaarlijks rendement van 12%. Zie voorbeeld 1.

| Uitgangspunten voorbeeld V | Waarde € x 1000 |
|---|------------------------|
| Waarde aandelen | 1000,00 |
| AB-heffing in % | 26,9% |
| AB-claim of AB-heffing bij verdeling in € | - |
| Bankrekening | 731,00 |
| Rendement | 12,0% |
| Rentepercentage schuld aan bank | 12,0% |
| <i>Geen rekening gehouden met vermogensrendementsheffingbox III</i> | |

| Verdeling en rendement | Sophie | Marco |
|---------------------------------------|---------------|--------------|
| Verdeling | | |
| Waarde aandelen | - | 1000,00 |
| Bankrekening | 731,00 | - |
| Vergoeding AB-claim door Marco | 134,50 | - |
| Schuld aan bank | - | -134,50 |
| Verdeling | 865,50 | 865,50 |
| Af: Betaling fiscus AB-claim | -134,50 | - |
| Af: Latente AB-claim 50% deel man | - | -134,50 |
| | 731,00 | 731,00 |
| Rendement | | |
| Jaar 1 | | |
| Rendement 12% | 87,72 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Te betalen rente aan bank | - | -16,14 |
| Jaar 2 | 818,72 | 71,58 |
| Rendement 12% | 98,25 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Te betalen rente aan bank | - | -16,14 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 8,59 |
| Jaar 3 | 916,97 | 151,75 |
| Rendement 12% | 110,04 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Te betalen rente aan bank | - | -16,14 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 18,21 |

24 Het te betalen rentepercentage kan bij een bank uiteraard ook lager zijn. Ik heb voor het rekenvoorbeelden alle rendementen positief of negatief gelijk gehouden. Het maakt voor de conclusie uit het rekenvoorbeeld niet uit.

| Verdeling en rendement | Sophie | Marco |
|--|----------------|----------------|
| Jaar 4 | 1027,00 | 241,54 |
| Rendement 12% | 123,24 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Te betalen rente aan bank | - | -16,14 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 28,98 |
| Jaar 5 | 1150,24 | 342,10 |
| Rendement 12% | 138,03 | 120,00 |
| Af: AB-heffing | - | -32,28 |
| Te betalen rente aan bank | - | -16,14 |
| Rendement over gerealiseerd resultaat | - | 41,05 |
| | 1288,27 | 454,74 |
| Verkoop aandelen | | 1000,00 |
| Af: AB-heffing (over waarde – verkrijgingsprijs € 500) | | -134,50 |
| Aflossing lening | | -134,50 |
| | | 1185,74 |

Uit bovenstaand voorbeeld 5 blijkt dat Marco ‘slechter af’ is dan Sophie.

Direct afrekenen voor Sophie levert Marco een **rentenaandeel** op dat niet aanwezig is ingeval er gebruik kan worden gemaakt van de doorschuiffaciliteit van artikel 4.17 Wet IB 2001!

Ik verwijst naar het artikel²⁵ van Janssens & Massart waarin zij aangeven dat in een situatie van afrekenen de AB-heffing voor Marco zelfs tot uitdrukking kan worden gebracht in een hoger AB-percentages dan het nominaal AB-tarief 26,9%.

Conclusie voorbeeld 5

Nu partijen bij de verdeling geen gebruik kunnen maken van een doorschuiffaciliteit van artikel 4.17 Wet IB 2001 zal er door de niet-ondernemer/vervreemder (Sophie) afgerekend moet worden. Deze afrekening leidt bij de niet-ondernemer/vervreemder (Sophie) niet tot enig financieel nadeel, maar daarentegen wel bij de ondernemer/voorzitter (Marco).

Dit rentenadeel voor de ondernemer/voorzitter (Marco) treedt niet op indien partijen gebruik hadden kunnen maken van de doorschuiffaciliteit. Alleen in de doorschuifsituaties (zie voorbeelden 1, 3 en 4) waarbij bij de verdeling de nominale waarde van de AB-claim (nominaal AB-tarief 26,9%) in aanmerking is genomen, zijn de eindvermogens van beide partijen financieel gelijk en heeft er een eerlijke verdeling plaatsgehad.

5. Korte nabeschuiving d.d. 22 april 2022 Hoge Raad ECLI:NL:HR:2022:583

Bij deze korte nabeschuiving is het niet mijn bedoeling om een volledige analyse te maken van het oordeel van het hof,

de conclusie van de procureur-generaal en het arrest van de Hoge Raad zelf.

Van belang om vooraf te melden is dat dit een AB-situatie betreft in het kader van een overlijden. De hoogte van de AB-claim nominaal of contant heeft direct invloed op vaststelling van de omvang van de niet opeisbare overbedelingsvorderingen van de (klein)kinderen van de erflater.

Ik haal enkele punten aan.

De Hoge Raad oordeelt in 3.3.2:

“... In hun memorie na deskundigenbericht hebben [eisers] in het kader van de rentekwestie erop gewezen dat de deskundige miskent dat de ter zake van de aandelen verschuldigde inkomstenbelasting voor [echtgenote van erflater] een privéschuld vormt, dat deze geheel los staat van het rendement van de vennootschap en dat zij hierdoor een rentevoordeel geniet. Het hof heeft hierop niet kenbaar gerepondeerd. Niet voldoende is in dit verband de overweging dat het doorschuiven van afrekenen met de belastingdienst gunstig is voor de liquiditeitspositie van [echtgenote van erflater], maar niet voor haar vermogenspositie, omdat – aldus het hof – bij een latere afrekening het bedrag waarover inkomstenbelasting moet worden betaald is gestegen zodat ook het aan inkomstenbelasting te betalen bedrag hoger is (rov. 2.7 en rov. 2.9 van het eindarrest). Daarmee gaat het hof immers eraan voorbij dat eventueel extra verschuldigde inkomstenbelasting betrekking heeft op door de vennootschap na de peildatum gemaakt rendement. Dat rendement komt uitsluitend toe aan [echtgenote van erflater].

Zonder nadere motivering valt dan ook niet in te zien waarom de ter zake van dat rendement verschuldigde inkomstenbelasting niet geheel voor rekening van [echtgenote van erflater] zou komen en waarom deze eraan in de weg zou staan om bij het vaststellen van de waarde van de aandelen op de peildatum rekening te houden met het

25 Janssens & Massart, EB 2015/57.

rentevoordeel dat [echtgenote van erflater] geniet bij het doorschuiven van de inkomstenbelasting ter zake van het tot aan de peildatum gemaakte rendement.”

Uit het oordeel van de Hoge Raad lijkt dat de Hoge Raad bij het vaststellen van de waarde van de aandelen op de peildatum het rentevoordeel van het doorschuiven van de AB-claim in aanmerking wil nemen. Ik lees daarin dat men voor ogen heeft een contante waarde van de AB-claim, door het hanteren van een lager AB-percentages dan het nominale AB-tarief van 26,9%. Het is aan Hof 's-Hertogenbosch 'ter verdere behandeling en beslissing'. Met andere woorden, die zal het oordeel moeten geven over de omvang van de AB-claim.

De Hoge Raad maakt overigens met 'zonder nadere motivering' een voorbehoud. Zou een andere motivering, door de deskundige, door de partij echtgenote van erflater, dan wel het hof, geleid hebben tot een ander oordeel van de Hoge Raad? Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de technische kant van deze discussie bijna iedereen parten speelt.

Met mijn rekenvoorbeelden heb ik duidelijk gemaakt vanuit de beide financiële posities (de ondernemer en de echtgeno(o)t(e) dat het in aanmerking nemen van de nominale waarde van de AB-claim (lees contante waarde met als uitkomst nominaal AB-tarief van 26,9%, zie paragraaf 2) geen nadeel c.q. geen voordeel voor beide partijen geeft. Alleen het hanteren van de nominale waarde (lees: AB-tarief 26,9%) voor de doorgeschoven AB-claim is voor partijen financieel neutraal.

Het daarentegen hanteren van een lager AB-percentages dan contante waarde creëert, rekenkundige bezien, juist financiële verschillen. Naast het in aanmerking nemen van een lager AB-percentages dan het nominaal AB-tarief van 26,9% ontstaan financiële verschillen in eindvermogen ook door het behalen van een verschillend rendement na de verdeling. Bij scheiding is het trachten te behalen van eenzelfde rendement, behoudens die gevallen waarbij de verdeling gepaard gaat met een tijdelijke onderlinge financiering, een vrije keuze van ieder der partijen zelf. Als de goederen correct gewaardeerd zijn en in geld zijn om te zetten, is het voor partijen in beginsel mogelijk om hetzelfde rendement te behalen. De praktijk leert dat die rendementen tussen hen nooit gelijk zullen zijn. De één kiest ervoor om de echtelijke woning uit de verdeling te verkrijgen en de ander de aandelen, etc.

Kortom, de keuzes van de ex-echtelingen creëren de verschillen. En zoals gezegd, een lager rendement gaat gepaard met een lager risico en dat rechtvaardigt ook dat er verschillen mogen zijn, zonder dat dat tot discussie leidt tussen ex-partners.

Die vrije keuze om hetzelfde rendement trachten te behalen, ontbreekt m.i. wel in de casus die speelde bij de Hoge Raad. De (klein)kinderen van de erflater kregen een niet-opeisbare overbedelingsvordering. Ik meen dat de deskundige tot het oordeel kwam dat de echtgenote van erflater een

netto-rendement van 3% op de aandelen haalde. M.i. valt uit de uitspraken van het hof en de Hoge Raad niet af te leiden welke rendement de (klein)kinderen ontvingen op hun niet-opeisbare vordering.

In versterfsituaties met niet-opeisbare overbedelingsvorderingen staat het rendement op de niet-opeisbare vordering vast - lees: er is geen vrije keuze - en kan dit rendement lager zijn dan het rendement dat met de aandelen in een bv wordt behaald. Echter, zoals eerder aangegeven, rechtvaardigt een lager risico een lager rendement en vice versa.

In deze casus bij Hoge Raad kan het overigens goed zijn dat het rendement op de niet-opeisbare overbedelingsvordering zelfs hoger ligt dan het netto behaalde 3% rendement op de aandelen.

Maar zoals door mij onderbouwd, heeft het verschil in rendement na de verdeling niets te maken met de rekenkundige discussie over de contante versus nominale waarde van de AB-claim.

6. Conclusie

De diverse auteurs o.a. Gubbels, Van Oers, Janssens & Massart en Boringa & Lankester, Hoeve hebben vanuit 'beide kampen' met cijfervoorbeelden (met contant gemaakte bedragen) ieder hun eigen visie onderbouwd. Dergelijke contant gemaakte cijferreeksen zijn voor menigeen vaak moeilijk te volgen waardoor mijn inschatting en ervaring is dat de conclusies daaruit vaak (net) te ongrijpbaar zijn met als gevolg dat de discussie nominale versus contante waarde maar blijft voortduren.

De term nominale waarde geeft ook spraakverwarring in de praktijk. Ook de nominale waarde is een contante waarde, maar zoals gezegd met als uitkomst het nominaal AB-tarief van 26,9%.

In dit artikel heb ik vanuit een simpelere invalshoek én vanuit de financiële positie van beide scheidende echtelieden laten zien dat er rekenkundig maar één juiste uitkomst is:

“Door de waarde van de AB-claim bij de verdeling c.q. verrekening te baseren op het nominale AB-tarief van 26,9%. Oftewel in de praktijk genoemd waardering van de AB-claim tegen de nominale waarde.”

Het hanteren van een lager AB-percentages dan het nominale AB-tarief van 26,9%, oftewel waardering van de AB-claim tegen de contante waarde, levert daarentegen een financieel nadeel op voor de voortzettende ondernemer/AB-houder.

Ook als er door de vervreemder/niet-ondernemer met de fiscus afgerekend dient te worden omdat men niet voldoet aan de voorwaarden van de doorschuiffaciliteit, levert dat een financieel (rente)nadeel op voor de voortzettende ondernemer/AB-houder.

Dit alles blijkt uit de gegeven rekenvoorbeelden in dit artikel en uit de eerdere artikelen van Janssens & Massart, Boringa & Lankester en Hoeve. Kortom, het hanteren van de nominale waarde (AB-tarief 26,9%) als AB-claim bij de verdeling c.q. verrekening is voor partijen financieel neutraal en geeft een eerlijke afrekening.

Met dit artikel hoop ik een bijdrage te leveren over hoe de waarde van de AB-claim moet worden bepaald. Dat zou heel veel scheidende echtelieden goed doen. Want mijn ervaring is dat dit onderwerp partijen vaak – en mijns inziens onnodig dus – uit elkaar drijft met alle gevolgen (financieel, emotioneel, doorlooptijd, onzekerheid verloop waarde goederen, kosten deskundige, etc.) van dien.

Tot slot. Het hanteren van de nominale waarde (AB-tarief 26,9%) voor de waarde van de AB-claim doet ook recht aan het bekende principe in familiezaken: *“fictie alles te gelde maken”*.

Ik verwijs daarbij naar o.a. Hoge Raad d.d. 23 februari 2018 (ECLI:NL:HR:2018:281).