

# 754. Een euro kan er maar één keer uit

DRS. S.C.M. SCHILDER FM RV

Als financieel deskundige/mediator zit ik regelmatig aan tafel met verbaal en non-verbaal ‘vechtende’ echtgenoten. Al snel blijkt dat veel van hen tijdens het huwelijk een zogenaamde taakgerichte relatie<sup>1</sup> hadden. De één dreef/drijft de onderneming, de ander zorgde/zorgt voor het thuisfront. Onderwerpen van geschil die zichtbaar aan de oppervlakte zijn, zijn onder andere de waarde van de aandelen van de holdingstructuur, de hoogte van rekening-courantschuld en het aandeel daarin, de waarde van overige vermogensbestanddelen en de hoogte van de kinder- en/of partneralimentatie. Met andere woorden partijen ‘vechten’ hun – in de onderstroom liggende – conflicten uit aan het oppervlak door middel van de verdeling van geld. Waarbij met regelmaat één van de partijen met zijn/haar voorstel, al dan niet bewust, dezelfde beschikbare euro twee of zelfs keer drie wenst te verkrijgen!

## Inleiding

Naast ‘vechten’ over geld wordt tegelijkertijd, hoe treurig ook, regelmatig ‘gevochten’ over de kinderen. Beide partijen kunnen elkaar hiermee langdurig vasthouden en met een destructieve vicieuze cirkel omlaag trekken. Actie geeft immers reactie.

Belangrijk als mediator is derhalve te onderzoeken wat partijen parten speelt onder het oppervlak. Daar ligt nagenoeg altijd de oplossing voor de geschillen boven het oppervlak. Ook meer financieel inzicht werkt immer de-escalerend, is mijn ervaring.

## Partijen ‘vechten’ hun – in de onderstroom liggende– conflicten uit aan het oppervlak door middel van de verdeling van (het beschikbare) geld

Partijen en hun advocaten benaderen de hiervoor genoemde ‘geldgeschillen’ en de financiering daarvan regelmatig als aparte vraagstukken.

Dit terwijl ze nagenoeg altijd op elkaar van invloed zijn. Het is van belang dat goed gekeken wordt naar welke hoeveelheid geld inclusief leencapaciteit er beschikbaar is en op korte termijn beschikbaar komt, om met dat inzicht de ‘geldgeschillen’ in zijn totaliteit te benaderen. Doen partijen en hun advocaten/adviseurs dat niet dan bestaat

de reële kans dat een partij dezelfde euro meerdere keren opeist, hetgeen uiteraard niet mogelijk is. Immers: ‘Een euro kan er maar één keer uit’.

In deze bijdrage sta ik, aan de hand van een praktijkcasus, stil bij de financiële afwikkeling van de echtscheiding van directeur-groootaandeelhouder (hierna: dga) Marco die in de algehele gemeenschap van goederen is gehuwd met Sophie. In deze casus wordt het principe ‘een euro kan er maar één keer uit’ bewust of onbewust niet in acht genomen.

Voordat ik de praktijkcasus bespreek, maak ik met een simpel voorbeeld de kern van dit artikel zichtbaar.

### Voorbeeld

Een gehuwd stel met twee kinderen heeft gezamenlijk een bruto-inkomen van € 65.000. Ze gaan elk jaar een keer met zomervakantie (kosten € 6.000) en sparen niet. Zij hebben de wens om één keer een maand lang met de kinderen op reis te gaan door Amerika. Dit naast de reguliere vakantie. Een dergelijke Amerikareis is duur. Zij lenen daartoe € 30.000 bij de bank aangezien zij geen spaargeld hebben. De bank is akkoord maar wenst wel terugbetaling in vijf jaar.

Wat is het gevolg hiervan? Het echtpaar kan de komende vijf jaar niet op vakantie, ook niet regulier, want het geld dat voorheen aan de reguliere vakanties werd besteed, wordt nu gebruikt ter aflossing van de lening bij de bank. Je kunt een euro tenslotte maar één keer uitgeven. Het stel komt tot het inzicht dat hetgeen zij ‘extra vooruit’ geprofitteerd hebben (lees de Amerikareis) zij nu de komende vijf jaar ‘extra moeten laten’ ten koste van de reguliere vakantie.

<sup>1</sup> D.H.D. MacGillavry. Nog immer meest voorkomende relatievorm in Nederland.

## Doel artikel

Dit in gedachten houdend, gaan we verder naar de praktijk-casus van Marco en Sophie. Waarbij ik opmerk dat elke echtscheidings-situatie op zich staat en haar eigen nuances kent.

Het cijfervoorbeeld in de casus en de uitleg geef ik echter versimpeld weer om de kern goed aan te geven. Verder zet ik de situatie wat scherp neer, zonder Marco of Sophie in een negatief daglicht te willen plaatsen, maar met als doel om de problematiek duidelijk naar voren te laten komen. Ik benadruk ook dat ik het artikel niet schrijf om de ondernemer (ook heden ten dage is dit vaak nog de man) te bevoorjelen. Integendeel. Mijn doel is om partijen en hun advocaten/adviseurs meer realisme en inzicht te brengen waardoor het hen op weg helpt om de ‘geldgeschillen’ in goed overleg en indien gewenst, met een financieel deskundige, op te kunnen lossen dan wel niet verder (dan nodig) te laten escaleren.

En bedenk, als de feiten in de casus anders worden, het antwoord en de oplossing ook anders kunnen zijn. De uitkomst is immers altijd afhankelijk van de omstandigheden van het geval. En net zo belangrijk om te realiseren, een financiële analyse/opinie van een financieel deskundige is ook niet zwart-wit. Het betreft hier geen exacte wetenschap en vaak zijn uitkomsten tevens afhankelijk van de verwachtingen in de nabije toekomst.

Het juridisch kader zal ik benoemen, maar niet verder dan nodig. Het artikel heeft, zoals gezegd, tot doel om partijen en hun advocaten/adviseurs financiële inzichten aan te reiken. De praktijkcasus betreft een zogenaamde holdingstructuur. In de werk-bv wordt de onderneming gedreven met tien man personeel. Om het niet te complex te maken, geef ik de geconsolideerde balans weer van Marco BV.

## Casus Sophie en Marco

Sophie en Marco zijn in 2010 gehuwd in algemene gemeenschap van goederen (oud regime) en hebben twee minderjarige kinderen. Marco is operationeel beschouwd ‘de ondernemer’ en Sophie zorgt voor het reilen en zeilen van het thuisfront.

Alle aandelen van Marco BV staan juridisch op naam van Marco. Toch is Sophie ook voor de helft aanmerkelijkbelanghouder.<sup>2</sup>

Ze gaan scheiden en roepen daarbij de hulp in van een mediator. Sophie geeft bij de mediator aan over welke onderwerpen er nog geen overeenstemming is en wat zij graag wil:

- vaststelling hoogte kinderalimentatie;

- vaststelling hoogte partneralimentatie;
- uitbetaling 50% van de waarde per ultimo 2021 van aandelen Marco BV;
- geen aandeel in de per ultimo 2021 opgelopen rekening-courantschuld van € 450 K.

Met betrekking tot de draagkracht van Marco verwijst Sophie naar de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 6 juni 2014<sup>3</sup>. De berekening van Sophie inzake de draagkracht van Marco is gebaseerd op het brutosalaris ad € 100 K<sup>4</sup> dat Marco vanuit de bv ontvangt en daarnaast een jaarlijkse (toekomstige) bruto dividenduitkering van € 75 K. Zij heeft een hoge behoefte, afgeleid van de huwelijks gerelateerde behoefte<sup>5</sup>.

Sophie heeft reeds in de balans gezien dat de Marco BV een zichtbaar eigen vermogen per ultimo 2021 heeft van € 610 K. Maar de aandelen zijn volgens haar meer waard, want er moet, naast de stille reserves in het bedrijfspand OG, ook nog rekening worden gehouden met goodwill. Verder wenst Sophie geen aandeel te nemen in de rekening-courantschuld. Zij had geen weet<sup>6</sup> van deze hoog opgelopen rekening-courantschuld.

Marco geeft tijdens de gesprekken bij de mediator aan dat hij niet weet hoe hij de door Sophie genoemde bedragen allemaal zou moeten betalen. Ook geeft hij aan dat de rekening-courantschuld in de jaren 2017 t/m 2021 is opgelopen door consumptieve uitgaven (dure vakanties, sieraden, merkkleding, vertier enzovoort).

Hij gebruikte (of beter gezegd: misbruikte) de bankrekening van de vennootschap als pinautomaat<sup>7</sup> om zijn tekort aan salaris aan te vullen voor het betalen van de consumptieve bestedingen in die jaren. In privé hebben Marco en Sophie verder geen vermogen.

2 Voor echtgenoten die in de algehele gemeenschap van goederen (oud regime) 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 de algehele gemeenschap van goederen (oud regime) zijn aangaan. Zie HR 5 november 1958, *BNB* 1958/345 en HR 25 november 1992, *BNB* 1993/103.

3 ECLI:NL:HR:2014:1335: ‘Bij de beoordeling van deze onderdelen wordt vooropgesteld dat bij het vaststellen van de draagkracht van de alimentatieplichtige niet alleen acht dient te worden geslagen op de inkomsten die de alimentatieplichtige zich feitelijk verwerft, maar ook op de inkomsten die hij zich in redelijkheid kan verwerven. Ingeval een dga alimentatieplichtig is, gaat het bij de in aanmerking te nemen inkomsten niet alleen om zijn uit de onderneming genoten salaris, maar kan ook de in de vennootschap behaalde winst een rol spelen bij de draagkracht berekening.’

4 Een dga/ab-houder kan de hoogte van zijn/haar salaris binnen de fiscale kaders van art. 12a Wet Loonbelasting 1964 zelf bepalen. Van belang is derhalve immer te bezien of het salaris fiscaal voldoet en of het een marktconform salaris is.

5 Hof’s-Hertogenbosch 25 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2361. Uit rechtspraak volgt dat het oplopen van de rekening-courantschuld van de dga door privé-opnames ten behoeve van het gezin, de welstand tijdens het huwelijk is verhoogd en daarmee dus de huwelijksgerelateerde behoefte.

6 Met regelmaat, hoe opmerkelijk wellicht, constateer ik dat de partner van de dga geen weet heeft/had van de hoog opgelopen rekening-courantschuld. Een (negatief) effect van de taakgerichte relatie. Mijn tip aan accountants/fiscalisten is dan ook altijd: nodig de partner van de ondernemer ook uit bij de jaarbespreking.

7 Mr. A.N. Labohm, ‘Hoge Raad: het inkomen van de DGA’, *EB* 2014/73; Mr. A.N. Labohm, ‘De pinautomaat van de directeur-groootaandeelhouder’, *EB* 2020/22; Mr. A.N. Labohm, ‘Het inkomen van de directeur-groootaandeelhouder naar aanleiding van Hoge Raad 25 februari 2022’, *EB* 2022/32.

De balans van Marco BV ziet er als volgt uit:

(consolidatie) Marco B.V. per 31 december 2021			
OG*	400.000	Aandelenkapitaal	10.000
bedrijfswagens	100.000	Algemene reserve	600.000
Inventaris	50.000		610.000
	550.000		
rekening-courant dga	450.000	Langlopende schulden	550.000
Voorraden	25.000	Kortlopende schulden	100.000
Debiteuren	75.000		
	550.000		
Bank- en spaarrekeningen	160.000		
	1.260.000		1.260.000

\* Bedrijfs OG: Marktwaaarde € 500 K  
Marco en Sophie hebben geen overig privévermogen

Marco stelt dat hij en Sophie eigenlijk op te grote voet hebben geleefd, want zij hebben fors meer uitgegeven dan er maandelijks aan salaris binnenkwam.

Marco stelt dat voor het bepalen van zijn draagdracht ten behoeve van alimentatie de Hoge Raad heeft bepaald dat bij de draagkracht van de dga rekening moet worden gehouden met alle schulden<sup>8</sup>, dus ook met de opgelopen rekening-courantschuld bij Marco BV.

Marco stelt verder dat de rekening-courantschuld van hen beiden is en dat deze nog moet worden afgelost. Dit ter voorkoming van het fiscale risico dat de fiscus de stelling inneemt met betrekking tot de opgelopen rekening-courantschuld dat er sprake is geweest van een zogenaamde winstuitdeling (lees dividenduitkering)<sup>9</sup>.

Sophie hoort Marco aan en stelt: 'kijk eens naar al die winstreserves en die hoge bankrekening binnen Marco BV, die kunnen prima gebruikt worden voor de draagkracht van Marco.' Maar is dat wel zo?

Hof Arnhem-Leeuwarden heeft op 11 augustus 2020 hier een interessante uitspraak over gedaan.

Het hof overwoog in die uitspraak het volgende<sup>10</sup>:

8 HR 11 juli 2008, NJ 2008/402; HR 14 maart 2014, NJ 2014/169; HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:40.

9 HR BNB 1964/196 (HR 24 juni 1964) en HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761. Indien een vennootschap aan haar aandeelhouder een lening verstrekt waarvan aannemelijk is dat deze niet kan of zal worden afgelost, moet deze lening worden aangemerkt als een uitdeling. Het bedrag van de lening heeft dan immers het vermogen van de vennootschap definitief verlaten. Dit wordt niet anders indien het bedrag van de lening kan worden verrekend met een toekomstige dividenduitkering.

10 ECLI:NL:GHARL:2020:6306 d.d. 11 augustus 2020. De vraag rijst of de Hoge Raad d.d. 25 februari 2022 (ECLI:NL:HR:2022:326) in zijn rechts-overweging 3.3.2 deze overweging van het hof wellicht genuanceerder ziet. Jammer genoeg wordt dit naar mijn mening niet (goed) duidelijk. Het cassatiemiddel dat aan de orde is gesteld, zag op de vraag of de ontvangen rente binnen de bv (voldaan door de man en ten laste van zijn draagkracht) niet tegelijkertijd ook ruimte biedt voor het uitkeren van dividend aan de man (dit ten bate van zijn draagkracht).

'Overigens heeft de deskundige er terecht op gewezen dat voor zover (G) al dividend zou uitkeren, het voor de hand ligt dat dit verrekend zou worden met de (grote) schuld van de man aan (G) in rekening-courant. Daardoor zal er geen feitelijk betaling plaatsvinden.'

Kortom, het hof oordeelt dat uit te keren winstreserves geoormerkt kunnen zijn ter aflossing van de rekening-courantschuld.

Wat kan de mediator doen om Marco en Sophie inzicht te geven in de financiële situatie die voorligt? Wat partijen, naar mijn ervaring, vaak helpt in de praktijk, is de volgende gedachteoefening.

Marco, en gaandeweg ook Sophie, erkent dat zij die extra gelden uit Marco BV hebben opgenomen voor consumptieve doeleinden.

Eigenlijk zouden de rekening-courantopnames in die huwelijksjaren als dividend kunnen worden beschouwd.

Laten we teruggaan in de tijd en doen alsof die opnames in die jaren telkens feitelijke nettodividenduitkeringen<sup>11</sup> waren.

In dat geval was er jaarlijks door de fiscus over de brutodividenduitkering box 2-heffing (voorheen 25%<sup>12</sup>) geheven. Voor dit artikel en het rekengemak hanteer ik telkens het oude AB-tarief van 25%.

In dat geval was er geen rekening-courantschuld ontstaan. Een dergelijke gedachteoefening draagt bij aan het (beter) kunnen accepteren door Sophie van haar aandeel in de bestaande rekening-courantschuld.

Bovendien zouden alle winstreserves (lees € 600 K) in deze oefensituatie zijn uitgekeerd, immers 25% box 2-heffing in mindering op € 600 K aan dividend, maakt netto € 450 K

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

12 Huidige box 2 (AB-)tarief is: 26,9%. Vanaf 2024 gaat dit weer veranderen als Belastingplan 2023 wordt aangenomen.

te besteden. Het zichtbaar eigen vermogen van Marco BV zou dan beperkt zijn gebleven tot 'slechts' € 10 K in plaats van € 610 K.

Een dergelijke gedachteoefening helpt partijen vaak voor het verkrijgen van meer inzicht in de financiële situatie die voorligt. Want in termen van geld redenerend spreken we, behalve qua tijdstip van heffing, over dezelfde situaties.

Kortom, het hiervoor aangehaalde oordeel van Hof Arnhem-Leeuwarden is goed te volgen, als men de hiervoor genoemde oefening voor ogen houdt.

In een situatie van gemeenschap van goederen volgt vroeg of laat doorgaans wel het juridische inzicht dat de rekening-courantschuld door beide echtgenoten gedragen moet worden. In een situatie van huwelijkse voorwaarden met een niet uitgewerkt periodiek verrekenbeding kan dit echter genuanceerder liggen.

### Vet op de botten

Gehele of nagenoeg gehele aflossing van de hoge rekening-courantschuld zal in de casus van Marco en Sophie hoogstwaarschijnlijk alleen kunnen middels één of meerdere grote dividenduitkering(en). In de praktijk vaak genoemd: 'een dividendronde'<sup>13</sup>.

Maar dan moet wel voldaan zijn aan art. 2:216 BW, de zogenaamde 'uitkeringstoets'. Dit betreft een dwingend-rechtelijke bepaling van Boek 2, titel 9.

Niet voort kunnen met betalen van de kortlopende schulden na een dividenduitkering, geeft risico op bestuurdersaansprakelijkheid. Maar daarnaast dient men, bij het uitkeren van dividend, ook oog te hebben voor andere bedrijfseconomische aspecten, zoals het investeringsbeleid van de bv<sup>14</sup> en het zogenoemde vennootschappelijke belang<sup>15</sup>.

Het uitkeren van dividend betekent ook afrekenen met de fiscus, zijnde box 2-heffing die voorafgegaan wordt door inhouding van 15% dividendbelasting als voorheffing.

Als alle winstreserves ad € 600 K in de casus van Marco en Sophie als dividend uitgekeerd zouden worden<sup>16</sup>, zou men,

rekening houdend met het oude AB-tarief van 25%, exact genoeg hebben om de gehele rekening-courantschuld ad € 450 K mee af te lossen. Maar dit gaat wel ten koste van nagenoeg alle liquiditeit van Marco BV.

Na betaling van de box 2-heffing ad € 150 K resteert op de bankrekening van Marco BV € 10 K aan liquiditeit. Een zeer beperkte hoeveelheid derhalve, hetgeen Marco BV kwetsbaar maakt c.q. kan maken.

Kortom, een dergelijke hoge dividenduitkering ineens zal altijd leiden tot het wegnemen van het 'vet op de botten' van Marco BV. Het eigen vermogen van de bv daalt, zoals gezegd, tot nog 'slechts' € 10 K. Maar eerlijkheidshalve is in de casus van Marco en Sophie feitelijk het 'vet op de botten' van Marco BV al eerder verdwenen, namelijk door de jaarlijks opgelopen rekening-courantschuld voor consumptieve doeleinden.<sup>17</sup> Marco en Sophie bieden immers in privé geen verhaal.

Vanuit economisch perspectief en vanuit goed ondernemerschap is ieder bedrijf gehouden om buffervermogen aan te houden om tegenslagen op te vangen. In het familierecht wordt dit door de jurisprudentie ook erkend. Denk maar eens aan de financiële crisis 2008-2014, de coronacrisis en nu meest recent de energiecrisis. Zonder een gezond buffervermogen komen bedrijven snel in continuïteitsproblemen bij de minste of geringste tegenslag. De 'bron van inkomen' komt dan in gevaar en dat is in niemands belang. Een gezonde bedrijfsvoering met een goed buffervermogen is derhalve in ieders belang.

Aflossing van de rekening-courantschuld in de casus van Marco en Sophie middels dividend laat duidelijk de behoefte zien voor Marco BV om de komende periode nieuw buffervermogen te verkrijgen.

Dit is mogelijk door nieuw te realiseren winsten deels of indien noodzakelijk geheel toe te voegen aan de winstreserves van Marco BV en de daarmee gerealiseerde liquiditeit deels of indien noodzakelijk geheel beschikbaar te houden binnen de vennootschap voor ondernemingsdoeleinden.

Deze nieuw te verkrijgen winstreserves, dienend als buffervermogen, zijn dan in beginsel niet als dividend beschikbaar voor extra draagkracht boven op het salaris van Marco.

In hoeverre en voor welke duur nieuw te realiseren winsten deels of geheel niet beschikbaar zijn, is immer afhankelijk van de casus die voorligt en de winstverwachtingen in de nabije toekomst.

### Meerdere keren dezelfde euro

Sophie heeft bij aanvang van de mediation haar visie op de geschilpunten op tafel gelegd. Zij stelt dat de waarde van de

13 Men keert eerst dividend uit. De bv houdt op het uit te keren dividend dividendbelasting in en draagt deze af aan de Belastingdienst. Het bedrag dat overblijft, kan vervolgens worden uitgekeerd aan de dga die daardoor een vordering verkrijgt op de vennootschap. Deze vordering van de dga verrekent hij vervolgens met zijn rekening-courantschuld aan de vennootschap.

14 Art. 2:8 BW, art. 2:9 BW, art. 2:25 BW, art. 2:216 BW.

15 M.J. Kroeze, 'De functies van het vennootschappelijk belang', *RMThemis* 2019/5; B.F. Assink, 'Van vennootschappelijk belang (I)', *WPNR* 2016/7111; B.F. Assink, 'Van vennootschappelijk belang (II)', *WPNR* 2016/7112; Hof Den Haag, 25 november 2015 *RFR* 2016/73.

16 Veronderstelling: er zijn geen beperkingen (art. 2:216 BW, strijd met vennootschappelijk belang tot het doen van dividenduitkeringen. In de praktijk en in de casus is het maar de vraag of dit mogelijk is en dient dit, zoals gezegd, immer getoetst worden aan het juridisch kader. Er kunnen ook fiscale beperkingen liggen, als er sprake is van opgebouwde oudedagsvoorzieningen (onder andere PEB) in eigen beheer.

17 In de praktijk kom ik regelmatig nog schrijnender situaties tegen. De rekening-courantschuld is niet eens in zijn geheel af te lossen met winstreserves en is er onvoldoende liquiditeit beschikbaar om de box 2-heffing aan de fiscus te voldoen.

aandelen Marco BV het eigen vermogen is vermeerderd met de stille reserves in het bedrijfs OG en meerwaarde goodwill en zij wil niet delen in de rekening-courant. Dergelijke standpunten van Sophie komen we in de praktijk niet zelden tegen. Laten we, los van de juridische beschouwing, eens bezien wat een dergelijke stelling – niet delen in de rekening-courantschuld – feitelijk financieel betekent.

De opgelopen rekening-courantstand ad € 450 K in de casus van Marco en Sophie kan men zien als ‘een voorshot’ voor beiden op uitbetaling van het eigen vermogen van Marco BV.

Als Marco en Sophie namelijk hadden geleefd van het brutosalaris ad € 100 K van Marco dan bedroeg de bankrekening per ultimo 2021 van Marco BV € 610 K, € 450 K hoger en was er geen rekening-courantschuld. Dit ervan uitgaande dat de beschikbare gelden op de bankrekening zouden worden gestald en niet gebruikt voor andere ondernemingsdoelinden, denk bijvoorbeeld aan het benutten voor een lagere stand langlopende schulden.

In dat geval zou Sophie bij de toebedeling<sup>18</sup> van haar 50%-aandelenbelang aan Marco de helft van de waarde van de aandelen Marco BV minus de doorgeschoven aanmerkelijk belangclaim<sup>19</sup>, mits voldaan aan de fiscale vereisten daarvan, ontvangen en daarmee klaar.

Echter, in de casus stelt zij dat zij 50% van het saldo van de waarde van de aandelen (ik parkeer even de opslag voor goodwill en de stille reserve in het bedrijfs OG) minus latente AB-claim wil ontvangen, maar niet haar 50%-aandeel in de rekening-courantschuld wil nemen. Door deze stelling ontvangt zij dezelfde euro twee keer. De eerste keer tijdens de opnames in rekening-courant en de tweede keer bij de verdeling die zij voorstaat.

Daar bovenop wenst Sophie dat de alimentatie berekend wordt op basis van het brutosalaris van Marco ad € 100 K plus een jaarlijkse (toekomstige) bruto dividenduitkering van € 75 K.

Als men dat als uitgangspunt zou nemen – en partijen het eens zijn dat de bestaande winstreserves ad € 600 K geoormerkt zijn om de rekening-courantschuld ad € 450 K mee af te lossen zoals hiervoor beschreven – dan belemmert een dergelijke invalshoek de aangroei van nieuw vet op de

botten voor Marco BV ter grootte van het bedrag aan bruto dividend ad € 75 K ten behoeve van extra draagkracht.<sup>20</sup>

Sophie stelde ook dat zij van mening is dat de waarde van de aandelen Marco BV niet alleen het zichtbaar eigen vermogen per ultimo 2021 vermeerderd met de stille reserves in het bedrijfspand omvat, maar ook een opslag voor zakelijke overdraagbare goodwill. Marco betoogt dat er geen sprake is van zakelijke overdraagbare goodwill, enkel slechts van (niet-overdraagbare) persoonlijke goodwill. Zoals hij aangeeft: ‘De vent is de tent.’

Over zakelijk versus persoonlijke goodwill valt nog heel veel meer over zeggen, maar ik beperk mij in dit artikel tot de consequenties van een dergelijke stelling van Sophie in relatie tot haar invalshoek dat de draagkracht van Marco gebaseerd moet zijn op zijn brutosalaris ad € 100 K plus een jaarlijks (toekomstig) bruto dividend van € 75 K.

Er bestaan verschillende definities van het begrip ‘goodwill’. In het algemeen wordt gezegd dat goodwill de contante waarde is van de verwachte toekomstige overwinsten. Het staat dus voor het vermogen van een onderneming om in de toekomst extra winst te maken.

In de goodwillberekening (er zijn verschillende manieren om de hoogte van de goodwill te bepalen) wordt derhalve rekening gehouden met verwachte toekomstige overwinsten. Winsten die in beginsel als dividend uitgekeerd zouden kunnen worden.

Kort gezegd: bij het verdelen van de waarde van de aandelen Marco inclusief een opslag voor goodwill wordt dus tussen Marco en Sophie onderling afgerekend over de toekomstige overwinsten.

Echter, Sophie wilde reeds € 75 K van die toekomstige winsten ook betrekken in de alimentatieberekening. Als men bij de afwikkeling van de echtscheiding met beide stellingen van Sophie rekening zou houden, vangt zij dus – als de jaarlijkse (over)winst gelijk is aan de geopperde extra draagkracht in de vorm van € 75 K aan brutodividend – twee keer dezelfde euro, eenmaal bij de afrekening over de goodwill bij de waardering van de aandelen Marco BV en een tweede keer als extra draagkracht bij de berekening van de alimentatie.

Hopelijk ziet u dat de invalshoeken van Sophie over de draagkracht van Marco voor het betalen van de alimentatie en de waarde van de aandelen Marco BV inclusief goodwill op elkaar van invloed zijn. Het zijn zogenaamde ‘communicerende vaten’. Het is belangrijk dat partijen en hun advocaten/adviseurs dit in het vizier hebben. Een euro kan er namelijk maar één keer uit.

Sophie begrijpt de uitleg en geeft aan dat zij haar visie omtrent de berekening van de draagkracht bijstelt en beperkt tot het brutosalaris ad € 100 K van Marco op voor-

18 Sophie zal 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.

19 Op het moment dat Sophie haar 50%-aandelenbelang in Marco BV overdraagt aan Marco vervreemdt zij haar AB-belang. Normaliter betekent ‘vervreemden’ fiscaal afrekenen over de meerwaarde (overdrachtprijs -/- verkrijgingsprijs) tegen het box 2-tarief van 26,9% (huidige nominaal AB-tarief). Art. 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 jaren na datum ontbinding van huwelijksgemeenschap geschiedt.

20 Bij een dergelijke invalshoek inzake het brutodividend ad € 75 K als extra de draagkracht van Marco dient men zich te realiseren dat men feitelijk reeds nu ervan uitgaat dat jaarlijks in de toekomst voldaan wordt aan de dwingendrechtelijke bepaling van art. 2:216 BW (uitkeringstoets).

waarde dat men dan wel overeenstemming bereikt over de hoogte van de goodwill.

Belangrijk is vervolgens dat partijen en hun advocaten/adviseurs, bij de poging om een compromis te bereiken over de waarde van de aandelen inclusief de stille reserve in het bedrijfspan en mogelijke opslag voor goodwill, in de mediation oog hebben voor het navolgende.

In deze casus is duidelijk zijn dat de financiering van de waarde van het 50%-aandelenbelang in Marco BV voor Sophie bij de verdeling niet lukt met privémiddelen. Marco en Sophie hadden immers geen overig privévermogen. De financiering zal derhalve moeten geschieden middels een externe lening bij een bank, familie/kennissenkring of wellicht zelfs onderling. Dit betreft een privéschuld van Marco.

Een lening moet worden terugbetaald. Logischerwijs zal die terugbetaling naar de wens van Marco plaatsvinden middels de nieuw te verwachten (over)winsten binnen Marco BV die als dividend onder aftrek van box 2-heffing, naar privé uitgekeerd worden. Echter, al die jaren dient Marco dan wel de toets der kritiek te doorstaan van art. 2:216 BW (uitkeringstoets) als wel van het vennootschappelijk belang. Immers, de te verwachten toekomstige winsten kunnen meevallen (goede kans) maar zij kunnen ook tegenvallen (kwade kans).

Ook zou Marco kunnen overwegen die terugbetaling van de lening te doen middels opnames in rekening-courant bij Marco BV. Het gevolg is dat hij wederom een schuld aangaat bij Marco BV die uiteindelijk ook weer zal moeten worden afgelost. Hoogstwaarschijnlijk middels een grote dividenduitkering. Ook hier loopt Marco het risico dat de fiscus stelt dat er sprake is van een winstuitdeling<sup>21</sup>.

Feit is dat deze dividenduitkeringen dan wel opnames in rekening-courant ter aflossing van de lening ten koste gaan van het vet op de botten voor Marco BV, wat maakt dat Marco BV voorlopig kwetsbaar is c.q. kan zijn voor financiële tegenslagen.

Kortom, allemaal belangrijke aspecten om goed bij stil te staan bij de financiële afwikkeling van een echtscheiding.

## Conclusie

Een hoofdconclusie die uit de casus van Marco en Sophie en het eerdere simpele voorbeeld getrokken kan worden, is de volgende:

Als partners tijdens hun huwelijk op te grote voet hebben geleefd, heeft dat in nagenoeg alle gevallen negatieve consequenties voor de alimentatiegerechtigde en alimentatieplichtige in de nabije toekomst na de echtscheiding. Wat men 'extra vooruit geprofiteerd' heeft, moet men vaak 'achteraf extra laten'. Uitzonderingen daargelaten.

Als dat inzicht er is, dan is het van belang dat men de financiering van alle 'geldgeschillen' bij de afwikkeling van de echtscheiding gezamenlijk in ogenschouw neemt.

## Van belang is de financiering van alle 'geldgeschillen' gezamenlijk in ogenschouw te nemen

Dat vergt van partijen en hun advocaten en overige adviseurs een helicopterview over de financiële geschillen heen. Daarmee wordt de samenhang zichtbaar en ziet men wat er feitelijk op tafel ligt en wat het nabije voorland van partijen is. Soms is dat voor beide partijen een hard gelag.

Gelukkig lukt het de meesten wel om vanuit de verkregen financiële inzichten vervolgens goede afspraken te maken waarbij dezelfde euro niet meerdere keren wordt uitgegeven. De factor elkaar iets gunnen, wordt dan gelukkig ook weer zichtbaar.

Dat geeft hoop voor de toekomst. Zeker als de ex-partners verbonden blijven als ouders van hun kinderen.

En dit is allemaal te bereiken door het volgen van het principe: 'een euro kan er maar één keer uit'.

Succes.

*Dit artikel is afgesloten op 12 november 2022.*

### Over de auteur

**Drs. S.C.M. (Sander) Schilder FM RV**

Fiscaal econoom, auteur en docent met als bijzonder aandachtsgebied de familierechtpraktijk. Tevens wordt hij regelmatig benoemd als deskundige en treedt hij op als financiële mediator in (complexe) familiezaken. Daarnaast is hij eigenaar van Santax fiscaal economen en Santax Opleidingen.

<sup>21</sup> HR BNB 1964/196 (HR 24 juni 1964) en HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761.