

EB 2023/31

De dga in de vermogensafwikkeling financieel beschouwd

Mr. F. van den Barselaar mfp, datum 03-04-2023

Datum	03-04-2023
Auteur	Mr. F. van den Barselaar mfp ^[1]
JCDI	JCDI:ADS691087:1
Vakgebied(en)	Personen- en familierecht (V)

In dit tweede artikel over de financiële implicaties van de echtscheiding van de directeur-grotaandeehouder (dga) staat de vermogensafwikkeling centraal.

Achtereenvolgens bespreek ik drie onderwerpen: de aanmerkelijkbelangclaim, de besloten vennootschap versus de onderneming en de invloed van het betalingsmoment op de onderlinge rechten en plichten. Het beoogde doel van deze publicatie is, evenals met de vorige in *EB 2023/24*, om met een financieel georiënteerde (en persoonlijke) uitleg van de redelijkheid en billijkheid de huidige scheidingspraktijk onder de loep te nemen.

1. De aanmerkelijk belangclaim

De “nominale” benadering is de juiste benadering. Boringa en Lankester, ^[2] Schilder^[3] en anderen hebben dit gedetailleerd onderbouwd en ik sluit mij bij hen aan. Toch is daarmee niet alles gezegd en dat vindt zijn oorzaak in de wijziging van het aanmerkelijk belangtarief. Vanaf 2024 zijn inkomsten uit aanmerkelijk belang tot een bedrag van € 67.000 per jaar belast tegen 24,5% en daarboven tegen 31%. In de huidige regelgeving geldt één tarief en maakt het niet uit op welke plaats in de berekening het aanmerkelijk belang in aanmerking wordt genomen:^[4] als correctie op de jaarlijkse kasstroom voordat deze contant wordt gemaakt of als correctie op de gevonden waarde. Alle (correcte) berekeningen leiden tot 26,9%. Vanaf 2024 ligt dit anders: als de aanmerkelijk belangheffing jaarlijks als dividend wordt uitgekeerd (in het vervolg benadering 1) kan optimaal worden geprofiteerd van de laagste belastingschijf en is de belastingdruk lager dan bij een eenmalige afrekening over de waarde aan het einde van de berekening (benadering 2). Ter illustratie: in een berekening met een fictieve onderneming die gedurende vijf jaren een vrije kasstroom genereert van € 100.000 en waarbij een vermogenskostenvoet van 20% wordt gehanteerd, bedraagt de aanmerkelijk belangclaim vanaf 2024 26,61% in benadering 1 en 29,37% in benadering 2.

Bij benadering 2 is nog de vraag of het redelijk is om over het grootste deel van de waarde 31% aanmerkelijk belangheffing te berekenen, terwijl doorgaans bij een verkoop van de deelneming waarin de onderneming wordt gedreven een keuze bestaat ten aanzien van het dividendbeleid in de holding waar de opbrengst wordt ontvangen. De fictie dat alles te gelde moet worden gemaakt, wringt als evident is dat de dga de werkelijke belastingdruk eenvoudig kan (en zal) beperken door jaarlijks dividend uit te keren. Totdat iemand mij van het tegendeel overtuigt, ben ik voorstander van benadering 1.

Traditioneel is de belastingheffing die de verkoper persoonlijk verschuldigd is over de verkoopopbrengst geen onderdeel van een waardebeoordeling: daar heeft de koper immers niets mee te maken. In de scheidingspraktijk ligt dit echter anders: de aanmerkelijk belangclaim wordt in de vermogensafwikkeling betrokken en over de

nettowaarde wordt onderling afgerekend. In mijn ogen ligt het daarom voor de hand om bij de bepaling van de jaarlijkse vrije kasstromen die in een dcf-waardering worden betrokken direct rekening te houden met de aanmerkelijk belangheffing over de dividenduitkeringen die in dat jaar uit de vrije kasstroom kunnen worden gefinancierd (derhalve benadering 1). Je zou kunnen spreken van een *net discounted cashflow*-methode (ndcf). Dit is geen breuk met de “verkoopanalogie”, maar eerder een aanvulling: bij een *netto* waardebepaling wordt uitgegaan van de fictie dat de onderneming op de waardepeildatum wordt verkocht voor de dan geldende waarde in het economische verkeer aan een derde *die in dezelfde fiscale positie verkeert als de dga*. De toevoeging betekent dat de aanmerkelijk belangheffing een integraal onderdeel uitmaakt van de waardebepaling bij echtscheiding en dus niet (meer) na de waardering afzonderlijk wordt berekend. De stijging van het vennootschapsbelastingtarief is onderdeel van een waardeberekening en ik zie geen reden om een wijziging van het aanmerkelijk belangtarief anders te behandelen. De uitkomst hiervan sluit mijns inziens het beste aan bij de realiteit: een weldenkende dga die voldoende inkomen/vermogen in de vennootschap heeft, zal vanaf 2024 jaarlijks € 67.000 dividend uitkeren en zo € 4.387 per keer aan (toekomstige) aanmerkelijk belangheffing besparen. Deze benadering heeft gevolgen voor waardebepalingen die op dit moment worden gemaakt: de wijzigingen per 2024 zijn reeds in wetgeving verankerd en daarmee moet in mijn beleving rekening worden gehouden bij de berekening van de netto contante kasstroom. Dit kan er bijvoorbeeld als volgt uitzien (bedragen x € 1.000):

	2023	2024	2025	2026	2027
Vrije kasstroom (na vpb)	100,0	200,0	225,0	150,0	200,0
Af: ab hierover	-26,9	-57,6	-65,4	-42,1	-57,6
Netto vrije kasstroom	73,1	142,4	159,6	107,9	142,4
Netto contante waarde per jaar	58,5	91,1	81,7	44,2	46,7
Totaal waarde	322,2				

Als deze zelfde kasstroom contant wordt gemaakt zonder rekening te houden met de aanmerkelijk belangheffing, leidt dit tot een waarde van € 450,17. De aanmerkelijk belangclaim die in de nettowaarde is opgenomen bedraagt hier derhalve 28,43%.

2. De besloten vennootschap versus de onderneming

Ik leg u graag de volgende casus uit mijn praktijk voor. Partijen zijn onder huwelijkse voorwaarden gehuwd waarbij de aandelen in een besloten vennootschap, waarin een van de betrokkenen een aanmerkelijk belang heeft, buiten de vermogensafwikkeling wordt gehouden. Ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden werd een kleine onderneming in een bv van de man gedreven en was nog nauwelijks vermogen opgebouwd. Op het moment van de echtscheiding was de onderneming uitgegroeid tot een miljoenenbedrijf en was in de bv een aanzienlijk liquide vermogen opgebouwd dat evident niet nodig was voor de bedrijfsvoering. Tijdens het huwelijk werd een groot deel van de het levensonderhoud jarenlang gefinancierd via opnames in rekening-courant. Daarnaast waren in privé onroerende zaken (waaronder de eigen woning) aangekocht die ook met leningen uit de bv van de man waren gefinancierd. Op basis van de (letterlijke tekst van de) huwelijkse voorwaarden worden de aandelen in de bv niet, maar alle schulden aan deze vennootschap wel in de vermogensafwikkeling betrokken. Het resultaat is dan dat de ex van de dga er zeer bekaaid vanaf komt. Het is in mijn ogen niet redelijk dat de keus van (alleen) de dga om de overtollige liquiditeiten niet als dividend, maar als lening naar privé te halen zoveel gevolgen heeft voor de onderlinge rechten en plichten. Bovendien vraag ik me af of belanghebbenden bij het aangaan van de huwelijkse voorwaarden voldoende worden geïnformeerd over het onderscheid tussen een vennootschap en een onderneming en de mogelijke gevolgen hiervan voor de onderlinge aanspraken. Dit probleem doet zich voor als de besloten vennootschap voor andere zaken dan alleen het drijven van een onderneming wordt gebruikt en niet (volledig) in de vermogensafwikkeling wordt betrokken.^[5] Bij in privé gedreven (ib-) ondernemingen treedt dit probleem niet op

omdat het leerstuk van de fiscale vermogensetikettering met zich meebrengt dat niet-onderneminggebonden bezittingen en verplichtingen als privévermogen worden aangemerkt. De bovenstaande casus zou bij analoge toepassing van (fiscale) vermogensetikettering tot een wezenlijk andere, en in mijn ogen redelijkere, uitkomst leiden. Het strikte onderscheid tussen vennootschapsvermogen en privévermogen wordt overigens op meerdere plaatsen in de wetgeving al losgelaten:

- Als bij een periodiek verrekenbeding van inkomen resultaten van een vennootschap tot het inkomen worden gerekend, wordt bij de echtscheiding onderzocht welke dividenduitkering mogelijk is zonder de onderneming in gevaar te brengen en wordt dit bedrag ook in de verrekening betrokken.^[6]
- Bij de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de successiewet is overdracht van alleen de onderneming, en niet de overtollige middelen, voorwaardelijk vrijgesteld van erf en schenkbelasting.^[7]
- Bij een te hoog opgelopen rekening-courantschuld stelt de Belastingdienst dat het vermogen de vennootschap definitief heeft verlaten en legt een aanslag op wegens ontvangst van een verkapte dividend.

In de rechtspraak zijn voorbeelden te vinden van een correctie van aanspraken met een beroep op de redelijkheid en billijkheid^[8] of de voldoening van een natuurlijke verbintenis.^[9] Of het familierecht ruimte biedt voor een meer principiële onderscheid tussen ondernemingsvermogen en privévermogen, ongeacht of dit in een vennootschap is ondergebracht, weet ik niet. Als een adequate correctie op basis van dit onderscheid niet mogelijk is, voorziet ik de komende jaren nog schevere uitkomsten als gevolg van twee fiscale ontwikkelingen:

- Leningen boven € 700.000 die niet zien op de eigen woning leiden per 31 december 2023 tot heffing van aanmerkelijk belang op grond van de wet excessief lenen bij de eigen vennootschap. Deze belastingaanslag moet in privé worden voldaan terwijl de lening in stand blijft.^[10]
- Als gevolg van wetswijzigingen zal bij de fiscale structurering van het niet-onderneming gebonden vermogen vaker gekozen worden voor het aanhouden van bepaalde beleggingen in de vennootschap.

Als er wel ruimte voor correctie bestaat, is de vraag hoe dit moet worden berekend. Er zijn twee voor de hand liggende aanknopingspunten in de huidige wet- en regelgeving: de uitkeringstoets van artikel 1:141 lid 4 BW en het leerstuk van de fiscale vermogensetikettering. Op het eerste gezicht leiden beide benaderingen tot dezelfde uitkomst: bij vermogensetikettering wordt het vermogen bepaald dat tot de onderneming behoort en in artikel 1:141 lid 4 BW wordt feitelijk onderzocht welk vermogen dat in de bv aanwezig is niet tot de onderneming kan worden gerekend.^[11] Er treedt echter een verschil op als ondernemingsvermogen in privé wordt aangehouden en ter beschikking wordt gesteld aan de bv waarin de onderneming wordt gedreven, bijvoorbeeld:

- Een dga leent geld aan de eigen vennootschap om het werkkapitaal van de onderneming aan te vullen en zo een faillissement van de onderneming te voorkomen.
- Een bedrijfspand wordt in privé aangehouden en verhuurd aan de bv.

Verwijzend naar dit verschil lijkt de correctie van artikel 1:141 lid 4 BW derhalve onvolledig: als de opgepotte winsten van de vennootschap, die niet dienstbaar zijn aan de onderneming, worden gecorrigeerd voor de bepaling van de verrekenvordering, zou dit evengoed moeten gelden voor privévermogen dat ten dienste staat aan de in de bv gedreven onderneming. Dit geldt zowel voor de verrekenplicht uit hoofde van artikel 1:141 lid 4 BW als voor een eventuele analoge toepassing hiervan in de hiervoor beschreven casus.

3. De tijdswaarde van geld

Het moment van berekening en het moment van betaling zijn vaak niet gelijk.

Hieronder bespreek ik twee van dergelijke situaties die mij financieel onredelijk of onevenwichtig voorkomen.

3.1 De vordering op de dga: zakelijke condities

Allereerst de voorwaarden van een verreken- of onderbedelingsvordering op de dga. De waardebepaling van de onderneming vindt per definitie plaats na de waardepeildatum. In de praktijk kunnen hier jaren tussen zitten. In mijn ogen wordt de ex van de dga tekortgedaan indien hij/zij in het kader van een verdeling jaren na de waardepeildatum “slechts” de helft van de aldus berekende waarde ontvangt. De vergoeding van wettelijke rente over een verrekenvordering verkleint de benadeling, maar heft deze niet op. De rentevergoeding die in redelijkheid zou moeten worden berekend vanaf de waardepeildatum tot het feitelijke moment van feitelijke betaling is afhankelijk van de omstandigheden en zal sterk variëren. Als de totale vermogenspositie van de dga geen aanvullende zekerheid biedt, bedraagt de rentevergoeding in mijn ogen minimaal de hoogste rente die de onderneming aan schuldeisers verschuldigd is en maximaal de vermogenskostenvoet die bij de waardering in aanmerking is genomen. De vordering is immers risicovoller dan die van een schuldeiser van de vennootschap en minder risicovol dan het aandelenbezit van de dga. De wettelijke rente is zakelijk gezien dus vaak veel te laag. Tal van dga's hebben weinig buffers ^[12] en hoge schulden bij de eigen vennootschap. Als de specifieke risico's van de gedreven onderneming een vermogenskostenvoet rechtvaardigen van bijvoorbeeld 20%, rechtvaardigt dat een zakelijke rente over de vordering in verband met de verdeling of verrekening van de besloten vennootschap die daar dicht tegenaan zit. Als een zakelijke rente in dit voorbeeld op 15% wordt gesteld en de vordering vervolgens zonder rente drie jaren na de peildatum wordt uitbetaald, ontvangt de ex van de dga slechts twee derde van het bedrag dat hem/haar in mijn ogen toekomt.

3.2 Rentewijzigingen en pensioenverevening bij de dga

Het tweede punt waar ik aandacht voor vraag, is de op dit moment weer sterk stijgende rente en de gevolgen hiervan voor pensioen in eigen beheer bij echtscheiding. Deze rentestijging heeft grote gevolgen voor de onderlinge rechten en plichten indien de waarde van de aandelen in de bv in de vermogensafwikkeling wordt betrokken en pensioen in eigen beheer is opgebouwd dat moet worden verevend. Door de sterke stijging van de rente de afgelopen periode kunnen grote verschillen ontstaan tussen de pensioenverplichting op de waardepeildatum en de pensioenverplichting ten tijde van de afstorting: soms tonnen. Het uitgangspunt van pensioenafstorting is in beginsel (terecht) het bedrag dat ten tijde van de afstorting nodig is om de (afgeleide) pensioenaanspraken van de vereveningsgerechtigde te financieren. Een stijging of daling van dit bedrag tussen de waardepeildatum voor de waardering van de onderneming en het moment van afstorting van het pensioen, ligt in de risicosfeer van de besloten vennootschap die als verzekeraar optreedt en kan in de onderlinge verhoudingen hooguit van invloed zijn op de draagkracht van de dga.

Deze benadering is theoretisch zuiver, maar praktisch onbevredigend. Het doel van een waardebepaling bij echtscheiding is om duidelijkheid tussen betrokkenen te creëren ten behoeve van de vermogensafwikkeling. Breder gezien zijn de onderlinge rechten en plichten ten tijde van de echtscheiding echter pas duidelijk als het pensioen in eigen beheer dat de vereveningsgerechtigde toekomt, wordt afgestort.

Het verzekeren van pensioen in eigen beheer kan (doorgaans) niet worden gezien als onderdeel van de onderneming die in de besloten vennootschap wordt gedreven.

Het pensioen (in eigen beheer) is dermate verweven met de aanspraken en verplichtingen bij (echt)scheiding dat dit in mijn ogen een afgezonderde behandeling rechtvaardigt. Als de waarde van de aandelen in de vermogensafwikkeling wordt betrokken en pensioen in eigen beheer is opgebouwd, lijkt het mij daarom redelijk om op het moment van feitelijke afstorting van het pensioen de waardering van de aandelen (alleen) op dit punt te corrigeren en het verschil in de vermogensafwikkeling te betrekken. Hiermee wordt bereikt dat iedere euro (niet meer, en niet minder dan) éénmaal in de financiële regeling wordt betrokken: hetzij als waarde, hetzij als pensioenaanspraak.

4. Conclusies

De introductie per 2024 van twee belastingschijven in box 2 (inkomen uit aanmerkelijk belang) heeft invloed op de hoogte van de aanmerkelijk belangclaim.

Ik meen dat de aanmerkelijk belangheffing een integraal onderdeel behoort te zijn van de berekening van de netto waarde van de aandelen in een besloten vennootschap ten behoeve van de vermogensafwikkeling. Dit betekent dat de tariefwijziging per 2024 in een huidige ndcf-berekening een rol speelt en de aanmerkelijk belangclaim dus niet langer standaard 26,9% bedraagt.

Bij het aangaan van huwelijkse voorwaarden blijft het verschil tussen een besloten vennootschap en de onderneming die (indirect) in de bv wordt gedreven vaak onderbelicht. Als de vennootschap optreedt als leningverstrekker aan privé of mede dient als spaarpot, dreigen financieel onevenwichtige uitkomsten.

Als deze onevenwichtigheid wordt gecorrigeerd door de overtollige, niet aan de onderneming gebonden middelen ten behoeve van de onderlinge afrekening te corrigeren, moet deze correctie consequent worden toegepast en zou ondernemingsvermogen dat in privé wordt aangehouden ook van de afrekening moeten worden uitgezonderd.

Ook de ex van de dga heeft recht op een reële rentevergoeding indien aanspraken later dan op het berekeningsmoment worden voldaan. Als gevolg van de risico's die gepaard gaan met ondernemerschap en de vaak beperkte zekerheden en buffers, zou een zakelijk handelende derde doorgaans een forse rente bedingen. De lage wettelijke rente (bij verrekening) of de afwezigheid van rente (bij verdeling) leidt tot een benadeling van de ex van de dga.

Als de aandelen in een bv in de vermogensafwikkeling worden betrokken, wordt de pensioenverplichting die in eigen beheer is opgebouwd doorgaans (terecht) op de dan geldende waarde gesteld, rekening houdend met de rente op dat moment. Indien de pensioenverplichting ten tijde van de feitelijke afstorting (sterk) is gewijzigd, vind ik het gelet op de bijzondere plaats die pensioen inneemt redelijk als dit voor- of nadeel tussen betrokkenen worden gedeeld.

Voetnoten

[1] Financieel scheidingsadviseur, [Meestermode.nl](https://www.meestermode.nl).

[2] *REP 2022 afl. 7 De aanmerkelijkbelangclaim: nominaal of contant en rentevoordeel of rentenadeel?*

[3] *EB 2022/74 Vaststelling waarde AB-claim in het kader van de verdeling of verrekening.*

[4] Zolang wordt verondersteld dat dit tarief niet wijzigt in de toekomst.

[5] Op grond van huwelijkse voorwaarden of de verkrijging van de aandelen onder een uitsluitingsclausule. Dit laatste speelt vaak bij overname van familiebedrijven.

[6] Artikel 1.141 lid 4 BW.

[7] Artikel 35b en verder Successiewet 1956. Hierin wordt aangesloten bij de vermogensetikettering in de inkomstenbelasting.

[8] Gerechtshof Den Haag 8 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1364.

[9] Rechtbank Amsterdam 15 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:8078

[10] Fiscaal is sprake van een fictief regulier voordeel zodat de schuld niet afneemt tot de in deze wet genoemde maxima.

[11] Of voor de financiering van andere verplichtingen (zoals pensioen in eigen beheer of een oudedagvoorziening).

[12] In de besloten vennootschap en in privé.