

Als hij geen maatregelen treft is een ondernemer die trouwt meteen de helft van zijn onderneming kwijt. Een koude uitsluiting waarbij beide partners hun eigen bezittingen houden is niet meer van deze tijd. Gelukkig is er een aantal alternatieven.

Ale Bosma

Alternatieven voor koude uitsluiting

b_m
28

Bij verrekenbeding deelt partner in waarde stijging onderneming

Wanneer een ondernemer of dga trouwt, ontstaat in beginsel een gemeenschap van goederen. Het vermogen van beide partners wordt als het ware samengevoegd. Juristen spreken van een overgang onder algemene titel. Beide partners zijn elk voor de helft gerechtigd tot de nieuw ontstane gemeenschap. Ook schulden vallen in deze gemeenschap, iedere schuldeiser kan zich verhalen op de bezittingen van de gemeenschap. Als de ondernemende echtgenoot in de problemen komt en failliet gaat, zijn beide partners ook failliet. Wat valt allemaal in de huwelijkse gemeenschap van goederen? In feite alles. Op deze 'inbreng' bestaan een paar uitzonderingen. De belangrijkste zijn vermogen verkregen onder een uitsluitingsclausule en verknochte zaken.

Uitsluitingsclausule

Een uitsluitingsclausule houdt in dat de gever of erflater bepaald heeft dat eventuele giften of erfenissen nooit in een gemeenschap zullen vallen. Het vermogen blijft op deze manier in de familie. In de volksmond wordt een dergelijk beding ook wel een 'anti-schoonzoonbeding' genoemd. Ook wordt het vermogen op deze manier beschermd tegen een faillissement van de partner. Een probleem vormt vaak de administratie van de goederen waarop de uitsluitingsclausule van toepassing is. Ontbreekt deze dan kan dit problemen opleveren.

Een uitsluitingsclausule houdt op bij het overlijden van de begiftigde. Een tweetrapsmaking kan in zo'n geval uitkomst bieden. Zo kan bepaald worden dat wanneer de begiftigde kinderloos komt te overlijden, iemand anders binnen de familie de vermogensbestanddelen erft – de schoonfamilie valt op deze wijze buiten de boot.

Verknochte zaken

Ook aandelen in een besloten vennootschap vallen in de gemeenschap van goederen. Een aandeel in een persoonlijk samenwerkingsverband zoals een maatschap niet. Dit wordt gezien als een verknocht goed, dat wil zeggen

een vermogensbestanddeel dat zo nauw persoonlijk verbonden is dat het niet in de gemeenschap van goederen kan vallen. De waarde van het maatschapsaandeel valt weer wel in de gemeenschap, dus per saldo heeft de verknochtheid geen financiële werking. Kortom: bij een huwelijk is een ondernemer meteen de helft van zijn onderneming kwijt en daarnaast deelt de partner in het ondernemersrisico. Soms zijn er redenen om hiervoor te kiezen. In veel gevallen wordt dit echter als ongewenst ervaren. Vaak gaat men dus over tot het maken van huwelijksvoorwaarden. Hiermee worden bepaalde zaken, zoals de onderneming of de eigen woning, buiten de gemeenschap van de goederen gehouden. De meest verregaande vorm vormt de zogenoemde koude uitsluiting. Hierbij wordt iedere gemeenschap uitgesloten. Elke partner houdt gewoon zijn eigen bezittingen. Gaat de ene partner failliet, dan houdt de andere zijn of haar vermogen. Problemen kunnen weer ontstaan wanneer *de facto* vermogen overgeheveld wordt, ook hier is een goede vastlegging weer van groot belang.

Aan deze algehele uitsluiting kleven ook enkele nadelen. In het traditionele rolmodel waarin de man de ondernemer was en de vrouw het gezin beheerde, kon dit nogal onrechtvaardig uitpakken bij een echtscheiding. Denk aan de ondernemer die goed geboerd heeft en inmiddels miljonair is. Na 25 jaar komt hij een nieuwe 'vlam' tegen en laat zijn partner met lege handen achter. In de praktijk is het dan ook niet gemakkelijk om bij de notaris een koude uitsluiting te realiseren. Hij zal beleefd tegenwerken, want hij heeft een betere oplossing.

Verrekenbeding

Voor de nadelen van de koude uitsluiting zijn namelijk wat alternatieven. In het burgerlijk wetboek is een beperkte gemeenschap van goederen geregeld, waarin vruchten en inkomsten gedeeld worden. Maar deze optie wordt nauwelijks gebruikt. In de praktijk is

een verrekenbeding populairder. Werd in de jaren zestig nog voor meer dan 60% van de gevallen gekozen voor koude uitsluiting bij het opmaken van huwelijkse voorwaarden, tegenwoordig kiest men in 75% van de gevallen voor een verrekenbeding.

Bij een verrekenbeding houdt iedere partner zijn eigen vermogen, terwijl de overgespaarde inkomsten jaarlijks worden verdeeld. Op deze manier deelt de niet werkende partner in het resultaat. Ook kan op deze wijze vermogen overgeheveld worden van de 'rijke' naar de 'arme' partner zonder dat schenkingsrecht verschuldigd is. Vanuit het perspectief van *estate planning* kan dit interessant zijn.

Het is van belang van tevoren duidelijk vast te leggen hoe het inkomensbegrip geïnterpreteerd dient te worden. Vaak wordt verwezen naar belastingwetten, zoals de Wet IB 1964. Maar wetten zijn veranderlijk. Het is daarom beter het inkomensbegrip een economische invulling te geven. Ook dan kan er nog heel wat discussie ontstaan: wat te doen bijvoorbeeld met de opgepotte winsten in de onderneming? Moeten deze verrekend worden? De precieze bepalingen in de huwelijksvoorwaarden moeten hierover uitsluitsel geven.

Jaarlijks verrekenen

Een verrekenbeding is een mooie oplossing, maar er is ook een keerzijde: de administratieve rompslomp. Jaarlijks dient de balans te worden opgemaakt en verrekend te worden. In de praktijk gebeurt dit zelden. Vaak staat in de voorwaarden een bepaalde termijn genoemd waarbinnen verrekend moet worden. Zo niet, dan vervalt de vordering tot verrekening (en zou de 'arme' partner alsnog met lege handen staan). Nieuwe wetgeving heeft een dergelijk vervalbeding ongeldig gemaakt, bij een niet-nagekomen verrekenbeding zal er alsnog verrekening gevorderd kunnen worden.

Bij een faillissement kan een niet-nagekomen verrekenbeding tot problemen leiden. De curator zal beslagleggen op het gehele vermogen alsof het een gemeenschap van goederen is en het is aan de partners het tegendeel te bewijzen. Ook bij een echtscheiding zullen veel problemen optreden. De Hoge Raad gaat er in principe van uit dat het gehele bij scheiding aanwezige vermogen verrekeningsplichtig is. Het advies is dan ook om jaarlijks te verrekenen!

Vaststellingsovereenkomst

Onder het motto 'beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald' is het zinvol alsnog tot een verrekening over te gaan voor de nog niet verrekende periode. De verrekening moet worden vastgesteld in een vaststellingsovereenkomst. Voldoet deze aan eisen van redelijkheid en billijkheid, dan zijn de fiscus en derden hieraan gebonden.

De vraag is of ook de waardevermindering van de onderneming of de aandelen in de BV verrekend moet worden. Het antwoord hierop is bevestigend. Zolang de continuïteit van de onderneming niet in gevaar komt zal er verrekend moeten worden. Tenzij natuurlijk in de huwelijkse voorwaarden expliciet bepaald is dat deze inkomsten niet voor verrekening in aanmerking komen. Het blijft een kwestie van vastleggen wat men wil.

Het wijzen op de noodzaak van verrekening behoort tot de zorgplicht van de adviseur. Te vaak gebeurt het nog dat in het permanente dossier de huwelijksvoorwaarden ontbreken, zodat men niet op de hoogte is van het bestaan van een verrekenbeding.

De mogelijkheden om de nadelen van koude uitsluiting te beperken zijn hiermee geenszins uitgeput. Soms is bepaald dat enkele vermogensbestanddelen buiten de gemeenschap vallen. Zo kan het huis op naam van de vrouw worden gesteld (uitgaande van het traditionele rolpatroon). Wellicht kan zo'n simpele oplossing adequaat zijn, maar het blijft maatwerk.

Estate planning

Niet alleen met het oog op het voorkomen van problemen kunnen huwelijkse voorwaarden interessant zijn. Ook vanuit het oogpunt van estate planning kunnen ze een belangrijke rol spelen. Vaak kan een zogeheten *finaal verrekenbeding* of het *opheffen van de huwelijkse gemeenschap* bij overlijden een aanzienlijke besparing van de successierechten opleveren. Bij een finaal verrekenbeding wordt bepaald dat er na het overlijden van één van de beide partners wordt afgerekend, alsof men in een algehele gemeenschap van goederen gehuwd was. Stel het vermogen van de man bedraagt twee miljoen euro en dat van de vrouw is nihil. Zonder finaal verrekenbeding erft de vrouw de twee miljoen euro en moet zij hierover successierecht betalen. Mét een dergelijk beding bedraagt de nalatenschap 'slechts' één miljoen euro. Een besparing van successierecht van zo'n € 270.000 bij een toptarief van 27%. Men moet wel bedenken dat een verrekenbeding nadelig werkt als de 'arme' partner komt te overlijden. De 'rijke' partner erft in dat geval zijn eigen vermogen. Onvoordelig dus! De materie blijft ingewikkeld met vele mitsen en maren. Een goed advies vraagt om maatwerk, waarbij rekening wordt gehouden met alle omstandigheden. **b.m**

Ale Bosma AA/FB is belastingadviseur bij De Hooge Waerder Accountants & Adviseurs. Heeft u vragen over dit artikel? abosma@dehoogewaerder.nl

DE HOEGE WAERDER
ACCOUNTANTS - BELASTINGADVISEURS - JURISTEN