

DE DIRECTEUR- GROOTAANDEELHOUDER EN ECHTSCHIEDING

DOOR MR. AGNES A.C. SPOORMANS

© JANUARI 2008, RUSSELL ADVOCATEN B.V.

Inleiding

Werk en privé zijn vaak moeilijk te scheiden. Sommige mensen lijken wel getrouwd te zijn met hun werk. Zeker bij een directeur-groootaandeelhouder (DGA), die niet alleen verantwoordelijk is voor zijn onderneming maar ook daarvan afhankelijk is, kan dit het geval zijn. Bij een echtscheiding kan de vervlechting van privé en werk tot grote en gecompliceerde problemen leiden voor de ondernemer en zijn onderneming. Zo leidde de echtscheidingsprocedure van de eigenaar van een brandstoffenhandel onder meer tot een diepgravend onderzoek naar de bedrijfsresultaten om zijn draagkracht te bepalen met het oog op de alimentatieverplichting aan zijn echtgenote en kinderen. Niet alleen zijn inkomen als directeur, maar ook de pensioenopbouw, de lopende schulden, de afschrijvingen en zelfs de financiële vooruitzichten van de onderneming werden bekeken om te zorgen dat zowel de brandstoffenhandelaar als zijn vrouw en kinderen niet in de kou kwamen te staan.¹

In dit artikel komt een aantal van de belangrijkste problemen aan de orde die kunnen ontstaan wanneer de directeur-groootaandeelhouder in een echtscheidingsprocedure verwickeld raakt. Moet de onderneming opgesplitst worden wanneer de boedel verdeeld wordt? Welke mogelijkheden zijn er om dit zoveel mogelijk te vermijden? Op welke wijze wordt de waarde van een onderneming bepaald? En hoe gebeurt dit met het inkomen van de DGA? Hieronder zal eerst een overzicht worden gegeven van verschillende huwelijksregelingen in Nederland, namelijk gemeenschap van goederen en huwelijkse voorwaarden, waarna de uitwerking van verrekenbedingen en overgespaarde inkomsten behandeld worden. Daarna komen de waardering van de onderneming, de regels rond alimentatie en ten slotte de eventuele verdeling van pensioenaanspraken aan bod.

Huwelijksgoederenregimes

In Nederland bestaan verscheidene huwelijksgoederenregimes, de algehele gemeenschap van goederen en het stelsel van huwelijkse voorwaarden. Wanneer voorafgaand aan het sluiten van een huwelijk niet expliciet bij een notaris huwelijkse voorwaarden worden vastgelegd, trouwt men

¹ V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 4 juli 2006, LJN: AY6516.

automatisch in algehele gemeenschap van goederen en zijn alle wettelijke regelingen hiervan volledig van toepassing. Door voor het trouwen wel naar de notaris te gaan en huwelijkse voorwaarden overeen te komen, kan op allerlei manieren worden afgeweken van de wettelijke regels voor de algehele gemeenschap van goederen. Huwelijkse voorwaarden kunnen ook nog tijdens het huwelijk bij de notaris worden aangegaan, maar dan moet wel eerst de rechtbank hiervoor toestemming geven.²

Gemeenschap van goederen: verdelen

Door te trouwen zonder het aangaan van huwelijkse voorwaarden ontstaat één algehele gemeenschap van de goederen van de twee echtgenoten. Niet alleen alle goederen, maar ook alle schulden die de echtgenoten voorafgaand aan het huwelijk hadden of tijdens het huwelijk verkrijgen, behoren hiertoe.³ Beide echtgenoten zijn gedurende het huwelijk voor het geheel tot deze gemeenschap gerechtigd. Dit houdt in dat de echtgenoten gezamenlijk de eigendom van alle goederen hebben, maar ook dat alle schulden op het gezamenlijk vermogen van de echtgenoten verhaald kunnen worden. Het is echter wel zo dat gedurende het huwelijk de echtgenoot die een goed heeft ingebracht de bestuurs- en beschikkingsbevoegdheid over dat goed heeft.⁴ Zo heeft de echtgenoot aan wie de aandelen van een vennootschap voorafgaand aan of tijdens het huwelijk zijn geleverd en op wiens naam die aandelen staan, de bestuursbevoegdheid over deze aandelen en daarmee komt aan deze echtgenoot dus het bij de aandelen behorende stemrecht toe.

Bij een echtscheiding moet de gemeenschap van goederen tussen de echtgenoten bij helfte verdeeld worden, dus ook de aandelen van de DGA. Betekent dit nu dat deze de helft van zijn aandelen aan zijn echtgenote zal moeten afstaan en dat zijn ex invloed moet krijgen op de bedrijfsvoering? Dit is meestal niet het geval. De DGA kan verzoeken om de aandelen aan hem toe te delen omdat deze aandelen aan hem verknocht zijn. De DGA is immers de ondernemer en toedeling van alle aandelen of de helft van de aandelen aan de ex-echtgenote, kan de DGA belemmeren in de uitoefening van zijn werkzaamheden als ondernemer. Als de ex-echtgenote de aandelen zou krijgen, zou zij immers ook over het stemrecht op de aandelen beschikken en zich dus met de beleidskeuzes van de onderneming kunnen bemoeien.⁵

Om mogelijke inmenging van de toekomstige ex-echtgenote te voorkomen en zo de continuïteit van de onderneming veilig te stellen, kan de ondernemer voorafgaand aan de echtscheiding de aandelen laten certificeren. Dit houdt in dat de aandelen worden overgedragen aan een administratiekantoor en dat de ondernemer in ruil daarvoor certificaten ontvangt ter waarde van de aandelen. Het bij de

² Artikel 1:119 BW.

³ Van de gemeenschap van goederen uitgesloten zijn: goederen ten aanzien waarvan bij uiterste wilsbeschikking van de erflater of bij gift is bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen; goederen en schulden die vanwege hun verknochtheid niet in gemeenschap vallen; pensioenrechten (artikel 1:94 BW).

⁴ Artikel 1:97 BW.

⁵ HR 13 maart 1953, NJ 1953, 569.

aandelen behorende stemrecht wordt echter uitgeoefend door het administratiekantoor dat meestal door de ondernemer bestuurd zal worden. Hierdoor behoren uitsluitend nog de certificaten tot het gemeenschappelijk vermogen en niet de aandelen met het daaraan verbonden stemrecht. De toekomstige ex-echtgenote kan dan geen invloed meer uitoefenen op het bestuur van de onderneming.

Het is niet altijd een voordeel voor de ex-echtgenote om aandelen of certificaten toebedeeld te krijgen. Als de DGA kwaad wil kan hij als ondernemer de waarde van de aandelen bijvoorbeeld doen dalen of het dividendbeleid van de onderneming zodanig wijzigen dat de aandelen voor de ex-echtgenote, als minderheidsaandeelhouder, in de praktijk veel minder waard zijn.⁶ Toedeling van de aandelen aan de DGA ligt dus voor de hand, maar is niet steeds noodzakelijk. De DGA zal wanneer alle aandelen of certificaten aan hem worden toegedeeld, wel de helft van de waarde daarvan aan de ex-echtgenote moeten vergoeden.

Huwelijkse voorwaarden: uitsluiting & verrekenbedingen

Bij huwelijkse voorwaarden kan worden afgeweken van het wettelijk stelsel van de gemeenschap van goederen. Partijen zijn in grote mate vrij in wat zij bij huwelijkse voorwaarden overeenkomen, maar de huwelijkse voorwaarden mogen niet strijdig zijn met de openbare orde, de goede zeden en dwingende wetsbepalingen. Ook kan niet overeengekomen worden dat een echtgenoot een groter aandeel heeft in de schulden dan in de baten van de gemeenschap.⁷ Hoewel er dus een grote mate van vrijheid bestaat ten aanzien van de inhoud van de huwelijkse voorwaarden, wordt meestal gekozen voor de uitsluiting van elke gemeenschap al dan niet onder opneming van een verrekenbeding. Met het uitsluiten van elke gemeenschap wordt de gehele regeling van de wettelijke gemeenschap van goederen buiten toepassing gesteld. Dit heeft tot gevolg dat de echtgenoten in principe alleen privé-vermogens hebben. Tot die privévermogens behoort alles wat de echtgenoten voorafgaand aan het huwelijk hadden en wat zij gedurende het huwelijk hebben verkregen. Natuurlijk kunnen de echtgenoten met elkaar gezamenlijk een goed, bijvoorbeeld een woning aanschaffen, met als gevolg dat de woning hun gemeenschappelijk eigendom is, maar hierop zijn de regels van de wettelijke gemeenschap van goederen niet van toepassing. Bij het uitsluiten van elke gemeenschap blijft de eigendom van en de beschikkingsbevoegdheid over een goed bij de echtgenoot die dat goed heeft verkregen. Evenzo is uitsluitend de echtgenoot die een schuld is aangegaan voor deze schuld aansprakelijk, ook na een eventuele echtscheiding.

⁶ HR 1 juni 1984, NJ 1985, 351.

⁷ Artikel 1:121 BW.

Verrekenbeding

Te verrekenen inkomsten en vermogen

In veel gevallen wordt door de echtgenoten die bij huwelijkse voorwaarden elke gemeenschap uitsluiten, een verrekenbeding overeengekomen, inhoudende dat de echtgenoten - meestal jaarlijks - dat wat zij van hun inkomen na voldoening van de huishoudelijke kosten overhouden, met de ander dienen te delen. Zo'n bepaling wordt een periodiek verrekenbeding genoemd. Volgens de wet⁸ blijft de verplichting tot verrekening bestaan ook als deze niet periodiek heeft plaatsgevonden. In dat geval strekt de verrekening zich niet alleen uit over wat verrekend had moeten worden, maar ook over het saldo dat is ontstaan door belegging en herbelegging van wat verrekend had moeten worden. Het is zelfs zo dat, als aan de periodieke verrekenplicht niet is voldaan, bij het einde van het huwelijk als vermoeden wordt aangenomen dat het dan aanwezige vermogen geheel is gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden. Als de echtgenoten niet kunnen aantonen dat het vermogen is gevormd uit inkomen of vermogen dat niet voor verrekening in aanmerking komt, dan dient het vermogen dus verrekend te worden. Vermogen of inkomen dat niet voor verrekening in aanmerking komt is bijvoorbeeld het vermogen dat bij het huwelijk is aangebracht alsook de vermogensgroei over deze aanbrengsten. Ook vermogen dat is verkregen uit erfenissen of giften hoeft in het algemeen niet verrekend te worden.

Regelmatig wordt aan een periodiek verrekenbeding een vervalbeding gekoppeld met de bedoeling dat indien binnen een bepaalde periode na het verstrijken van een kalenderjaar geen verrekening is gevorderd het recht daartoe vervalt. Het opnemen van een vervalbeding in de huwelijkse voorwaarden brengt echter geen verandering in het uitgangspunt dat verrekening plaats dient te vinden, zelfs niet als de termijn van het vervalbeding reeds is verstreken. De Hoge Raad heeft namelijk bepaald dat een beroep op het vervalbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht, tenzij blijkt van bijzondere omstandigheden die dat beroep op het vervalbeding rechtvaardigen.⁹

Wanneer een verrekenbeding is overeengekomen, dient bij echtscheiding te worden bekeken in hoeverre het aanwezig vermogen van de echtgenoten is opgebouwd uit overgespaard inkomen. In het algemeen wordt onder overgespaard inkomen verstaan het inkomen van partijen, na aftrek van belastingen, dat overblijft na voldoening van de kosten van de huishouding. Maar wat valt nu onder het begrip inkomen? Dat is afhankelijk van hetgeen in de specifieke huwelijksvoorwaarden is opgenomen. De wetgever heeft namelijk geen definitie van het begrip inkomen gegeven, maar heeft de invulling daarvan overgelaten aan de partijen en de notaris die de huwelijkse voorwaarden opstelt. Steeds zal gekeken moeten worden naar welke betekenis partijen bij het aangaan van de overeenkomst over en weer redelijkerwijs aan het beding mochten toekennen en naar hetgeen zij

⁸ Artikel 1:141 BW.

⁹ HR 19 januari 1996, NJ 1996, 617 (Rensing/Polak I).

RUSSELL ADVOCATEN

wat dat betreft van elkaar mochten verwachten.¹⁰ Zo heeft de Hoge Raad in een zaak bepaald dat tot het in de huwelijkse voorwaarden opgenomen begrip “inkomsten uit arbeid” niet behoren winst uit onderneming, winst uit aanmerkelijk belang en dividend.¹¹



¹⁰ Dit is het Haviltexcriterium, HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.

¹¹ HR 6 oktober 2006, *RFR* 2006, 120.

In dit geval hadden partijen namelijk vóór hun huwelijk bewust gekozen voor het aangaan van deze huwelijkse voorwaarden, terwijl de vrouw wist dat de man een onderneming exploiteerde in de vorm van een besloten vennootschap en bij deze vennootschap in dienst was. De vrouw, dan wel de door haar ingeschakelde notaris, had zich ervan bewust dienen te zijn dat in dit geval winst uit onderneming, winst uit aanmerkelijk belang en dividend, niet gelijk gesteld konden worden aan inkomen uit arbeid. Ook het Gerechtshof Arnhem bepaalde dat tot het begrip “zuivere inkomsten uit arbeid” geen winsten uit onderneming behoren.¹²

Uit overgespaarde inkomsten opgebouwd ondernemingsvermogen

Wanneer is nu het ondernemingsvermogen opgebouwd uit overgespaarde inkomsten en moet dus de waarde van de (aandelen van de) onderneming verrekend worden? Als de aandelen zijn verkregen en zijn betaald voorafgaand aan het huwelijk, vallen deze niet onder de verrekeningsplicht. De verrekeningsplicht heeft immers alleen betrekking op vermogen dat is gevormd uit inkomen dat tijdens het huwelijk is verkregen. De echtgenoot die de aandelen vóór het huwelijk dus met voorhuwelijks inkomen of vermogen heeft afbetaald, behoudt deze daarom bij een echtscheiding zonder dat hierover met de andere echtgenoot afgerekend hoeft te worden.

In veel gevallen zal de ondernemer een financiering voor de verkrijging van de aandelen zijn aangegaan. Indien de aandelen vóór het huwelijk zijn verkregen maar de financiering van deze verkrijging gedurende het huwelijk (voor een deel) is afgelost, dan kan er sprake zijn van een (gedeeltelijke) verrekeningsplicht ten aanzien van deze aandelen. Als de financiering niet is afgelost uit privévermogen maar uit overgespaarde inkomsten, die dus eigenlijk verrekend hadden moeten worden, dan dient de waarde van de aandelen te worden verrekend voor dat deel dat uit overgespaard inkomen is gefinancierd.¹³ Hetzelfde geldt als de aandelen tijdens het huwelijk zijn verkregen. Stel dat de aandelen voorafgaand aan het huwelijk zijn aangeschaft voor e 80.000,- onder volledige financiering, dat bij het aangaan van het huwelijk reeds e 60.000,- was afgelost en dat de resterende e 20.000,- gedurende het huwelijk uit overgespaard inkomen is afgelost, dan heeft de echtgenoot van de ondernemende echtgenoot dus recht op verrekening van een vierde (20.000/80.000) deel van de waarde van de aandelen en kan dus aanspraak maken op een achtste deel van de waarde van de aandelen.

Aangezien in de meeste verrekenbedingen is bepaald dat slechts het netto inkomen voor verrekening in aanmerking komt, kan zich ook de vraag voordoen of de financiering uit het netto of uit het bruto inkomen van de ondernemer is voldaan. Zo vorderde een man verdeling van de door de vrouw gedurende het huwelijk opgebouwde goodwill op basis van de huwelijkse voorwaarden waarin was opgenomen dat het netto inkomen na

¹² Hof Arnhem 20 juli 2004, *RFR* 2005, 24.

¹³ HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 583 (Slot/Ceelen) en HR 18 april 2003, *NJ* 2003, 441 (Zandstra/Vis).

voldoening van de huishoudelijke kosten verrekend diende te worden. De vrouw was tijdens het huwelijk toegetreten tot een maatschap van kinderartsen en had daarvoor goodwill betaald. Voor de betaling van de goodwill had zij een lening afgesloten die gedurende het huwelijk was afgelost vanuit een gezamenlijke rekening van de man en de vrouw. De vrouw stelde dat de rentebetaling en de aflossing vanuit haar bruto inkomen had plaatsgevonden en verwees ter onderbouwing naar haar jaarrekeningen waarin deze kosten steeds als ondernemingskosten waren aangemerkt en derhalve op de te belasten winst in mindering waren gebracht. Volgens de vrouw hoefde de goodwill niet verrekend te worden, omdat de kosten voor de goodwill niet waren betaald uit haar netto, maar uit haar bruto inkomen. De Hoge Raad bepaalde in deze zaak dat de door de vrouw opgebouwde goodwill in dit geval niet voor verrekening in aanmerking komt, omdat de vrouw de afschrijvingen en de rentebetalingen met betrekking tot de lening voor de goodwill terecht als ondernemingskosten had aangemerkt.¹⁴ De betalingen ten behoeve van de lening zijn ondernemingskosten die op de bruto winst in mindering worden gebracht alvorens de verschuldigde inkomstenbelasting wordt berekend. Zij zijn dus niet vanuit het te verrekenen netto inkomen verricht, zodat de goodwill niet voor verrekening in aanmerking komt.

Wanneer de aandelen niet zijn gefinancierd uit overgespaard inkomen en de waarde van de aandelen dus niet verrekend hoeft te worden, speelt nog wel de vraag in hoeverre in de onderneming opgepotte winsten zitten die toch voor verrekening in aanmerking komen. De DGA kan immers besluiten om zichzelf slechts een klein salaris toe te kennen en de winsten niet uit te keren, maar in de vennootschap te laten zitten waarvan de waarde niet verrekend hoeft te worden. Als de DGA zichzelf een groter salaris geeft of de winsten uitkeert, is de niet te verrekenen waarde van de vennootschap uiteraard veel lager en zijn de te verrekenen inkomsten veel hoger. Door dit niet te doen kan de DGA dus zijn inkomen kunstmatig buiten het verrekenbeding houden. De wetgever heeft hier een stokje voor gestoken door te bepalen dat de niet uitgekeerde winsten – voor zover dit in het maatschappelijk verkeer als redelijk moet worden beschouwd – eveneens verrekend dienen te worden, indien de ondernemende echtgenoot in overwegende mate bij machte is om te bepalen dat de winsten hem ten goede komen.¹⁵ Om dit te kunnen beoordelen is van belang te bepalen hoeveel liquide middelen voor het voortzetten van de onderneming nodig zijn, wat onder andere afhangt van het soort activiteiten dat de onderneming ontplooit en het aantal werknemers dat zij in dienst heeft. De regel dat ook opgepotte winsten verrekend moeten worden, geldt overigens alleen indien de winsten uit onderneming tot het te verrekenen inkomensbegrip behoren. Als in de huwelijkse voorwaarden voor een beperkt inkomensbegrip is gekozen, waar de winsten van de onderneming niet onder vallen, dan geldt dit artikel niet en hoeven de opgepotte winsten dus niet verrekend te worden.

¹⁴ HR 16 februari 2007, *RFR* 2007, 55.

¹⁵ Artikel 1:141 lid 4 BW.

Waardering van de onderneming

De waardering van de onderneming speelt bij de hiervoor besproken huwelijksgoederenregimes een rol. Bij de algehele gemeenschap is de voorafgaand aan of tijdens het huwelijk verkregen onderneming in de wettelijke gemeenschap van goederen gevallen. Bij een echtscheiding dient de onderneming dan verdeeld en in dat kader gewaardeerd te worden. Als huwelijkse voorwaarden met een periodiek verrekenbeding zijn overeengekomen, dient de waarde van de onderneming verrekend te worden voor zover de aanschaf van de onderneming uit te verrekenen inkomen of vermogen is gefinancierd.

Alvorens de waarde van de onderneming vastgesteld kan worden moet eerst bepaald worden welke de peildata zijn voor de samenstelling en waardering van het te verdelen of te verrekenen vermogen. In het geval huwelijkse voorwaarden zijn overeengekomen en sprake is van een finaal of niet uitgevoerd periodiek verrekenbeding geldt als peildatum voor zowel de samenstelling als de waardering van het te verrekenen vermogen de datum van indiening van het verzoekschrift tot echtscheiding.¹⁶ Bij de wettelijke gemeenschap van goederen geldt als peildatum voor de samenstelling van de te verdelen gemeenschap de datum waarop de gemeenschap wordt ontbonden, namelijk de datum van de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in de daartoe bestemde registers. De peildatum voor de waardering van de gemeenschap is doorgaans de datum van de verdeling, tenzij partijen anders zijn overeengekomen of de redelijkheid en de billijkheid zich hiertegen verzetten. Indien de verdeling door de rechter wordt vastgesteld, geldt derhalve de datum van de uitspraak als datum van verdeling.¹⁷ Als de verdeling en de echtscheiding niet gelijktijdig plaatsvinden, gelden voor de samenstelling en voor de waardering dus verschillende peildata. Wanneer een onderneming verdeeld moet worden is dit meestal het geval.

Bij de waardering van de tot de te verdelen gemeenschap of tot het te verrekenen vermogen behorende goederen geldt veelal als uitgangspunt de waarde in het economisch verkeer. Voor de waardebepaling van deze goederen kan daarom in beginsel aansluiting worden gezocht bij de prijs die daarvoor door derden wordt geboden.¹⁸ Daarbij speelt de winstpotentie van de onderneming een grote rol. Zo zal een fraaie winstpotentie een waardeverhogende factor vormen en zullen verwachte verliezen een waardeverlagend effect hebben. In het algemeen dient te worden uitgegaan van een going concern-waarde (voortzettingswaarde) waarbij dan een waarderingmethode moet worden gekozen. Hiervoor komen bijvoorbeeld de discounted cashflow-methode of het berekenen van de rendementsof rentabiliteitswaarde in aanmerking. Een andere mogelijkheid is om uit te gaan van de intrinsieke waarde van een onderneming maar dan worden de verwachte winsten of verliezen dus buiten de waardering gehouden. De redelijkheid en billijkheid kunnen een uitzondering maken op de regel dat tegen de waarde in het economisch verkeer gewaardeerd moet

¹⁶ Artikel 1:142 lid 1 sub b. BW.

¹⁷ HR 24 oktober 2003, LJN: AL7035.

¹⁸ HR 19 mei 2000, NJ 2000, 441.

worden. Zo kan een rechter er rekening mee houden dat een goed een bijzondere waarde voor een echtgenoot heeft.¹⁹ Men moet dus niet slechts rekening houden met de prijs die een derde op dat moment voor het goed over zou hebben, maar ook met de waarde die voor de echtgenoot zou voortvloeien uit het gebruik van het goed en met hetgeen voor de toekomst wordt verwacht.²⁰

De redelijkheid en billijkheid kunnen ook een waardeverlagend effect hebben, bijvoorbeeld wanneer de continuïteit van de onderneming in het geding is en de onderneming de vergoeding van een hogere waarde niet kan financieren.²¹ De vraag is of tot de waarde van de aandelen ook eventuele goodwill behoort en of deze goodwill voor verdeling of verrekening in aanmerking komt. Goodwill kent verschillende verschijningsvormen, te weten persoonlijke, zakelijke, belichaamde en onbelichaamde goodwill. Belichaamde goodwill (een waardeverhogende factor van de bezittingen van een onderneming) en onbelichaamde zakelijke goodwill (de meerwaarde van de onderneming die niet slechts afhankelijk is van de persoon van de ondernemer en als zelfstandige waarde gerealiseerd kan worden) komen voor verdeling in aanmerking. Onbelichaamde persoonlijke goodwill (meerwaarde van de onderneming die is verbonden aan de persoon van de ondernemer) komt daarentegen niet voor verdeling in aanmerking.

Alimentatie

Ook na een echtscheiding zijn echtgenoten verplicht om voor elkaar en eventuele kinderen te zorgen. Indien een van de echtgenoten onvoldoende mogelijkheden heeft om op een redelijke wijze in zijn of haar levensonderhoud te voorzien, dan kan deze ex-echtgenoot een bijdrage van de andere ex-echtgenoot vragen, oftewel partneralimentatie. Naast partneralimentatie kan ook kinderalimentatie aan de orde zijn. Zowel bij kinderalimentatie als bij partneralimentatie wordt de hoogte van de te betalen alimentatie bepaald door enerzijds de behoefte van de kinderen of de partner en anderzijds door de draagkracht van de alimentatieplichtige. De behoefte wordt gebaseerd op het netto gezinsinkomen van partijen gedurende het huwelijk en de uitgaven die werden gedaan, terwijl de draagkracht wordt berekend op basis van de inkomsten en de lasten van de alimentatieplichtige.

Bij een DGA speelt de vraag wat voor de bepaling van de behoefte en van de draagkracht in het kader van de vaststelling van alimentatie tot zijn inkomen gerekend wordt. Is dat alleen het door hem zelf bepaalde veelal fiscaal vastgestelde bedrag aan salaris of behoren ook de uitgekeerde dividenden en de opgepotte winsten hiertoe?

Bij het bepalen van de behoefte wordt gekeken in hoeverre tijdens het huwelijk daadwerkelijk van het vastgestelde salaris is geleefd of dat juist van meer of minder is geleefd. Indien bijvoorbeeld

¹⁹ *Parlementaire Geschiedenis Nieuw BW. Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer 1981, p. 619.

²⁰ HR 23 december 1965, NJ 1967, 44.

²¹ HR 2 maart 2001, NJ 2001, 584.

partijen niet alleen het vastgestelde salaris hebben verbruikt maar tevens een rekening-courantschuld hebben door uitgaven ten behoeve van de huishouding, dan zullen ook de uitgaven in rekening-courant worden meegeteld. Dividend wordt voor de behoeftebepaling slechts meegenomen indien het gedurende het huwelijk structureel werd uitgekeerd en zo invloed heeft gehad op de bestedingen van het gezin.²²

Voor de berekening van de draagkracht van de DGA geldt als uitgangspunt het inkomen dat de DGA zichzelf kan uitkeren naar normen die in het maatschappelijk verkeer als redelijk worden beschouwd. Opgepotte winsten en niet uitgekeerde dividenden worden in dit geval wel als Inkomen beschouwd, mits de vennootschap hiermee aan redelijke solvabiliteits-, liquiditeits- en rentabiliteitsnormen blijft voldoen. Onnodige voorzieningen en irreële afschrijvingen kunnen bovendien tot een correctie van het ondernemingsresultaat leiden en verhogen dus de draagkracht van de DGA.

Pensioen

Bij een echtscheiding dient niet alleen het in de gemeenschap gevallen of onder het verrekeningsbeding vallende aanwezige vermogen verdeeld of verrekend te worden, maar ook het opgebouwde recht op pensioen. Gedurende het huwelijk opgebouwd ouderdomspensioen moet bij helfte worden verdeeld, ongeacht het gekozen huwelijksgoederenstelsel.²³ Deze verdeling van ouderdomspensioen wordt verevening genoemd. In de huwelijkse voorwaarden en ook nog in een eventueel echtscheidingsconvenant kan van de wettelijke verevening worden afgeweken.

Als niet van de wettelijke regeling wordt afgeweken, hebben de ex-echtgenoten recht op de helft van het door de ander gedurende het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen. Wanneer de echtscheiding binnen twee jaar na de inschrijving daarvan wordt gemeld aan de pensioenuitvoerder, krijgt de ene ex-echtgenoot een uitkeringsrecht tegenover de pensioenuitvoerder van de andere ex-echtgenoot. De ex-echtgenoten hebben in dit geval geen invloed meer op de pensioenuitkeringen aan elkaar. Het tot de echtscheiding opgebouwde recht op nabestaandenpensioen wordt na de echtscheiding niet verdeeld maar komt geheel toe aan de ex-echtgenoot. Maar ook hiervan kan bij huwelijkse voorwaarden of echtscheidingsconvenant worden afgeweken.

De DGA mag pensioen in eigen beheer opbouwen en doet dat veelal ook. Hij hoeft dus niet te voldoen aan de hoofdregel uit de Pensioenwet dat pensioenregelingen buiten de onderneming uitgevoerd moeten worden. Deze hoofdregel is ingesteld om te voorkomen dat bij een faillissement ook al het pensioengeld van de medewerkers is verdwenen. Loopt de ex-echtgenoot dan wel het risico dat haar recht op de helft van het pensioen van de DGA kan verdwijnen? Zolang dit vereveningsdeel in de vennootschap zit, is dit inderdaad het geval. Om dit te voorkomen kan de ex-

²² Hof Arnhem 29 augustus 2006, LJN: AZ5525.

²³ Artikel 2 lid 1 Wet verevening pensioenrechten bij scheiding.

echtgenoot verzoeken het vereveningsdeel te laten afstorten bij een externe pensioenverzekeraar. Dit kan voor de DGA echter bezwaarlijk zijn. In veel gevallen zijn de pensioenaanspraken een boekhoudkundige post op de balans en is er niet daadwerkelijk kapitaal gereserveerd voor het pensioen. Wanneer er onvoldoende liquide middelen aanwezig zijn, kan het afdwingen van afstorting het voortbestaan van de vennootschap in gevaar brengen. De Hoge Raad heeft daarom bepaald dat in dat geval bij uitzondering geen aanspraak op afstorting kan worden gemaakt.²⁴ De regel is echter dat de DGA de helft van het pensioen moet afstorten bij een externe verzekeraar als de ex-echtgenoot daarom verzoekt.

Conclusie

Wanneer een DGA in een echtscheidingsprocedure terecht komt, dient hij goed te letten op de gevolgen die dit kan hebben voor zijn onderneming. Een deel van de mogelijke problemen kan hij al voorkomen door voor het trouwen huwelijksvoorwaarden notarieel vast te laten leggen. Omdat hierbij veel varianten mogelijk zijn, is het verstandig dat hij zich over de verschillende mogelijkheden en hun consequenties goed laat voorlichten. Een andere preventieve maatregel is het laten certificeren van de aandelen zodat de DGA in ieder geval, ook na een echtscheiding, de zeggenschap over zijn onderneming behoudt. De wijze waarop de ondernemer gedurende het huwelijk zijn administratie voert en zijn kasstromen laat lopen heeft grote invloed op de beantwoording van de vraag welk vermogen bij echtscheiding voor verdeling of verrekening in aanmerking zal komen en welk inkomen bij het vaststellen van alimentatie zal worden meegenomen. Zodra een echtscheiding dreigt, dient de ondernemer zich over zijn eigen positie en over de positie van zijn onderneming te bezinnen. Omdat de rechtspraak binnen het echtscheidingsrecht in hoge mate gebaseerd is op per zaak wisselende omstandigheden en de wetgeving voortdurend wordt gewijzigd²⁵, is het voor de ondernemer van groot belang dat hij zich door deskundigen laat bijstaan bij aanstaande wijzigingen betreffende de onderneming én zijn familierechtelijke verhoudingen.

²⁴ HR 9 februari 2007, RFR 2007, 43.

²⁵ Op dit moment wordt bijvoorbeeld door de Eerste Kamer der Staten-Generaal het wetsontwerp Bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding behandeld.