

rekening, nadat partijen het met elkaar eens zijn geworden. Art. 3:185 BW belemmerde die mogelijkheid volgens sommige rechters.

Nevenvoorziening

Ten slotte is art. 827 lid 1c Rv uitgebreid, zodat ook een nevenvoorziening kan worden getroffen betreffende de zorg- en opvoedingsrelatie, over

de vaststelling van de hoofdverblijfplaats van of de omgang met, de informatie en raadpleging over en een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van minderjarige kinderen van de echtgenoten.

Drs. T.C.E. Boringa RA en E.R. Lankester RA*

Belastinglatenties: nominaal of contant maken?

11 *In onze adviespraktijk worden wij met regelmaat geconfronteerd met de vraag welk belastingpercentage dient te worden gebruikt wanneer de waarde of de niet uitgekeerde winst van een besloten vennootschap bij echtscheiding in een vermogensverdeling of -verrekening dient te worden betrokken. Deze steeds terugkerende discussie doet vermoeden dat de wijze waarop deze latente belastingverplichting dient te worden bepaald steeds een casusspecifiek vraagstuk is. Een logisch gevolg hiervan is dat advocaten en adviseurs hieromtrent standpunten innemen die in het belang zijn van hun cliënten. Met dit artikel hopen wij dat deze discussie vanaf nu niet langer gevoerd hoeft te worden.*

Volledigheidshalve vermelden wij daarbij dat dit artikel zich beperkt tot de besloten vennootschappen in combinatie met het inkomstenbelastingtarief in box 2. In box 2 is bij verkoop van de aandelen van een BV inkomstenbelasting verschuldigd over de verkoopopbrengst (waarde in het economisch verkeer) minus de oorspronkelijke verkrijgingsprijs (opgeofferde waarde) van aanmerkelijk belang aandelen. Dit noemen wij in dit artikel voor het gemak de meerwaarde. In box 2 is eveneens inkomstenbelasting verschuldigd over in privé ontvangen dividenduitkeringen uit hoofde van aanmerkelijk belang aandelen.

Belastinglatentie: altijd nominaal!

Om met de deur in huis te vallen: naar onze mening dient ten aanzien van de meerwaarde dan wel de niet uitgekeerde winsten van een besloten vennootschap bij vermogensverdelingen en vermogensverrekeningen altijd rekening te worden gehouden met de hierover verschuldigde inkomstenbelasting in box 2, ook wel aanmerkelijk belangheffing genoemd, van nominaal 25% (tarief 2008/2009). Dat verdient uiteraard enige toelichting.

* Herpublicatie van *EB* 2009, 11 (afl. 2) In de oorspronkelijke publicatie waren de machtsverheffingen in de rekenvoorbeelden op een onjuiste wijze weergegeven; red.

Waarde economisch verkeer op de peildatum

Peildatum

Bij een echtscheidings situatie worden alle vermogenscomponenten in de verdeling of verrekening betrokken tegen hun waarde in het economisch verkeer, oftewel het bedrag waartegen ze op de peildatum te gelde kunnen worden gemaakt, bijvoorbeeld door middel van verkoop. Of de bezittingen op de peildatum feitelijk wel of niet worden verkocht, doet daarbij uiteraard niet ter zake. Het gaat om het uitgangspunt dat geldt voor de bepaling van de waarde. Zo wordt de makelaar gevraagd te taxeren wat het woonhuis bij verkoop op de peildatum zou hebben opgebracht, worden de beleggingen in de verdeling opgenomen tegen de marktwaarde op de peildatum en worden aandelen in ondernemingen gewaardeerd op het bedrag waarvoor de onderneming op de peildatum zou kunnen zijn verkocht aan een rationele derde partij.

Wanneer de bezittingen op basis van het hiervoor beschreven uitgangspunt worden gewaardeerd, zou het vreemd zijn als de met deze bezittingen rechtstreeks corresponderende schulden op basis van een ander uitgangspunt zouden worden gewaardeerd. Oftewel: ook de schulden dienen in de verdeling en/of verrekening te worden betrokken voor het bedrag dat op de peildatum zou moeten worden betaald als het bezit waarvan de schuld het directe gevolg is op dat moment te gelde zou zijn gemaakt. Deze redenatie is overigens inmiddels ook door de Hoge Raad gevolgd in het arrest van 24 februari 2006, *LJN AU6095*. Voor alle duidelijkheid: in deze zaak betrof het de belastinglatentie inzake een lijfrentepolis.

Alhoewel bovenstaande opvatting naar wij aannemen de lezer logisch zal voorkomen, merken wij in de praktijk dat dit klaarblijkelijk voor velen nog geen overtuigend argument is om af te stappen van het jarenlang gehanteerde uitgangspunt dat de belastinglatentie contant moet worden gemaakt. Sommigen hanteren hierbij zelfs het percentage van 6,25% dat afkomstig is uit de Successiewet 1956. Het enige argument dat hierbij wordt gehanteerd, is dat de belasting-

heffing kan worden uitgesteld omdat er op de peildatum geen verkoop of winstuitkering heeft plaatsgevonden en er dus op dat moment ook niet met de belastingdienst hoeft te worden afgerekend. Zoals hiervoor gesteld, is het in echtscheidingskwesaties voor de waardebeoordeling per de peildatum echter niet relevant of de verkoop of winstuitkering kan worden uitgesteld. Dat het ontvangen of betalen van geld kan worden uitgesteld geldt overigens niet alleen voor de belastingschulden maar voor vrijwel alle bezittingen en schulden. Los van het feit dat de belastingschuld zoals hiervoor gesteld niet contant gemaakt dient te worden, verbaast het ons dan ook dat de discussie omtrent het contant maken alleen wordt gevoerd ten aanzien van belastingschulden, maar bijvoorbeeld nooit ten aanzien van bezittingen. Het woonhuis of een effectenportefeuille worden op de peildatum immers meestal ook niet verkocht, maar worden wel in de verdeling betrokken voor het nominale geldbedrag uitgaande van (fictieve) verkoop op de peildatum.

Contant maken

Los van het feit dat belastingschulden naar onze mening in verdelings- en verrekeningszaken niet contant gemaakt moeten worden, constateren wij dat als dat in de praktijk toch plaatsvindt, dit bedrijfseconomisch beschouwd op een onjuiste en onvolledige wijze gebeurt.

Zoals gezegd is de stelling dat de belastingclaim pas in de toekomst daadwerkelijk tot belastingheffing leidt gebaseerd op de veronderstelling dat de meerwaarde of niet uitgekeerde winst ook pas in de toekomst in privé zal worden ontvangen. In deze redenatie zit nu precies de crux van de zaak. Wanneer dit het uitgangspunt is, dan moet niet alleen de in de toekomst te betalen belasting over de meerwaarde of de winst contant worden gemaakt, maar ook de meerwaarde of winst waarover deze belasting in de toekomst wordt geheven. Dit zijn immers onlosmakelijk met elkaar verbonden grootheden. De ondernemer kan namelijk alleen de belastingheffing uitstellen zolang hij in privé niet over de meerwaarde of de winst kan beschikken. In de economie wordt dit fenomeen ook wel de tijds waarde van geld genoemd. Simpel uitgelegd: het vandaag kunnen beschikken over een bedrag van € 100 000 heeft economisch gezien meer waarde dan over tien jaar over een bedrag van € 100 000 kunnen beschikken. Dat is uiteraard hetzelfde als de stelling dat vandaag € 25 000 belasting betalen ongunstiger is dan over tien jaar € 25 000 belasting betalen.

Het uitstellen van het uitkeren van de winst of het realiseren van de meerwaarde heeft derhalve

een effect op de waarde hiervan per de peildatum. Voor de belastingschuld is dat effect positief, voor de waarde van de onderneming uiteraard negatief. Dit kan nader worden verduidelijkt aan de hand van de volgende rekenvoorbeelden:

Rekenvoorbeelden

Stel dat aan een BV een waarde per de peildatum wordt toegekend van € 120 000 waarbij bekend is dat de aandelen oorspronkelijk zijn verkregen voor € 20 000. Uitgaande van het voorgaande, zou in het kader van de verdeling dan rekening moeten worden gehouden met een aanmerkelijk belangclaim van 25% over € 100 000, oftewel € 25 000, waardoor de aandelen per de peildatum voor een netto waarde van € 95 000 (€ 120 000 minus de belastingclaim van € 25 000) in het kader van de echtscheiding in de verdeling dienen worden te betrekken.

Het uitgangspunt voor het contant maken van de belastingclaim over de meerwaarde op de peildatum is dat deze belasting bijvoorbeeld tien jaar kan worden uitgesteld door de aandelen niet te verkopen. Deze redenatie zou dan per de peildatum tot de volgende economische waardering moeten leiden.

Om de belastingheffing uit te kunnen stellen, moet de ondernemer de komende tien jaar zijn aandelen niet verkopen. In de praktijk wordt dan vaak de aanneming gedaan dat de bovenvermelde belastingheffing van € 25 000 tien jaar kan worden uitgesteld en dus contant moet worden gemaakt. Bij een rekenrente van 4% bedraagt de contante waarde van deze belastingschuld $€ 25\,000/1,04^{10} = € 16\,889$, oftewel 16,9% van de meerwaarde van € 100 000. Het is in de praktijk niet ongebruikelijk om vervolgens deze contante waarde van de belastingschuld in de verdeling/verrekening te betrekken.

Een belastingbetaling van € 25 000 over tien jaar betekent echter dat ervan uit wordt gegaan dat de ondernemer over tien jaar een meerwaarde voor de aandelen ontvangt van € 100 000 plus de oorspronkelijke verkrijgingsprijs van € 20 000. De contante waarde van een over tien jaar in privé te ontvangen bedrag van € 120 000 bedraagt per de peildatum $€ 120\,000/1,04^{10} = € 81\,068$.

Gegeven de contante waarde van de in de toekomst te ontvangen waarde van € 120 000 en de daarover in de toekomst te betalen inkomstenbelasting van € 25 000 bedraagt de netto waarde op de peildatum derhalve $€ 81\,068 - € 16\,889 = € 64\,179$. Dat is lager dan de hiervoor berekende nominale waarde van € 95 000, hetgeen ook logisch is, omdat de ondernemer tien

Ook meerwaarde of winst

jaar moet wachten tot hij privé hetzelfde netto bedrag ontvangt als het bedrag dat hij op de peildatum kon ontvangen: zie hier het effect van de tijds waarde van geld. Volledigheidshalve vermelden wij dat wij in dit voorbeeld omwille van de eenvoud hebben gerekend met een risicovrije vermogenskostenvoet van 4%. Voor het principe is dit verder niet relevant, want indien we gerekend zouden hebben met een hogere vermogenskostenvoet, zou het enige gevolg zijn dat de netto waarde nog lager zou zijn. Immers: hoe hoger het risico, hoe lager de waarde die aan toekomstig te ontvangen bedragen wordt toegekend.

In aanvulling op het voorgaande zou ook nog de volgende berekening kunnen worden gemaakt. Stel dat het bedrag aan niet uitgekeerde winsten of de meerwaarde op de peildatum € 100 000 bedraagt en dat dit bedrag ook daadwerkelijk op de bankrekening van de onderneming staat. Om de aanmerkelijk belangheffing over dit bedrag tien jaar uit te kunnen stellen, mag de ondernemer dit bedrag tien jaar lang niet als dividend uitkeren. Laten we hierbij aannemen dat met dit bedrag netto 4% rendement wordt gemaakt. Dat betekent dat dit bedrag in tien jaar aangroeit tot een bedrag van € 100 000 x $(1,04^{10})$ = € 148 024. Als dit bedrag over tien jaar wordt uitgekeerd, dan bedraagt de hierover op dat moment verschuldigde 25% aanmerkelijk belangheffing € 37 006. Netto resteert er derhalve over tien jaar voor de ondernemer een bedrag van € 148 024 - € 37 006 = € 111 018. Contant gemaakt naar de peildatum tegen hetzelfde risicovrije rendement van 4% leidt dit tot een netto waarde per de peildatum van € 111 018/ $1,04^{10}$ = € 75 000. Dit is exact hetzelfde bedrag als € 100 000 minus 25% inkomstenbelasting op de peildatum!

Voor de fijnproevers kunnen we het voorbeeld optisch overigens nog wat ingewikkelder maken. Stel dat de waarde van de onderneming op de peildatum is bepaald op een bedrag van € 120 000 op basis van een in de toekomst jaarlijks verwachte gelijkblijvende vrije geldstroom van € 24 000 en een vermogenskostenvoet van 20%. De waarde is dan volgens de DCF-methode immers gelijk aan € 24 000/20% = € 120 000. Na aftrek van 25% inkomstenbelasting over de waarde minus de verkrijgingsprijs van € 20 000 leidt dit tot een netto waarde in het kader van de verdeling van € 95 000.

Stel vervolgens wederom dat de belastingdruk tien jaar kan worden uitgesteld in de gedachte dat de onderneming over tien jaar waarschijnlijk wordt verkocht. Tot aan de verkoop zal de onderneming de komende tien jaar dus jaarlijks een geldstroom genereren van € 24 000. Omdat dat ook na tien jaar het geval zal zijn, zal de

waarde over tien jaar nog steeds gelijk zijn aan € 120 000, alleen beschikt de onderneming over tien jaar daarnaast tevens over het geld dat in de tussenliggende jaren is verdiend. Hoe bepalen we daarvan nu de waarde op de peildatum?

Eerst berekenen we het bedrag dat over tien jaar beschikbaar is uitgaande van een jaarlijkse geldstroom van € 24 000 en een rendement van 20%. Deze berekening zou wat veel ruimte in beslag nemen, maar leidt tot een uitkomst van € 623 008. Daar tellen we bij op de waarde van de onderneming over tien jaar, oftewel € 120 000. In totaal beschikt de ondernemer over tien jaar derhalve over een bedrag van € 743 008. De contante waarde hiervan per de peildatum bedraagt € 743 008/ $1,20^{10}$ = € 120 000, hetgeen logisch is, want het blijft de waarde van een onderneming met een jaarlijks gelijkblijvend rendement van € 24 000.

Vervolgens zal over het bedrag van € 743 008 minus de verkrijgingsprijs van € 20 000 over tien jaar 25% inkomstenbelasting moeten worden betaald, oftewel een bedrag van € 180 752. De contante waarde hiervan per de peildatum bedraagt € 180 752/ $1,20^{10}$ = € 29 192. Dat is meer dan het eerder berekende nominale belastingbedrag op de peildatum van € 25 000, hetgeen wordt verklaard doordat de verkrijgingsprijs van € 20 000 die is vrijgesteld van inkomstenbelasting fiscaal beschouwd altijd nominaal gelijk blijft. Het voordeel van het niet hoeven betalen van inkomstenbelasting over dit nominale bedrag wordt derhalve met het verstrijken van de jaren steeds minder waard.

Per saldo leidt bovenstaande berekening per de peildatum tot een netto waarde van de aandelen van € 120 000 - € 29 192 = € 90 808.

De conclusie die kan worden getrokken op basis van bovenstaande rekenvoorbeelden is dat als er consequent wordt geredeneerd en gerekend, het uitstellen van aanmerkelijk belangheffing economisch beschouwd niet tot enig voordeel leidt, anders dan wellicht een gevoelsmatig voordeel van het uitstellen van het betalen van belasting. Dit is echter niets anders dan optisch dan wel emotioneel bedrog.

De praktijk

Wat doen adviseurs nu in de praktijk: zij gaan veelal uit van de contante waarde van de belastingdruk van € 25 000 over tien jaar, oftewel in bovenstaand voorbeeld een bedrag van € 16 889 en trekken dit vervolgens af van de waarde dan wel de uitkeerbare winst van de onderneming op de peildatum, oftewel in dit voorbeeld een bedrag van € 120 000 en komen dan op een netto waarde in het kader van de verdeling van

€ 120 000 – € 16 889 = € 103 111. Wij hopen met de bovenstaande toelichting en berekeningen te hebben aangetoond dat dit op een onjuiste en onvolledige gedachtegang berust.

Conclusies

Onze conclusie is dat wanneer de waarde van de aandelen in een BV dan wel de niet uitgekeerde winsten in een verdeling of verrekening dienen te worden betrokken, altijd rekening dient te worden gehouden met de hierover verschuldigde inkomstenbelasting in box 2, ook wel aanmerke-

lijk belangheffing genoemd, van nominaal 25% (tarief 2008/2009).

Het gevolg van deze conclusie is dat de directeur-grotaandeelhouder bij een vermogensverdeling c.q. -verrekening aantoonbaar wordt benadeeld als rekening wordt gehouden met de waarde dan wel niet uitgekeerde winst per de peildatum in combinatie met een lager percentage dan het nominale percentage inkomstenbelasting van 25%. De ex-partner krijgt dan economisch beschouwd namelijk een hogere waarde toebedeeld dan de ondernemer. Helaas gebeurt dit in de praktijk nog regelmatig.

Mr. A. Heida

Rechtspraak

Procesrecht

29

RECHTBANK UTRECHT

23 januari 2009, L/JN BH0707

Vordering tot ontruiming woning na scheiding

(art. 5:2 BW)

M en V zijn in 1984 in Frankrijk gehuwd buiten elke gemeenschap van goederen. Dit huwelijk is op 2 mei 2008 ontbonden door inschrijving van de echtscheidingsbeschikking van 16 januari 2008 van deze rechtbank in de registers van de burgerlijke stand van de gemeente Den Haag. In de echtscheidingsbeschikking heeft de rechtbank bepaald dat V tegenover M recht heeft om gedurende zes maanden in de voormalige echtelijke woning te blijven wonen. Deze termijn is op 2 november 2008 verstreken.

M vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad V zal veroordelen binnen een maand na betekening van dit vonnis de voormalige echtelijke woning te ontruimen.

V voert verweer.

De zoon van partijen heeft, zoals aangekondigd in een brief van 15 december 2008, waarin hij zijn belang heeft uiteengezet, verzocht zich in conventie aan de zijde van V te mogen voegen. M heeft bezwaar tegen de voeging gemaakt. V heeft zich aan het oordeel van de rechtbank gerefereerd.

De zoon, woonachtig bij V, is 23 jaar en het jongste kind van partijen. Hij kan niet zelfstandig wonen vanwege een autistische stoornis en gaat naar de dagbesteding van een instituut.

De voorzieningenrechter heeft ter zitting mondeling de vordering om zich in conventie te mogen voegen toegewezen, nu de zoon, gelet op het feit dat hij samen met V woonachtig is in de voormalige echtelijke woning, voldoende belang heeft bij het tussen M en V aanhangige rechtsgeeding en afweging van de betrokken belangen niet tot een ander oordeel leidt.

M baseert zijn vordering op art. 5:2 BW, de revindicatie.

V beroept zich er in de eerste plaats op dat de voormalige echtelijke woning gemeenschappelijk eigendom van partijen is, nu het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om haar onverkort te houden aan de tussen partijen overeengekomen huwelijkse voorwaarden en dat van de fictieve situatie moet worden uitgegaan dat zij in gemeenschap van goederen gehuwd waren.

Dit verweer faalt. In de beschikking van 16 april 2008 is door deze rechtbank het verzoek van V afgewezen om een verklaring voor recht te geven dat de huwelijkse voorwaarden niet van toepassing zijn. V is hiervan niet in appel gekomen, zodat de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan en tussen partijen bindende kracht heeft. De huwelijkse voorwaarden zijn dus van toepassing en de woning is eigendom van M. Hieruit volgt dat hij in beginsel recht heeft om deze op te eisen en aan V de verdere bewoning te ontzeggen. Als tweede verweer stelt V dat M geen spoedeisend belang heeft bij zijn vordering. Ook dit verweer wordt verworpen nu M naast aanzienlijke huurlasten ook alle lasten van de voormalige echtelijke woning betaalt en deze voor hem niet fiscaal aftrekbaar zijn. Om financiële redenen heeft hij een spoedeisend belang bij het zelf