

442. Wetsvoorstel herziening kinderalimentatie en ondernemers: wie wordt het kind van de rekening?

E.R. LANKESTER RA RV

Met het wetsvoorstel herziening kinderalimentatie wordt door de initiatiefnemers gepoogd om wettelijk in detail te regelen hoe de behoefte aan en draagkracht voor kinderalimentatie kan worden berekend met als belangrijk argument dat de berekening eenvoudiger en begrijpelijker moet worden. Of dit doel met het huidige voorstel wordt gerealiseerd, is echter de vraag. De vFAS heeft zich hierover elders in deze uitgave van *REP* in een reactie op het wetsvoorstel reeds uitgebreid uitgelaten.¹ In deze reactie gaat de vFAS ook kort in op de gevolgen die het nieuwe wetsvoorstel heeft ingeval een van beide partners ondernemer is. Wanneer het wetsvoorstel ongewijzigd zou worden aangenomen, voorzie ik juist daar de grootste complicaties.

Alvorens concreet in te gaan op het wetsvoorstel, is het belangrijk eerst de uitgangspunten nog even helder voor ogen te hebben. In het wetsvoorstel blijven behoefte en draagkracht de kernbegrippen voor de te maken alimentatieberekeningen. Onder de behoefte wordt verstaan de mate van welstand waarin partijen hebben geleefd c.q. hebben kunnen leven in de periode voorafgaande aan het uiteengaan. De basis van de draagkracht is het in redelijkheid te verwerven inkomen vanaf het moment van het vaststellen van de draagkracht. Wat de initiatiefnemers in het wetsvoorstel hebben gepoogd, is concreet invulling geven aan de wijze waarop de behoefte en draagkracht vervolgens kunnen worden berekend. In een poging deze berekening eenvoudiger te maken, wordt in het wetsvoorstel zowel de behoefte van de kinderen als de draagkracht van de ondernemer bepaald op basis van de fiscale winst die een ondernemer in de twee jaar voorafgaande aan het uiteengaan van partijen heeft gerealiseerd. Het lijkt mij evident dat dit niet aansluit op de hiervoor vermelde uitgangspunten met betrekking tot behoefte en draagkracht. Het verlangen naar eenvoud is hiermee zodanig doorgeschoten dat dit tot onaanvaardbare situaties zal gaan leiden. Ik zal dit hierna voor zowel de behoefte als de draagkracht nader toelichten, nadat ik eerst inga op het begrip fiscale winst dat de initiatiefnemers van dit wetsvoorstel als uitgangspunt voor alle berekeningen willen hanteren.

Fiscale winst

In het wetsvoorstel is artikel 400a cruciaal. Hierin hebben de initiatiefnemers gepoogd om het inkomen op basis waarvan de behoefte (artikel 404a) en draagkracht (artikel 404b) worden bepaald zo exact mogelijk te definiëren voor diverse inkomensituaties. Ten aanzien van het inkomen van ondernemers zijn de artikelen 400a lid 3 en lid 4 van belang:

Artikel 400a lid 3 van het wetsvoorstel luidt als volgt:

In afwijking van het eerste lid worden, indien tot de inkomsten bedoeld in het eerste lid, inkomsten, als bedoeld in de artikelen 3.8 en 3.94 van de Wet Inkomstenbelasting 2001, worden gerekend, de totale inkomsten vastgesteld op het gemiddelde daarvan in de twee voorafgaande kalenderjaren.

Ter toelichting: artikel 3.8 ziet toe op de winst uit onderneming en artikel 3.94 op het resultaat uit overige werkzaamheden. Vervolgens is in artikel 400a lid 4 het volgende bepaald:

De inkomsten, bedoeld in de artikelen 3.8 en 3.94 van de Wet inkomstenbelasting 2001, worden verminderd met het gemiddelde van de kosten in de twee kalenderjaren die op grond van de Wet inkomstenbelasting 2001 op de inkomsten drukken, met uitzondering van de voor het pensioen van de ondernemer betaalde bijdrage.

Om twee redenen is het onbegrijpelijk dat de initiatiefnemers voor de bepaling van het inkomen van ondernemers en freelancers aansluiting zoeken bij het gemiddelde van het

¹ Zie *REP* 2015/441.

gerealiseerde fiscale resultaat in de voorgaande twee jaren:

1. Fiscale resultaten dienen uitsluitend ter bepaling van de grondslag voor de Belastingdienst om inkomstenbelasting te kunnen heffen en geven geen inzicht in wat er in economische zin daadwerkelijk is verdiend.
2. Resultaten uit het verleden geven geen garantie voor de toekomst, oftewel: wat er in de afgelopen twee jaar aan resultaat is behaald is niet per definitie gelijk aan wat er op dit moment redelijkerwijs aan resultaat gerealiseerd kan worden.

Een van de redenen dat fiscale resultaten geen goede grondslag vormen voor de bepaling van het te besteden inkomen betreft het feit dat de wetgever de belastingheffing regelmatig gebruikt om ondernemers te subsidiëren. Zo is het fiscaal bijvoorbeeld soms toegestaan versneld af te schrijven. In de aangifte leidt dit in dat jaar dan tot een lage fiscale winst waardoor de ondernemer in dat jaar minder inkomstenbelasting hoeft te betalen. Deze fiscale winst zegt uiteraard niets meer over hetgeen de ondernemer in werkelijkheid heeft verdiend. Een eenvoudig voorbeeld maakt dat duidelijk: Stel dat een ondernemer in het jaar voor echtscheiding een investering doet die valt onder de bepalingen van een milieu-investering. Het kan dan zo zijn dat de ondernemer deze investering in het jaar van aanschaf voor een groot deel direct ten laste van de winst mag afschrijven, met als gevolg in dat jaar een laag (of wellicht zelfs negatief) fiscaal resultaat en dus een lage aanslag of zelfs teruggave van inkomstenbelasting. Het enige doel hiervan is de ondernemer te stimuleren dit soort investeringen te doen. Het spreekt voor zich dat deze (kunstmatig) lage fiscale winst geen juist beeld geeft van wat er in dat jaar bedrijfseconomisch beschouwd is verdiend. Overigens is het gevolg hiervan dat de ondernemer in latere jaren niet meer mag afschrijven en de fiscale winst na de echtscheiding dus weer hoger wordt.

Verder valt op dat de initiatiefnemers in artikel 400a lid 4 de bijdrage die is betaald voor het pensioen van de ondernemer uitzonderen van de winst die als uitgangspunt geldt voor de bepaling van de behoefte en de draagkracht. Dit is bijzonder omdat ondernemers geen werknemers zijn en dus geen pensioenregeling kunnen aangaan. Wellicht is hiermee echter bedoeld hetgeen ondernemers in privé betalen aan bijvoorbeeld lijfrentepremies. Deze komen echter niet ten laste van de fiscale winst, maar zijn in de aangifte inkomstenbelasting een separate aftrekpost zoals die ook bestaat voor niet-ondernemers.

Directeur-groootaandeelhouder

In het wetsvoorstel wordt volledig voorbijgegaan aan de positie van de directeur-groootaandeelhouder (dga), althans deze wordt nergens genoemd. Strikt genomen is deze ondernemer een werknemer in loondienst, maar dan wel bij de onderneming waarvan hij/zij zelf de aandeelhouder is en zelf het eigen salaris kan bepalen. Omdat de dga geen zelfstandig ondernemer is (waarvoor expliciete

bepalingen zijn opgenomen), kan het niet anders dan dat voor de bepaling van de behoefte en de draagkracht van de dga uitgaande basis van het wetsvoorstel aangesloten moet worden op het arbeidsinkomen, oftewel het salaris dat de dga zelf heeft vastgesteld. Oftewel: ondanks dat er sprake is van een onderneming (BV) wordt een dga anders behandeld dan een IB-ondernemer. Bij de IB-ondernemer wordt immers zowel bij de behoefte als de draagkracht aansluiting gezocht bij de gerealiseerde (fiscale winst). Bij de dga wordt de winst van de BV buiten beschouwing gelaten. De consequentie hiervan is dat bij de beoordeling van de behoefte en de draagkracht ten onrechte geen rekening wordt gehouden met hetgeen de dga naast dit salaris op basis van de winstgevendheid heeft uitgekeerd / had kunnen uitkeren. Als dat echt is wat de initiatiefnemers voor ogen hebben, dan zijn zij met het streven naar eenvoud hun doel volledig voorbijgestreefd. Een gevolg hiervan kan dan bijvoorbeeld zijn dat wanneer een ondernemer zo min mogelijk kinderalimentatie wil betalen, hij/zij een BV kan oprichten en zichzelf het fiscale minimale salaris toe kan kennen van € 44.000 bruto per jaar op basis van de zogenaamde gebruikelijk loonregeling. Wanneer deze ondernemer in de eenmanszaak structureel meer winst realiseerde dan € 44.000 leidt dit tot zowel een lagere behoefte als een lagere draagkracht dan wanneer de eenmanszaak zou zijn gecontinueerd.

Het voorgaande kan met een eenvoudig voorbeeld worden verduidelijkt. Hierbij ga ik uit van een IB-ondernemer die € 100.000 winst maakt. Deze vergelijk ik met een dga die in de BV ook € 100.000 winst maakt en zich daaruit een brutosalaris van € 44.000 toekent. Het nettosalaris bedraagt dan € 28.336. Naast dat salaris neemt de dga extra geld op via de rekening-courant. Het nettosalaris en de rekening-courantopnames tezamen zijn daarbij gelijk aan de privé-opnames van de IB-ondernemer. Beiden hebben in privé dus van exact dezelfde inkomsten uit de onderneming geleefd.

Netto-inkomen op basis van 400a	IB-ondernemer	Dga
Winst uit onderneming	100.000	
Brutosalaris		44.000
Inkomstenbelasting/ZVW	-35.584	-15.662
Netto	64.416	28.338

Uitgaande van het wetsvoorstel worden de draagkracht en behoefte bij de IB-ondernemer gerelateerd aan hetgeen netto van de fiscale winst resteert, oftewel € 64.416, ongeacht wat hij hiervan daadwerkelijk heeft opgenomen, hetgeen voor de bepaling van de behoefte naar mijn mening wel relevant kan zijn. Wanneer bij de dga aansluiting wordt gezocht bij hetgeen netto van zijn dga-salaris resteert, wordt in voorgaande situatie uitgegaan van een netto-inkomen van € 28.338. Met hetgeen er aan nettowinst in de BV resteert wordt in deze situatie dan niets gedaan, terwijl de dga hier mogelijk wel over kan beschikken in de vorm van dividend of hierover wellicht heeft beschikt via rekening-courantopnames. Beide ondernemers kunnen op basis van

de winstgevendheid dus exact dezelfde privé-opnames uit hun onderneming doen en dus in exact dezelfde welstand leven, terwijl de behoefte van hun kinderen uitgaande van het wetsvoorstel niet hetzelfde is. Uitgaande van twee kinderen van 10 en 12 jaar en de NIBUD-tabel bedraagt de behoefte van de kinderen van de IB-ondernemer in voorgaand voorbeeld immers € 635 per kind per maand en van de kinderen van de dga € 264 per kind per maand.

Behoeft

Ondernemers met een eenmanszaak/vof/maatschap financieren hun kosten van levensonderhoud door middel van geld dat zij opnemen van de zakelijke bankrekening, oftewel de privé-opnames. Deze worden in de jaarrekening ten laste van de kapitaalrekening verantwoord. Niet de fiscale winst maar de privé-opnames geven derhalve veelal het beste beeld van de welstand waarin partijen met hun kinderen hebben geleefd. Dit is niet alleen logisch, maar ook reeds in de uitspraak van 19 december 2003 door de Hoge Raad expliciet bepaald in een procedure waarbij er discussie was over de behoefte van een echtgenote van een ondernemer. Het relateren van de behoefte aan de fiscale winstgevendheid in de afgelopen twee jaar zal zelden tot een logische behoefte leiden. Stel dat een ondernemer net in die twee jaren verlies heeft geleden, maar wel door heeft kunnen leven zoals partijen daarvoor gewend waren omdat er in de voorafgaande periode vermogen was gevormd. Hebben de kinderen dan geen behoefte? Of stel dat een ondernemer in de afgelopen twee jaar uitzonderlijk goede winsten heeft gemaakt, maar hiervan slechts een deel heeft opgenomen voor de kosten van levensonderhoud en de rest in de onderneming heeft gereserveerd: hebben de kinderen dan een hele hoge behoefte?

Volledigheidshalve voeg ik hieraan toe dat een dga in de praktijk naast het salaris dat hij/zij zichzelf toekent vaak ook via rekening-courant geld opneemt voor privé-uitgaven. Het spreekt voor zich dat deze privé-opnames bijdragen aan een hogere welstand dan die mogelijk is op basis van uitsluitend het salaris.

Draagkracht

Ter bepaling van de draagkracht is het van belang wat een alimentatieplichtige verdient, redelijkerwijs kan verdienen, op het moment van het vaststellen van de alimentatie. Bij ondernemers betreft dit het inkomen dat een ondernemer op basis van de verwachte winstgevendheid/kasstroom redelijkerwijs aan de onderneming kan onttrekken.² Na vele cursussen en artikelen over dit onderwerp zijn we in Nederland eindelijk op een punt aangeland waarbij het voor de meeste adviseurs, advocaten en rechters duidelijk is dat resultaten uit het verleden geen garantie bieden voor de toekomst. Oftewel: de in het verleden gerealiseerde

resultaten/kasstroom behoeven niet per definitie gelijk te zijn aan de resultaten/kasstroom die vanaf heden kunnen worden gerealiseerd. Daar waar rechtbanken lange tijd aansluiting hebben gezocht bij het gemiddelde over de afgelopen drie jaren wordt er gelukkig meer en meer gekeken naar de actuele financiële situatie en de reële toekomstverwachtingen. Derhalve is het onbegrijpelijk en een enorme stap terug in de tijd dat de initiatiefnemers ervoor kiezen om het in de afgelopen twee jaar behaalde resultaat als het huidige inkomen ten behoeve van de draagkracht te beschouwen. Wellicht wordt de berekening op basis van het wetsvoorstel wel eenvoudiger, maar dat mag natuurlijk nooit een argument zijn om iets in te voeren dat principieel onjuist is en geen recht doet aan de economische realiteit.

Conclusie

Mijn conclusie is dat de wijze waarop de initiatiefnemers thans voorstellen om het inkomen van ondernemers te gaan bepalen bij de bepaling van de behoefte en de draagkracht principieel onjuist is en voorbijgaat aan de economische realiteit ten aanzien van waar partijen daadwerkelijk van hebben geleefd en wat een ondernemer in redelijkheid aan inkomen kan verwerven. Dit zowel in geval van ondernemers in de zin van de Wet inkomstenbelasting 2001 als voor de dga. Het gevolg is dat dit tot onaanvaardbare berekeningen zal gaan leiden die niet aansluiten waarvan partijen daadwerkelijk hebben geleefd en waarvan de ondernemer na de scheiding redelijkerwijs kan leven. Ik voorzie dan ook een toenemend aantal conflictsituaties daar waar een van de doelen van het wetsvoorstel juist is het voorkomen van onnodige conflicten door de berekeningen eenvoudiger te maken.

De vraag die resteert is uiteraard hoe het dan wel zou moeten. Het antwoord hierop is eenvoudig: inkomenssituaties van ondernemers, zowel ondernemers in de zin van de Wet op de inkomstenbelasting 2001 als dga's zullen net als nu het geval is altijd casus specifiek moeten worden beoordeeld. Dat is steeds maatwerk en kan niet in een eenvoudig rekenmodel worden gevat. Ten aanzien van de behoefte dient hierbij onder meer te worden beoordeeld waar partijen daadwerkelijk van hebben geleefd (privé-opnames bij de eenmanszaak; salaris, dividend en rekening-courantopnames bij de dga). Ten aanzien van de draagkracht dient steeds casus specifiek te worden beoordeeld welk inkomen de ondernemer vanaf heden naar verwachting redelijkerwijs aan de onderneming kan onttrekken zonder dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Hiervoor is inzicht in de huidige financiële situatie alsmede de verwachte winstgevendheid en kasstromen noodzakelijk. Het is evident dat dit vrijwel altijd tot andere uitkomsten zal leiden dan die worden berekend op basis van de gemiddelde fiscale winst in de afgelopen twee jaren.

Over de auteur

Edwin Lankester RA RV is venoot bij Boringa & Lankester registeraccountants en mediators in Nieuwveen, een financieel advieskantoor met onder meer als specialisatie het adviseren in echtscheidingszaken waarbij ondernemers zijn betrokken.

² Zie onder meer *REP*, april 2010, 'Draagkracht van ondernemers in crisistijd'.