

De ondernemer en het inkomensbegrip in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden

Mr. A.N. Labohm is raadsheer bij Hof Den Haag en lector personen- en familie-recht bij SSR; hij schreef dit artikel op persoonlijke titel

Voor de adviseur in de MKB-praktijk is het van essentieel belang dat hij over voldoende kennis beschikt op het gebied van het huwelijksvermogensrecht. Maar wanneer hij de afgelopen jaren de rechtsontwikkeling op dat gebied niet heeft gevolgd, zal hij verbaasd zijn over wat een echtscheiding van een ondernemer aan financiële gevolgen heeft. In dit artikel bespreek ik de situatie van de ondernemer die is gehuwd op huwelijkse voorwaarden, onder opneming van een verrekenbeding. Daarbij besteed ik aandacht aan de uitleg van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden, het verrekenbeding, het inkomensbegrip en de winsten die naar maatschappelijke normen kunnen worden uitgekeerd.

Een groot aantal ondernemers is gehuwd onder het maken van huwelijkse voorwaarden. De grond hiervoor kan zijn dat de echtgenoot geen aanspraak verkrijgt op de waarde van het ondernemingsvermogen. Ook gaan ondernemers huwelijkse voorwaarden aan in het kader van risicospreiding, en wel in die zin dat bij een faillissement van de ondernemer het vermogen van zijn echtgenoot niet in de faillissementsboedel valt.

De meeste ondernemers zijn in hun huwelijkse voorwaarden overeengekomen dat het jaarlijks onverteerde inkomen tussen hen wordt verrekend. Een dergelijk beding wordt een verrekenbeding genoemd. De praktijk leert echter dat de echtgenoten bij het aangaan van zo'n verrekenbeding niet of onvoldoende hebben nagedacht over de inhoud en de strek-

king ervan. Vragen die in procedures aan de orde komen zijn: wat is inkomen, en behoren ondernemingswinsten tot het te verrekenen inkomen. Om maar eens wat te noemen. De ondernemer die denkt dat hij bij het aangaan van het huwelijk een duidelijk contract met zijn echtgenoot heeft afgesloten, komt bij het einde van zijn huwelijk vaak voor vreemde verrassingen te staan. De rechtspraak op het gebied van huwelijkse voorwaarden is weerbarstig en er is moeilijk een duidelijke lijn in te vinden.

DE OVEREENKOMST VAN HUWELIJKSE VOORWAARDEN

De ondernemer die geen huwelijkse voorwaarden is overeengekomen, is in gemeenschap van goederen gehuwd.

Tijdens het huwelijk kan hij alsnog huwelijkse voorwaarden overeenkomen, maar dan moet hij er wel rekening mee houden dat zijn echtgenoot gelijkgerechtigd is in de bestaande huwelijksgoederengemeenschap van dat moment.

Uit redelijk recente rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de bedoeling van de echtgenoten prevaleert boven de letterlijke tekst van de huwelijkse voorwaarden

Huwelijkse voorwaarden moeten op straffe van nietigheid bij notariële akte worden opgemaakt. De wetgever achtte de tussenkomst van de notaris noodzakelijk in het kader van het geven van goede voorlichting over de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk. Als gevolg van deze notariële tussenkomst wordt in beginsel veel waarde gehecht aan de letterlijke tekst van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Maar uit redelijk recente rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de bedoeling van de echtgenoten toch prevaleert boven de letterlijke tekst.¹ Als de echtgenoten alleen de bedoeling hebben gehad om de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden aan te gaan in het kader van crediteurenbescherming, kan deze bedoeling met zich brengen dat partijen bij het einde van hun huwelijk alsnog met elkaar dienen af te rekenen als waren zij in gemeenschap van goederen gehuwd. Partijen doen er dan ook verstandig aan om in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden aan te geven wat hun bedoeling is. In de premisse van de overeenkomst kan bijvoorbeeld worden opgenomen dat beide echtgenoten het van belang vinden dat de continuïteit van de onderneming bij echtscheiding niet in gevaar komt, en dat er aan het ondernemingsvermogen alleen die bedragen mogen worden onttrokken die te financieren zijn uit de vrije kasstroom van de onderneming.

Op de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden zijn, naast de bijzondere bepalingen van Boek 1 BW, de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht van toepassing. Denk aan art. 3:44 BW (bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden), art. 6:2 BW (redelijkheid en billijkheid), art. 6:248 BW (wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid) en art. 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden). Het verbintenissenrecht is van groot belang voor de uitleg van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.

Voor de ondernemer en zijn echtgenoot is van belang wat onder inkomen wordt verstaan in het kader van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Want daarmee wordt duidelijk welk bedrag in de verrekening dient te worden betrokken. De praktijk leert evenwel dat menig adviseur zich onvoldoende bewust is van de betekenis van het in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden opgenomen inkomensbegrip. Veelal maakt hij bij de uitwerking van het verrekenbeding gebruik van een vermogensvergelijking, maar die

kan afwijken van wat daarover in de huwelijkse voorwaarden is opgenomen. Iedere adviseur dient zich daarom bij de uitwerking van een verrekenbeding de vraag te stellen om welk inkomen het gaat. Daarnaast dient hij bij partijen en de notaris te toetsen of zijn definitie van het inkomensbegrip overeenkomt met de bedoeling van betrokken partijen.

WAT IS INKOMEN?

Het uitgangspunt voor de vaststelling van de omvang van de verrekeningsvordering is in beginsel de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden, tenzij de bedoeling van de echtgenoten afwijkt van hetgeen in die overeenkomst is gesteld. De tussenkomst van de notaris bij het tot stand komen van genoemde overeenkomst veronderstelt dat er duidelijkheid is omtrent het inkomensbegrip. Helaas leert de rechtspraak dat veel echtgenoten, althans hun adviseurs, niet of onvoldoende hebben stilgestaan bij het begrip inkomen, laat staan dat ze zich bewust zijn geweest van het feit dat de keuze van dat begrip van invloed is op de omvang van de verrekeningsvordering.

De overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is een basisdocument dat onder omstandigheden wordt aangevuld of beperkt. De aanvulling of beperking is afhankelijk van alle feiten van het desbetreffende geval. Als een dergelijke overeenkomst niet duidelijk is, is het de taak van de adviseur om hier uitvoerig aandacht aan te besteden. Is in de overeenkomst geen duidelijke omschrijving gegeven van het begrip inkomen, dan moet dit begrip worden uitgelegd aan de hand van het Haveltex-criterium van de Hoge Raad.² Dat wil zeggen dat het bij de uitleg van contractsbepalingen niet aankomt op een zuiver taalkundige uitleg, maar op de bedoeling die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen ze te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Hieraan voegde de Hoge Raad nog toe dat daarbij mede de vraag van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van hen kan worden verwacht.

Is in de huwelijkse voorwaarden geen duidelijke omschrijving gegeven van het begrip inkomen, dan moet dit worden uitgelegd aan de hand van het Haveltex-criterium

Als in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden staat dat arbeidsinkomen in de verrekening dient te worden betrokken, kan de vraag opkomen of hiermee tevens ondernemingswinsten worden bedoeld. Ruim een jaar geleden heeft de Hoge

1 HR 28 november 2003, NJ 2004, 116.

2 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

Raad daarover een arrest gewezen.³ Het volgende was het geval. In de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden waren partijen overeengekomen dat het onverteerde arbeidsinkomen zou worden verrekend. Vervolgens ontstond een geschil over de vraag wat onder arbeidsinkomen moest worden verstaan. De vrouw van de ondernemer stelde zich op het standpunt dat de opgepotte winsten in de BV van haar man – het ging om vele miljoenen! – als overgespaard inkomen dienden te worden aangemerkt. De man meende evenwel dat winst uit onderneming – en dus de winst die viel onder de vennootschapsbelasting – niet in de verrekening diende te worden betrokken. Voor de uitleg van het inkomensbegrip vond de Hoge Raad van belang dat beide partijen al eerder gehuwd waren geweest, dat de man op het moment van aangaan van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden in dienst was bij zijn BV en uit dien hoofde een reëel arbeidsinkomen genoot, en dat de vrouw en de notaris hiervan op de hoogte waren. Op basis van onder meer deze gegevens concludeerde de Hoge Raad dat alleen het arbeidsinkomen in de verrekening diende te worden betrokken en niet de winst uit onderneming zoals vermeld in art. 1:141, lid 4 en lid 5 BW.

Art. 1:141, lid 4 BW

Voor de adviseur is met name de wettekst van art. 1:141, lid 4 BW van belang. Deze luidt als volgt: 'Indien een echtgenoot in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winsten van een niet op zijn eigen naam uitgeoefende onderneming hem rechtstreeks of middellijk ten goede komen, en een verrekenbeding ook ondernemingswinsten omvat, worden de niet uitgekeerde winsten uit zodanige onderneming, voorzover in het maatschappelijk verkeer als redelijk beschouwd, eveneens in aanmerking genomen bij de vaststelling van de verrekenplicht van die echtgenoot, onverminderd het eerste lid.' Voor de eenmanszaak geldt in overeenkomstige zin art. 1:141, lid 5 BW. De vraag die zich dan kan voordoen, is welke winsten naar maatschappelijke normen kunnen worden uitgekeerd.

Winst die naar maatschappelijke normen kan worden uitgekeerd

Art. 1:141, lid 4 BW geeft weinig houvast voor de wijze waarop de uitkeerbare winst moet worden vastgelegd. Uit de memorie van toelichting volgt dat het in beginsel gaat om de winst na belastingheffing. Bij een exploitatie van de onderneming in de vorm van een BV dient men met twee belastingen rekening te houden, te weten de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting, de laatste vanwege het aanmerkelijk belang in box 2. Wel volgt uit de memorie van antwoord dat de winstuitkering niet zodanig mag zijn dat daardoor de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Alle feiten en omstandigheden zijn van belang; denk aan de omstandigheid dat de ondernemer met pensioen gaat of voornemens is zijn onderneming over te dragen. Verder geeft de wet of de wetsgeschiedenis geen aanwijzingen. Het jaarlijks vaststellen van de uitkeerbare winst kan voor een of beide echtgenoten tot een onredelijk resultaat leiden.⁴

Redelijk lijkt mij – dat doet recht aan de beleggingsleer – dat bij het einde van het huwelijk wordt uitgegaan van een fictieve staking van de onderneming, om zo inzicht te krijgen in de stille reserves en de fiscale reserves. In het kader van de beleggingsleer is dan de winst van de onderneming in de huwelijkse periode relevant. Als die is vastgesteld, komt men toe aan de vraag welke winst naar maatschappelijke normen kan worden uitgekeerd. Hierbij kan men denken aan een winstuitkering waarbij of waardoor:

- de continuïteit van de onderneming niet in gevaar komt;
- de onderneming over voldoende weerstandsvermogen blijft beschikken om moeilijke tijden te kunnen overleven;
- de verdere groei van de onderneming niet wordt belemmerd;
- de uitkering niet in strijd is met de statuten van de BV;
- de uitkering niet in strijd is met art. 2:216, lid 2 BW;
- de verhouding eigen en vreemd vermogen in overeenstemming is met wat in de branche gebruikelijk is.

Het is van belang dat de adviseur uitvoerig ingaat op de grondslagen waarop de winst wordt gebaseerd en welk bedrag bedrijfseconomisch kan worden uitgekeerd

Het is van belang dat de adviseur uitvoerig ingaat op de grondslagen waarop de winst wordt gebaseerd en welk bedrag bedrijfseconomisch kan worden uitgekeerd. Hij dient hierbij nauw samen te werken met de advocaat die de procedure voert en hem gedegen voor te lichten, aangezien hem – alsook de rechter – daartoe veelal de kennis ontbreekt. Menig jurist is zich er niet van bewust dat winsten om bedrijfseconomische redenen niet kunnen worden uitgekeerd, terwijl dit in de zin van art. 2:216 BW wel is toegestaan. Het is in mijn visie aan te raden om de rechter een duidelijk inzicht te verschaffen in welke gelden in de toekomst voor een goede bedrijfsvoering niet meer noodzakelijk zijn en dus naar maatschappelijke normen voor uitkering beschikbaar zijn. Een sterkte-zwakteanalyse van de onderneming kan dat inzicht wellicht brengen.

Art. 1:141, lid 3 BW

Niet alleen art. 1:141, lid 4 BW is een valkuil voor menig adviseur, ook art. 1:141, lid 3 BW kan tot onverwachte resultaten leiden. Het luidt als volgt: 'Indien bij het einde van het huwelijk aan een bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen periodieke verrekenplicht als bedoeld in het eerste lid niet is voldaan, wordt het alsdan aanwezige vermogen vermoed te zijn gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden, tenzij uit de eisen

³ HR 6 oktober 2006, LJN: AX8847.

⁴ Zie A.N. Labohm, *Economie en recht*, EB 2006, afl. 5.

van redelijkheid en billijkheid in het licht en de omvang van de verrekenplicht anders voortvloeit.' Kort gezegd komt dit artikel erop neer dat, wanneer de ondernemer niet kan aantonen dat hij het ondernemingsvermogen, respectievelijk de aandelen in een BV, uit zijn privévermogen heeft gefinancierd, een en ander tot het te verrekenen vermogen behoort. Uit de praktijk volgt dat de adviseur van de echtgenoot van de ondernemer zich dan op het standpunt stelt dat de waarde van het ondernemingsvermogen in de verrekening moet worden betrokken, en niet de winst. In mijn visie zijn er argumenten aan te voeren die ervoor pleiten dat bij ondernemingsvermogen, respectievelijk aandelen in een BV, alleen de uitkeerbare winsten in de verrekening dienen te worden betrokken.

Art. 1: 141, lid 3 BW versus art. 1: 141, lid 4 BW

Als de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk van een ondernemer mede worden bepaald door huwelijkse voorwaarden, is het vanuit zijn positie bezien veelal niet de bedoeling dat de waarde van de door hem gedreven onderneming in de verrekening wordt betrokken. De onderneming is zijn leven en zijn toekomst. Is hij gehuwd vóór de invoering van de verrekeningsregels, dan zal hij zich zeker niet bewust zijn geweest van het bewijsvermoeden van art. 1:141, lid 3 BW. Dit bewijsvermoeden geldt naar mijn mening niet voor ondernemingsvermogen, ongeacht in welke rechtsvorm de onderneming wordt geëxploiteerd; art. 141, lid 4 en 5 moeten namelijk worden gezien als een verbijzondering ten opzichte van art. 1:141, lid 3 BW. De memorie van toelichting vermeldt: 'Het vierde lid (1:141, lid 4 BW) verschaft een voorziening in geval een echtgenoot in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winst van een niet op zijn naam gevoerde onderneming hem rechtstreeks of onmiddellijk ten goede komt. Het gaat dan om een onderneming die in de vorm van een rechtspersoon of een vennootschap onder firma wordt gedreven. In dat geval dient voor de uitvoering van een beding, dat winsten uit een dergelijke onderneming in de verrekening betreft, een in het maatschappelijk verkeer als redelijk beschouwde winst te worden bepaald. Voorzover deze winst niet is uitgekeerd, dient deze alsnog in de verrekening te worden betrokken.'⁵ In het vijfde lid is dit vierde lid van overeenkomstige toepassing verklaard voor het geval het gaat om een eenmanszaak. Uit de memorie van toelichting volgt tevens dat de leden 4 en 5 zijn gebaseerd op art. 1:126 BW. Dit artikel bepaalt dat het ondernemingsvermogen tot het privévermogen van de echtgenoot-ondernemer behoort. Het tweede lid van dit artikel zegt: 'Ten bate of ten laste van de gemeenschap komen vergoedingen ten bedrage van de winsten en verliezen van het bedrijf of beroep, vast te stellen naar de normen die in het maatschappelijk verkeer als redelijk worden beschouwd.'

De strekking van art. 1:126 BW is dat de continuïteit van de onderneming zo min mogelijk mag worden bedreigd. Uit de memorie van toelichting volgt dat:

- de waardestijging van het ondernemingsvermogen niet in de verrekening moet worden betrokken;

- de winst die naar maatschappelijke normen kan worden uitgekeerd, wel in de verrekening dient te worden betrokken.

In art. 1:136, lid 1 BW is bepaald dat een goed, wanneer het onder aanwending van te verrekenen vermogen is verkregen, tot het te verrekenen vermogen wordt gerekend voor een evenredig deel van het aangewende vermogen in de totale tegenprestatie. In de memorie van toelichting wordt op pagina 14 een voorbeeld gegeven hoe de waarde van een antieke klok moet worden verrekend als deze klok met privévermogen en overgespaard inkomen is aangekocht. Voor de investering in de klok is de waardestijging of waardedaling relevant.

Een onderneming is echter geen goed, maar een combinatie van kapitaal en arbeid. Ondernemingsvermogen beschouw ik als een algemeenheid van goederen die volgens verkeersopvattingen bij elkaar horen. In het kader van de vaststelling van de verrekeningsvordering is het onmogelijk om voor een deel van het ondernemingsvermogen uit te gaan van de waardering van de onderneming en voor een ander deel van de uitkeerbare winst. De aard van het vermogen zoals bedoeld in art. 1:141, lid 3 BW, zijnde ondernemingsvermogen, en de belangen van derden, onder wie crediteuren en werknemers, brengen naar mijn mening met zich mee dat slechts de winst uit onderneming in de verrekening kan worden betrokken.

CONCLUSIE

De overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is voor de ondernemer en zijn echtgenoot van groot belang. Uit de rechtspraak volgt dat hierbij de bedoeling van partijen prevaleert boven de letterlijke tekst van de akte. De ondernemer die tijdens zijn huwelijk geen uitvoering heeft gegeven aan het verrekenbeding, kan bij het einde van zijn huwelijk worden geconfronteerd met grote financiële gevolgen. Voor het vaststellen van de omvang van de verrekeningsvordering is het inkomensbegrip dat partijen met elkaar zijn overeengekomen, van groot belang. In mijn visie zijn er argumenten aan te voeren dat de waarde van het ondernemingsvermogen niet in de verrekening dient te worden betrokken, maar uitsluitend de winst die naar maatschappelijke normen kan worden uitgekeerd. Ik wijs erop dat de rechtspraak op dit moment hierover nog geen duidelijkheid geeft.

In de adviespraktijk heeft het familierecht helaas nog weinig status, naar mijn mening volstrekt ten onrechte. Het familievermogensrecht is heden ten dage een ingewikkeld rechtsgebied geworden. Voor een goede advisering van de ondernemer is het van essentieel belang dat de adviseur over voldoende kennis beschikt op het gebied van het familierecht. Want als deze kennis ontbreekt, kunnen er bij het einde van het huwelijk ernstige problemen ontstaan voor de ondernemer en zijn echtgenoot.

5 MvT, Kamerstukken 2000-2001, nr. 27554, pag. 17.