

Rubriek onder verantwoordelijkheid van de Stichting
www.notarielestichting.nl

Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



Enkele huwelijksvermogensrechtelijke overpeinzingen bij symbolische stortingen op aandelen uit te verrekenen inkomsten

1. Inleiding

Het is bij iedereen in het notariaat bekend, dat – zeker in het verleden – het periodiek verrekenbeding vaak in huwelijksvoorwaarden/partnerschapsvoorwaarden wordt opgenomen, maar dat de verrekening in de praktijk niet wordt uitgevoerd. Dit heeft tot zoveel procedures geleid dat de wetgever het nodig achtte in te grijpen. Zo is op 1 september 2002 titel 1.8 BW ingevoerd met daarin vooral bepalingen van regeland recht voor huwelijksvoorwaarden met verrekenbedingen. Dit wil natuurlijk niet zeggen dat tegenwoordig geen procedures meer worden gevoerd over huwelijksvoorwaarden/partnerschapsvoorwaarden en daarin opgenomen (periodieke) verrekenbedingen. De stroom aan procedures houdt onverminderd aan. Een recent voorbeeld van een dergelijke procedure is rechtbank Den Haag 15 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12427. In dit artikel besteed ik aandacht aan enkele aspecten die mij opvielen bij het lezen van de beschikking van de rechtbank.

2. De casus van rechtbank Den Haag 15 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12427

Man en vrouw zijn na het maken van huwelijksvoorwaarden gehuwd in 2003. In hun huwelijksvoorwaarden is een periodiek verrekenbeding opgenomen. In artikel 4 van de huwelijksvoorwaarden is opgenomen:

- “3. Onder netto-inkomen wordt verstaan:
- A. winst uit onderneming in de zin van de Wet inkomstenbelasting 2001, hierna te noemen: de Wet, (...)
 - B. loon in de zin van de Wet, (...)

Ingeval een echtgenoot inkomen heeft in de vorm van winst uit onderneming of resultaat uit een werkzaamheid, dienen de echtgenoten, naar normen die in het maatschappelijk verkeer als redelijk worden beschouwd, vast te stellen welk gedeelte van de winst of het resultaat voor

onttrekking aan de onderneming of hetgeen als onderneming wordt aangemerkt in aanmerking komt en aldus inkomen is als hiervoor bedoeld. Voor zover een echtgenoot in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winst van een niet op zijn naam uitgeoefende onderneming hem rechtstreeks of middellijk ten goede komt, wordt die onderneming voor de toepassing van de vorige zin aangemerkt als een door die echtgenoot uitgeoefende onderneming. In dat geval wordt onder winst uit onderneming verstaan het daadwerkelijk genoten bedrag, doch minimaal het verplichte bedrag als bedoeld in artikel 12 a van de wet op de loonbelasting negentienhonderd vierenzestig met eventuele vermindering op basis van tegenbewijs.

Indien op grond van het bovenstaande geen netto-inkomen wordt genoten, terwijl een van de echtelieden wel dividenduitkeringen belast in Box II van de Wet Inkomstenbelasting 2001 ontvangt, worden deze netto uitkeringen geacht inkomen te zijn als bedoeld in lid 1. van het onderhavige artikel (...)

5. Tot het inkomen behoort niet: (...)
- c. winst die is behaald met het geheel of gedeeltelijk staken van een onderneming;
- d. hetgeen wordt ontvangen op vervreemding van tot een aanmerkelijk belang behorende aandelen of andere beleggingen, tenzij in de uitoefening van een beroep of bedrijf.”

In artikel 6 van de huwelijksvoorwaarden is opgenomen:

- “1. De echtgenoten verplichten zich over elk kalenderjaar hun netto-inkomen in de zin van artikel 4, onder aftrek van hetgeen daarvan is besteed voor de huishouding, samen te voegen ter verdeling bij helfte. (...).”

Toen de man en de vrouw trouwden, dreef geen van beiden een onderneming. Dit was anders ten tijde van de indiening van het verzoekschrift tot echtscheiding. Toen waren beide echtgenoten ieder directeur enig aandeelhouder van een eigen vennootschap. Beide vennootschappen hadden

kennelijk het economisch tij mee. De inkomens die in de vennootschappen werden verdiend waren nagenoeg gelijk. Het echtpaar leefde royaal, zo bedroegen alleen al de financieringslasten van de echtelijke woning ongeveer € 100.000 per jaar. Bij de behandeling van het echtscheidingsverzoek is de rechtbank ook verzocht te beslissen over de afwikkeling van de huwelijkse voorwaarden. Een belangrijk punt hierbij was de – kennelijk niet weersproken – stelling van de vrouw dat het enige in de bv van de man uitgegeven aandeel van nominaal € 1 was volgestort uit voor verrekening in aanmerking komend maar niet verrekend inkomen en wat de gevolgen daarvoor waren bij de toepassing van art. 1:141 lid 3 BW. Deze uitspraak leidt mij tot de volgende overpeinzingen.

3. De eerste overpeinzing: de omschrijving van het inkomen in de huwelijkse voorwaarden

In de huwelijkse voorwaarden is bij de omschrijving van wat heeft te gelden als ‘inkomen’ aansluiting gezocht bij de Wet inkomstenbelasting 2001. Het aansluiten bij het inkomensbegrip uit de inkomstenbelasting kan tot grote onduidelijkheden leiden. Hiervoor zijn meerdere redenen aan te wijzen.

Zo is de kans groot dat de Belastingwet gedurende het huwelijk wordt aangepast. De inkomstenbelasting is immers primair bedoeld om de schatkist te vullen maar wordt ook gebruikt voor het voeren van inkomenspolitiek. De memorie van toelichting bij de Wet inkomstenbelasting 2001 laat daarover geen misverstand bestaan.¹ Aanknoppen bij het inkomensbegrip uit de inkomstenbelasting biedt om die reden geen stevig fundament voor huwelijkse voorwaarden. De notaris die de huwelijkse voorwaarden voor het echtpaar uit onze casus heeft gemaakt, had een en ander kunnen weten als hij het artikel van Gräler uit 2001 in deze rubriek goed had gelezen.² Maar zelfs als echtgenoten aansluiting zoeken bij de inkomstenbelasting bij de omschrijving van het begrip inkomen, dan wil dat niet zeggen dat dezelfde bepaling in alle gevallen dezelfde betekenis heeft. Elke overeenkomst moet immers worden uitgelegd, dat geldt ook voor huwelijkse voorwaarden. Bij huwelijkse voorwaarden moet uitleg plaatsvinden aan de hand van het Haviltex-criterium.³ Dit heeft tot gevolg dat dezelfde woorden tussen de echtgenoten A en B niet dezelfde betekenis hoeven te hebben tussen de echtgenoten C en D. Bij het Haviltex-criterium moet bij de uitleg van een bepaling in een overeenkomst immers niet alleen gekeken worden naar de letterlijke bewoording en de taalkundige betekenis van de tekst, maar ook naar de bedoeling van partijen met die bepaling en naar de vraag wat ze over en weer te dien

aanzien elkaar mochten verwachten. Dit kan bij gelijkkluidende huwelijkse voorwaarden tot verschillende uitleg leiden. Dit wordt wel eens over het hoofd gezien.

De problematiek van het zo eenduidig mogelijk formuleren van het inkomensbegrip kent geen eenvoudige oplossing. Alleen dit al maakt dat het periodiek verrekenbeding niet als ‘one-size-fits-all’ moet worden gebruikt. Maatwerk is nodig.

4. De tweede overpeinzing: de ‘tenzij-clausule’ van art. 1:141 lid 3 BW

De tweede overpeinzing betreft het volgende. Als echtgenoten gedurende het huwelijk niet zijn overgegaan tot verrekening van het overgespaarde inkomen volgens hun huwelijkse voorwaarden, eindigt de verrekenverplichting niet. De verrekening strekt zich dan uit over het saldo dat niet is verrekend, alsmede over de vruchten daarvan (art. 1:141 lid 1 BW). Vaak wordt gezegd dat het periodiek verrekenbeding als het ware wordt ‘omgezet’ in een finaal verrekenbeding.⁴ Toepassing van art. 1:141 lid 1 BW betekent dat de waarde van de aanwezige goederen verrekend moet worden als deze zijn verkregen uit de belegging en herbelegging van voor verrekening in aanmerking te nemen inkomsten en de vruchten daarvan. Als kers op de taart voegt art. 1:141 lid 3 BW daar nog een bewijsvermoeden aan toe. Als bij het einde van het huwelijk het periodiek verrekenbeding niet is uitgevoerd, wordt het alsdan aanwezige vermogen van de echtgenoten vermoed te zijn gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden, tenzij uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid in het licht van de aard en omvang van de verrekenplicht anders voortvloeit.

1. *Kamerstukken II* 1998–1999, 26 727, 3, p. 4.
2. J.G. Gräler, Het inkomensbegrip in huwelijkse voorwaarden, *WPNR* 2001/6438. Zie voor vindplaatsen van andere schrijvers met bezwaren tegen het aanknoppen bij de inkomstenbelasting Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/481.
3. HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3697, *NJ* 2004/116.
4. Zoals B.E. Reinhartz in: Van den Berge e.a., Straaten in het notariële rechtsverkeer (AN nr. 174) 2021/16.2. Overigens zet ook Reinhartz het woord ‘omgezet’ tussen aanhalingstekens.

Daar knelt het in de casus. Beide echtgenoten hebben een eigen bv opgericht tijdens het huwelijk. De man heeft zijn aandelen volgestort uit voor verrekening in aanmerking te nemen inkomen terwijl de vrouw haar aandelen kennelijk uit ander (eigen) vermogen heeft volgestort. Daarmee zou de waarde van de aandelen in de bv van de man tussen de echtgenoten moeten worden verrekend. De rechter wijst echter verrekening van de waarde van de aandelen in het kapitaal van de bv van de man af. Waarom?

De reden dat de aandelen niet in de verrekening worden betrokken is volgens de rechtbank dat dit in strijd zou zijn met de ‘tenzij-clausule’ uit art. 1:141 lid 3 BW. De rechtbank balanceert met dat oordeel op een dun koordje. De rechtbank verwijst naar de jurisprudentie van de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft immers uitgemaakt dat de redelijkheid en billijkheid bij de toepassing van art. 1:141 lid 3 BW niet is bedoeld als een algemene billijkheidstoets op het resultaat van de toepassing van het bewijsvermoeden. Het bewijsvermoeden heeft slechts betrekking op de vraag of het aanwezige vermogen al dan niet gefinancierd is uit hetgeen had moeten worden verrekend. Dit geldt volgens de Hoge Raad dan ook voor de uitzondering. Deze ziet daarom slechts op de gevallen waarbij men met het oog op de eisen van redelijkheid en billijkheid niet mag aannemen dat het aanwezige vermogens is gefinancierd uit hetgeen verrekend had moeten worden.⁵ En dat is hier het geval, zo oordeelt de rechtbank.

De omstandigheden van het geval spelen hierbij dus een doorslaggevende rol. Het geplaatst kapitaal van de bv van de man bedroeg € 1. Dat deze ene euro afkomstig was uit te verrekenen inkomen, staat niet ter discussie. Verder werd deze vennootschap gefinancierd door een storting van € 10.000 door de man. Op het bankafschrift staat ter zake vermeld ‘kapitaalstorting’. De vrouw stelt daarom dat ook dit bedrag is onttrokken aan te verrekenen inkomen. Maar de man stelt dat sprake was van financiering, hij zou voor dit bedrag zijn gecrediteerd in rekening-courant. Bewijs hiervoor wordt kennelijk niet geleverd want de rechtbank acht de lezing van de man aannemelijker. De rechtbank overweegt:

“Weliswaar is de omschrijving op het bankafschrift van de storting van € 10.000, -- (productie 16 van de man) “kapitaalstorting”, zoals ook de vrouw aangeeft, maar dit klopt niet met de notariële akte van zo’n 18 dagen daarvoor.”

De rechtbank komt op basis van deze feiten tot de conclusie dat de beide stortingen van € 1 (geplaatst kapitaal in de bv van de man) en € 100 (geplaatst kapitaal in de bv van de vrouw)

slechts symbolische stortingen vormen en daarmee niet kan worden aangenomen dat de bv’s zijn gefinancierd uit hetgeen had moeten worden verrekend. De waarde van de aandelen wordt daarmee niet in de verrekening betrokken. De vraag die opkomt is wat zich precies heeft afgespeeld bij de oprichting van de bv door de man. Is bewust gekozen voor een geplaatst kapitaal van € 1 of werd dit het meest praktische gevonden? En: hoe is het bedrag van € 10.000 in de boeken verwerkt? Dat zal toch uit de jaarrekening moeten blijken en lijkt mij belangrijker dan de vraag welk verhaal aannemelijker is, dat van de man of dat van de vrouw. Er was nota bene een accountant aanwezig tijdens de zitting bij de rechtbank. Misschien was de storting van € 10.000 bedoeld als agio (eigen vermogen dus) maar is dat abusievelijk geboekt in rekening-courant. Ook kan een kapitaalstorting later dan de akte van oprichting plaatsvinden. Kortom, ik vind dit niet het sterkste onderdeel van de beschikking van de rechtbank.

Een andere vraag die opkomt is: tot welk bedrag is sprake van symbolische kapitaalstortingen? Volgens de rechtbank Den Haag in ieder geval bij € 100 (gestort op de aandelen van de door de vrouw opgerichte bv). Maar moeten wij uit de beschikking afleiden dat als het in de door de man opgerichte bv daadwerkelijk een kapitaalstorting van € 10.001 zou zijn geweest, het dan niet meer symbolisch was en de aandelen wel voor verrekening in aanmerking zouden zijn gekomen? Wellicht moet de omvang van de kapitaalstorting worden afgezet tegen de waarde van de aandelen ten tijde van de echtscheiding? Des te groter het verschil, des te eerder moet de ‘tenzij’ uit de wet toepassing vinden? Wie zal het zeggen. Ik vrees dat deze uitspraak ertoe zal leiden dat als het enigszins kan het geplaatste kapitaal wordt beperkt tot € 1, niet vanwege de financieringsbehoefte van de bv maar vanwege beperking van het risico van verrekening bij echtscheiding.

Deze uitspraak zou ook wel eens uitstraling kunnen hebben op de toepassing van art. 1:87 BW. Als slechts een symbolisch bedrag van de andere echtgenoot is aangewend voor de volstorting van aandelen, dan zal de stelling snel zijn dat daardoor geen vergoedingsverplichting is ontstaan.

5. HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9605, NJ 2012/365.

5. De derde overpeinzing: kansen en aandachtspunten voor de notaris

Bij het sluiten van het huwelijk waren noch de man noch de vrouw ondernemer. Zij zijn dat pas gedurende het huwelijk geworden. Ik neem aan dat dit wel al aannemelijk werd geacht toen het huwelijk aanstaande was en de huwelijkse voorwaarden werden opgesteld. Ware het niet beter geweest de huwelijkse voorwaarden nog een keertje onder de loep te nemen bij de oprichting van de vennootschap(pen)? Anders gezegd: hoort een notaris niet de bestaande huwelijkse voorwaarden in te zien ter gelegenheid van het opmaken van de oprichtingsakten van bv's?

Wellicht had de notaris dan kunnen waarschuwen voor de wijze van volstorting van de aandelen of hadden de echtgenoten in het kader van het aanstaande ondernemerschap kunnen afrekenen ter zake van het periodiek verrekenbeding over de al verstreken huwelijkjaren.

Zou de notaris bij de oprichting van de bv's zich op enigerlei wijze bewust zijn geweest van het belang van de wijze waarop de vennootschap zou

worden gefinancierd? Ik vrees van niet.

Gemiste kansen, zowel voor de echtgenoten als voor de notaris. De notaris had volgens mij zoveel meer kunnen betekenen voor zijn cliënten. Als de notaris de kansen zou hebben aangegrepen, is de toegevoegde waarde uitleggen niet eens nodig. Maar ik vrees dat de volgende cliënt alweer in de wachtkamer zat toen de huwelijkse voorwaarden werden gepasseerd en de bv's werden opgericht. Of misschien waren de notarissen 'specialist' en begrepen zij de huwelijksvermogensrechtelijke c.q. vennootschapsrechtelijke belangen niet.

Maar misschien ben ik te somber en heeft de notaris wel aandacht besteed aan de wijze van financiering van de bv's en hadden de echtgenoten voor deze aandacht van de notaris geen belangstelling. In dat geval zal de notaris zijn cliënten schriftelijk hebben gewaarschuwd voor de mogelijke gevolgen van de wijze van volstorten van de aandelen, zo neem ik aan?

Mr. T.F.H. Reijnen*

* VU Amsterdam en FBN Juristen.
(t.f.h.reijnen@vu.nl)