

"De adviseur in de echtscheiding"

Donderdag 10 juni 2021

Wie zijn we?

- Gespecialiseerd in personen- en familierecht
- Nieuwe werkwijze / transparante tarieven
- Onderdeel van bg.legal
- Maken gebruik van de expertises van bg.legal

Liedeke Floris



Advocaat sinds 1992
Specialist vFAS-advocaat
MFN mediator
VVCP, overlegscheiding specialist

Mathilde Becking



Advocaat sinds 1987
Specialist vFas-advocaat
MFN mediator

Onderwerpen

- De ondernemer en echtscheiding en de rol van de accountant en/of de financieel adviseur
- Rol van de accountant/financieel adviseur bij verrekenbedingen tijdens huwelijk
- Coronacrisis en alimentatie
- Gevolgen faillissement voor echtgenoten

De ondernemer en echtscheiding en de rol van de accountant en/of financieel adviseur

Welke keuzes zijn er in het proces van echtscheiding?

- Eenzijdig verzoekschrift
- Mediation
- overlegscheiding

Eenzijdig verzoekschrift

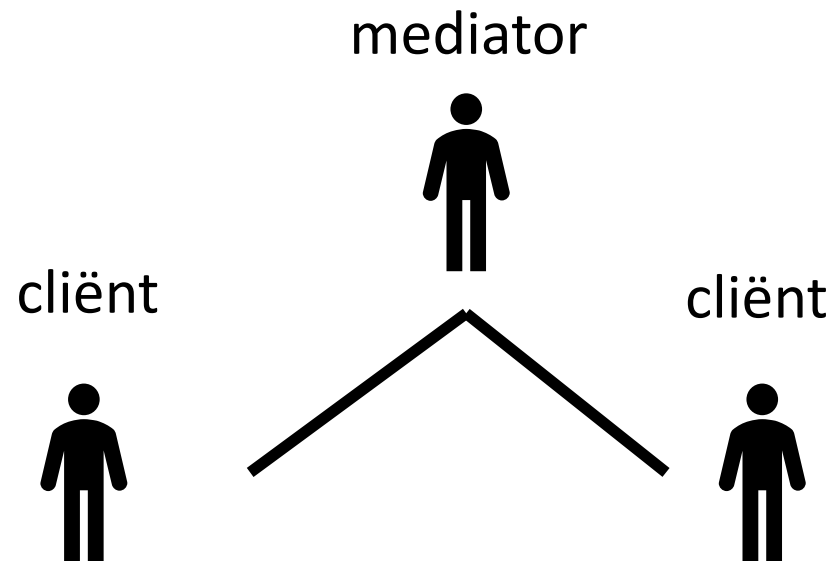
Clïënt / advocaat



wederpartij / advocaat



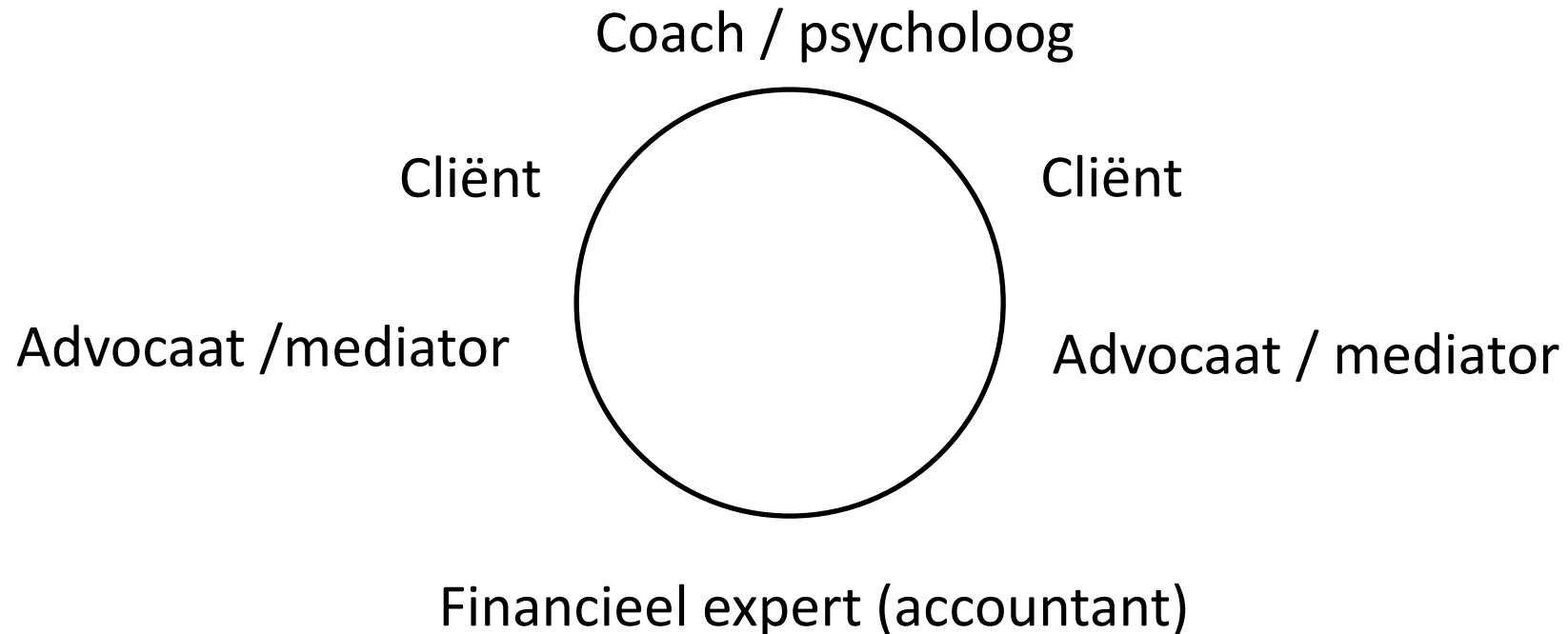
Mediation



Mediation

- Onafhankelijk
- Vertrouwelijkheid
- Geheimhouding
- Respect voor elkaars belangen
- Inspanning partijen
- Eventueel met behulp van derden [accountant/financieel adviseur]
- Vaststellingsovereenkomst, art 7:900 BW

Overlegscheiding



Overlegscheiding/Collaborative Divorce

- Scheiden in onderling overleg, dus zonder rechtspraak
- Rust/openheid, met respect voor elkaar
- Duurzame oplossingen, waar beiden achter staan
- Eerlijke en volledige uitwisseling van informatie van beide partners
- Ruimte voor elkaars wensen
- Beide partners een eigen advocaat [met mediationskills]
- De onafhankelijke coach/psycholoog leidt het proces
- De onafhankelijke financieel expert regelt de zakelijke kant
- Evt andere deskundigen, zoals een kindercoach

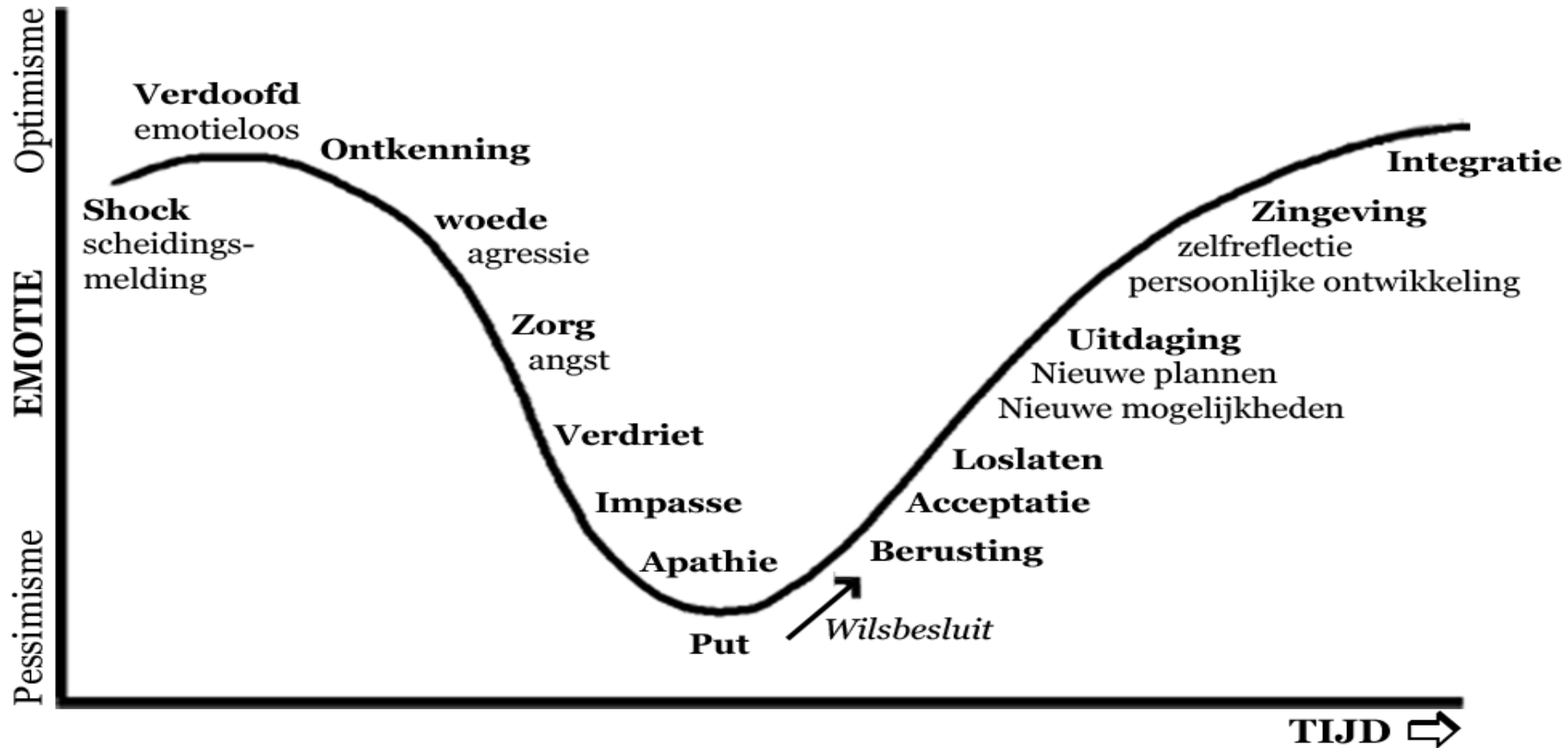
Alle expertises bijeengebracht om de echtscheiding respectvol, efficiënt en duurzaam af te sluiten. Ideaal voor mensen die uit elkaar willen waarbij tussen hen grote verschillen bestaan in balans, kennis en/of verwerking.

Voor iedereen in een echtscheiding geldt:

- Emotie [rouwcurve]
- Kinderen /ouderschapsplan
- Financiën
- Partneralimentatie / kinderalimentatie
- Regeling woning
- Verdeling gemeenschap van goederen of afwikkeling huwelijkse voorwaarden
- Verevening pensioenrechten conform Wet verevening pensioenrechten of regeling pensioenrechten

Emotie [rouwcurve]

De Kübler-Ross rouwverwerkingscurve



Rol van de accountant / financieel adviseur bij verrekenbedingen tijdens huwelijk

Huwelijksvoorwaarden en verrekenbeding

- Hoe moet er verrekend worden?
- Wat zijn de gevolgen van niet verrekenen?

Uitleg verrekenbeding

- Vastgelegd in de wet artikel 1:141 BW
- Hoe werkt het in de praktijk?
- Wat is dan de rol van de financieel adviseur / accountant?

Casus

Naar aanleiding van de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch
ECLI:NL:GHSHE:2020:1737.

Man en vrouw hebben op advies van de accountant jaarlijks
verrekenverklaringen opgesteld en ondertekend.

Hof: nu er geen daadwerkelijke cijferexercitie is vooraf gegaan kunnen
de verrekenverklaringen niet als verrekening gezien worden en moet er
alsnog verrekend worden. Verrekening over de hele huwelijkse periode.

Tip

Er moeten dus daadwerkelijk rekenformules gemaakt worden. Partijen en hun advocaten in geval van een beëindiging van de relatie zijn van de financieel adviseurs / accountants afhankelijk.

Coronacrisis en alimentatie

Coronacrisis en alimentatie

- Er zullen veel wijzigingsverzoeken kunnen of moeten worden ingediend omdat inkomens zijn teruggevallen.
- Rechtbank is onderbezet en werkt via Skype zittingen/grote achterstanden weg. Procedure duurt lang.
- Overleg met de [ex]partner, niet zomaar stoppen met betalen.
- In overleg een maatwerkoplossing, bv tijdelijk verlagen van de alimentatie, stoppen en of afspreken dat achteraf een wijziging kan plaatsvinden
- Door de coronacrisis zal niet meer kunnen worden uitgegaan van de winst over de laatste 3 of 5 jaren bij het bepalen van de behoefte en de draagkracht.
- Er zal gezocht moeten worden naar een bestendige lijn van de behoefte.

Behoeftte / draagkracht

cijfers verleden

/ cijfers toekomst?

- Zoeken naar bestendige lijn bij behoefte
- Gelijk ligt vaak “in het midden”
- Coronajaar niet representatief voor behoefte
- Rekening-courantverhouding kan behoefte-verhogend werken
- Behoeftigheid van belang

Men is behoeftig indien men niet zelf in het eigen levensonderhoud kan voorzien, dat wil zeggen indien men zelf daartoe de nodige middelen mist en die zich ook niet in redelijkheid kan verwerven [verdien capaciteit]

Draagkracht ondernemer

- Het inkomen van de ondernemer, vaak dus
 - schatting van winst uit onderneming
 - en/of schatting van te ontvangen dividend
 - prognoses
- Jaarstukken + aangifte en aanslagen IB laatst 3 of 5 jaar[?]
- Prognoses komende 2 jaar
- Lasten, welke reëel en welke niet
- Vrije kasstroom [IB ondernemer]
- Inzicht in corona steun maatregelen

Eenmanszaak, vof, maatschap

- Geen salaris
- Winst = eindvermogen -/- begin vermogen + privé-onttrekkingen

Besloten vennootschap

- Wel salaris
- Winst = eindvermogen -/- begin vermogen + dividenduitkering
- Heeft ondernemer in de bv > 50% van de aandelen?

Van fiscale naar alimentatiejaarrekening

Te stellen vragen bv:

- Bruto omzet gedurende afgelopen 3 jaar
- Inkoopwaarde dienovereenkomstig gestegen?
- Bruto marge
- Vrije kasstroom
- Afschrijvingen
- Kosten nader bekijken
- Accountants/advocaatkosten
- Rekening-courantschuld: rente/aflossing
- Extra afschrijvingen?
- Huisvestingskosten: betalen aan dga?

Rapport Expertgroep Alimentatie versie januari 2021 >Directeur grootaandeelhouder

Indien een ondernemer zijn onderneming drijft door middel van een aparte rechtspersoon (en aanmerkelijk belanghouder van een BV of NV is), is in de regel sprake van een salaris en mogelijk reguliere - in de zin van met enige regelmaat terugkerende - dividenduitkeringen. In de alimentatieberekening is in dat geval niet de post bedrijfsresultaat van belang, maar post 41 (loon) of 60 (in geval van jaaropgaaf) en post 96 (reguliere voordelen). Ook hier dient te worden beoordeeld wat de ondernemer vanaf het moment van vaststelling van de onderhoudsverplichting in de toekomst mag worden geacht te kunnen onttrekken aan de vennootschap, in de vorm van salaris of dividend.

Draagkracht

- Op basis van prognoses vaststellen o.a. wat de vrije kasstroom is van de onderneming. “Gelden die niet noodzakelijk zijn voor de bedrijfsvoering”. Liquiditeiten die er niet zijn kunnen geen basis vormen voor een alimentatieberekening.
- Wat zijn de gevolgen van de diverse subsidies? Complex om winst en verlies vast te stellen.
- Fiscaal tikkende tijdbom van uitgestelde belasting.

Uiteindelijke vraag

- JP en literatuur: inzicht verkrijgen wat de ondernemer redelijkerwijs had kunnen verwerven van belang [liquiditeit / solvabiliteit / noodzakelijke investeringen]
- Welke gelden kan de ondernemer onttrekken zonder dat de continuïteit in gevaar komt?
- De DGA kan beroep doen op art 2:216 BW uitkeringstest [er kunnen geen gelden worden onttrokken zonder dat continuïteit in gevaar komt]
- Aansprakelijkheid t.o.v. derden

Taak advocaat

Rechter deugdelijk informeren in de vraagstukken van de
behoefte, behoefte en de draagkracht.

Uitleggen waarom standpunt a, b of c de juiste is.

Rol accountant adviseur is toegenomen door de coronacrisis

- Prognoses vaststellen komende jaren
- Fiscale verplichtingen inzichtelijk maken

Eventueel andere vragen

- Wat zijn de vooruitzichten?
- Blijft de onderneming overeind?
- Maakt de ondernemer gebruik van alle steunmaatregelen en de [uitstel van] betalingsmogelijkheden bij de fiscus?
- Wat is een redelijke hersteltermijn voor de onderneming qua cashflow en het terugkrijgen van voldoende buffervermogen?
- Wat is het effect van de coronacrisis op de waarde van het bedrijf?
- Wat kan de onderneming qua cashflow onttrekken aan de onderneming?

Allemaal complexe vraagstukken die nu als gevolg van corona spelen.

De financieel adviseur en accountant kunnen hier inzicht geven en de advocaat/mediator daarbij ondersteunen.

jurisprudentie

- Rechtbank Amsterdam 06-05-2021 (pub. 28-05-2021), ECLI:NL:RBAMS:2021:2179
- Rechtbank Limburg 21-04-2021 (pub. 28-04-2021), ECLI:NL:RBLIM:2021:3651
- Gerechtshof Amsterdam 13-04-2021 (pub. 03-05-2021), ECLI:NL:GHAMS:2021:1204
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 01-04-2021 (pub. 06-04-2021), ECLI:NL:GHSHE:2021:976
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23-02-2021 (pub. 15-03-2021),
ECLI:NL:GHARL:2021:1871
- Rechtbank Gelderland 28-01-2021 (pub. 08-03-2021), ECLI:NL:RBGEL:2021:1068
- Rechtbank Rotterdam 12-02-2021 (pub. 17-02-2021), ECLI:NL:RBROT:2021:1213

ECLI:NL:RBAMS:2021:2179

Kinderalimentatie. Man kan slechts minimumbijdrage voldoen. Onderneming in 2015 gestart. Resultaten liepen in 2016 en 2017 terug, omdat onderneming niet meer goed bereikbaar was door werkzaamheden aan infrastructuur. Man heeft daardoor noodgedwongen schulden laten ontstaan, naast de eerdere schulden mbt start onderneming. Resultaten daarna lieten ook te wensen over en toen corona-maatregelen, waardoor weer nieuwe schulden ontstonden. Man hoefde geen betalende baan te zoeken, want geen verwachting dan hoger inkomen.

ECLI:NL:RBLIM:2021:3651

Anders dan zijn jongmeerderjarige dochter denkt, heeft vader vanwege de coronamaatregelen geen mogelijkheden om meer geld te verdienen. Gaat om onvoorziene omstandigheden. Verzoek vader nihilstelling alimentatie toegewezen.

ECLI:NL:GHAMS:2021:1204

Man vraagt schorsing uitvoerbaarheid Art. 360 lid 2 Rv van door rechtbank opgelegde kinderalimentatie van € 100,- per mnd. Hof overweegt dat er geen sprake is van een kennelijke misslag. Ook in hoger beroep heeft de man nagelaten om duidelijkheid te geven over zijn financiële situatie. Man is zzp-er en heeft geen stukken met betrekking tot de onderneming en de Tozo-uitkering ingediend. Wel ingediende stukken zijn tegenstrijdig. Man heeft financiële noodtoestand onvoldoende aannemelijk gemaakt en ook dat zijn belang bij schorsing zwaarder weegt dan belang van de vrouw.

ECLI:NL:GHSHE:2021:976

Kinderalimentatie. Man kan slechts minimumbijdrage voldoen. Onderneming in 2015 gestart. Resultaten liepen in 2016 en 2017 terug, omdat onderneming niet meer goed bereikbaar was door werkzaamheden aan infrastructuur. Man heeft daardoor noodgedwongen schulden laten ontstaan, naast de eerdere schulden mbt start onderneming. Resultaten daarna lieten ook te wensen over en toen corona-maatregelen, waardoor weer nieuwe schulden ontstonden. Man hoefde geen betalende baan te zoeken, want geen verwachting dan hoger inkomen.

ECLI:NL:GHARL:2021:1871

Ondernemer en alimentatie:

Het hof geeft partijen in een alimentatiezaak een extra gelegenheid om financiële stukken in te brengen. De onzekere situatie door de voortdurende coronacrisis ligt hieraan ten grondslag. Het hof maakt excuus voor de lange uitspraaktermijn.

ECLI:NL:RBGEL:2021:1068

Alimentatie; Ondernemer en alimentatie; Verwijtbaar inkomensverlies;
Alimentatie en corona

Tijdelijke verlaging kinderalimentatie vanwege de financiële gevolgen van de uitbraak van het coronavirus en de daarmee samenhangende maatregelen voor de horecaonderneming van de man. Het inkomensverlies is niet verwijtbaar, maar op termijn wel voor herstel vatbaar. De rechtbank wijzigt de hoogte van de kinderalimentatie daarom tot 1 januari 2022. Na die datum herleeft de oude bijdrage.

ECLI:NL:RBROT:2021:1213

Alimentatie; Niet-wijzigingsbeding en wijziging van omstandigheden; Art. 1:159 lid 3 BW in verband met Corona: man in reisbranche die niet-wijzigingsbeding wil doorbreken. Alhoewel rb overweegt dat reisbranche zeer hard is getroffen door de crisis en dat pp. bij het aangaan van beding daar geen rekening mee hebben kunnen houden, wordt beding niet doorbroken. Wijziging moet worden gezien in licht van niet wijzigingsbeding: verzwaarde stelplicht. Nu niet kan worden vastgesteld wat inkomen voor coronacrisis was en wat dat inkomen tijdens crisis redelijkerwijs kan zijn: verzoek afgewezen.

Gevolgen faillissement voor echtgenoten

Te bespreken onderwerpen

- Hoe wordt een faillissement afgewikkeld van een echtgenoot failliet die gehuwd is in gemeenschap van goederen
- Privévermogen niet gefailleerde echtgenoot
- Beschermen huwelijksvoorwaarden bij faillissement?
- Gevolgen faillissement alimentatieverplichting

Failliet gehuwd in gemeenschap van goederen

Indien failliet is gehuwd in gemeenschap van goederen valt in het faillissement:

- Privévermogen van de failliet
- Het gehele gemeenschapsvermogen

Privévermogen

- Verknochte goederen
o.a. een immateriële schadevergoeding die een echtgenoot kan hebben ontvangen
- Gelden die de niet failliete partner heeft ontvangen uit een erfenis/schenking met uitsluitingsclausule
Erflater heeft vererfd en bepaald dat wat hij vererfd heeft niet in huwelijksgoederen gemeenschap valt of ouders hebben geschonken met een uitsluitingsclausule

Privévermogen failliet en gemeenschapsvermogen

- Strekken ten behoeve van alle schuldeisers die op de goederen van de gemeenschap verhaal hebben

Casus

- Gemeenschappelijk vermogen
- Privévermogen A
- Privévermogen B

A gaat failliet, wat gebeurt er met privévermogen van B?

- Uitgangspunt wetgever: zoveel mogelijk vermogen dient in de failliete boedel te vallen ten behoeve van de schuldeisers.
- Artikel 61 Fw geeft aan B de mogelijkheid het privévermogen “terug te nemen”.

Artikel 61 lid 4 Fw oude recht (voor 1-1-2012)

B kan privévermogen terugnemen als:

- B bewijst dat het goed van haar is
- B bewijst dat zij het goed met eigen middelen heeft gefinancierd.

Indien B niet kan bewijzen dat het goed privévermogen betreft dan vallen ook de privégoederen van B in de failliete boedel.

Artikel 61 lid 4 Fw na aanpassing (vanaf 1-1-2012)

B kan haar privévermogen terugnemen als:

- B bewijst dat het goed van haar is
- B bewijst dat zij het goed voor meer dan de helft met eigen middelen heeft gefinancierd.

Indien B dit niet kan bewijzen blijft zij wel eigenaar van het goed. De curator kan goed uitwinnen ten behoeve van schuldeisers en B heeft dan een vordering de failliet.

Conclusie

Artikel 61 lid 4 Fw:

Echtgenoten met het zicht op een faillissement kunnen er niet snel voor kiezen om een gemeenschappelijk goed op naam van de vrouw te zetten en bij faillissement van de man te stellen dat het privévermogen van de vrouw is en derhalve niet in het faillissement valt. Immers ook bewezen moet worden dat de niet failliete echtgenoot het goed voor meer dan 50% heeft gefinancierd. Deze bepaling is in de wet opgenomen om schuldeisers te beschermen tegen samenspanning van echtelieden bij faillissement.

Tip

Bij artikel 61 lid Fw dient steeds te worden nagevraagd:

- Wie heeft de aankoopsom betaald en waarvan?
- Staat de hypotheekakte / geldleningsovereenkomst op beider naam of alleen van eigenaar?
- Wie betaalt de hypotheekrente/rente van de lening?

Gemeenschap van goederen

Casus

- De vrouw heeft vermogen dat voor 60% is gefinancierd uit haar privémiddelen en voor 40% uit gemeenschapsvermogen
- Man gaat failliet
- Sinds 1 januari 2012 dient de niet failliete echtgenoot/vrouw te bewijzen dat de woning voor meer dan 50% door haar gefinancierd is

Huwelijkse voorwaarden

Beschermen huwelijkse voorwaarden bij een faillissement?

Casus

- Partijen hebben huwelijkse voorwaarden opgesteld
- Partijen hebben hieraan nimmer uitvoering gegeven
- Partijen hebben de overgespaarde inkomsten niet verdeeld
- Partijen hebben geen administratie bijgehouden waaruit verdeling zou kunnen worden opgemaakt

Hoge raad 26 oktober 2001

Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zijn partijen gehouden de vermogensbestanddelen die zij tijdens een huwelijk hebben verworven en waarvan niet kan worden vastgesteld dat zij toebehoren aan een partij, alsnog te verdelen alsof deze vermogensbestanddelen aan hen gemeenschappelijk toebehoren.
Nu artikel 1:141 BW.

Wat betekent dit?

- De huwelijkse voorwaarden zijn niet bijgehouden
- Er wordt vanuit gegaan dat alles is gekocht uit overgespaard inkomen
- De vermogensbestanddelen worden geacht gemeenschappelijk te zijn (artikel 1:141 BW)
- Het vermogen valt in de failliete boedel

Rechtbank Rotterdam 19 augustus 2009

- Curator claimt de eigen woning van de niet-failliet
- Curator stelt dat failliet heeft bijgedragen aan betaling hypotheekrente
- Volgens artikel 61 Fw wordt het vermogen geacht gemeenschappelijk te zijn
- Het vermogen valt in de failliete boedel

Tip

- Maak regelmatig voor cliënten een vermogensoverzicht. Cliënten weten dan waar zij aan toe zijn in geval van een echtscheiding maar ook in geval van faillissement
- Zorg dat een DGA jaarlijks verrekent

Casus

A en B zijn gehuwd op huwelijkse voorwaarden

- Het huis staat op de naam van de vrouw
- De man gaat failliet
- Vrouw heeft nooit een baan gehad, heeft altijd voor de kinderen gezorgd
- De man heeft steeds de hypotheekrente voldaan en er is geen verrekenbeding opgenomen in de huwelijkse voorwaarden

- De curator kan met succes de woning claimen. De vrouw heeft weliswaar eigendom van de woning maar kan niet aantonen dat zij deze voor meer dan 50% heeft gefinancierd
- Indien partijen een administratie hadden bijgehouden/verrekend hadden, had dit kunnen worden voorkomen
- Indien de vrouw de woning met privé-geld voor meer dan 50% had gefinancierd, bijvoorbeeld met een erfenis/schenking met uitsluitingsclausule, dan zou de woning buiten de failliete boedel vallen

Kun je nog huwelijksvoorwaarden maken in geval van zicht op financiële problemen/faillissement?

Casus

- A en B zijn gehuwd na maken huwelijksvoorwaarden met gemeenschap van inboedel
- Tijdens huwelijk start man een onderneming en leent €350,000,=
- Het bedrijf komt niet van de grond
- Partijen wijzigen huwelijksvoorwaarden in koude uitsluiting

- Partijen nemen op dat alle gezamenlijke spullen vrouw toebehoren
- Vrouw verkoopt alle spullen vervolgens aan haar ouders voor €50.000,=
- Man failliet
- Curator vernietigt huwelijksvoorwaarden
- Rechtbank gaat mee met curator

Tip

Partijen moeten op tijd nadenken over de huwelijksvoorwaarden en een eventuele wijziging. Hierin dienen de cliënten te worden begeleid.