

Estate planning/erfrecht/successierecht

Preadvies voor de jaarvergadering van de Vereniging voor Agrarisch Recht 2016

prof. mr. dr. W. Burgerhart

Het thema voor de jaarvergadering in 2017 van de Vereniging voor Agrarisch Recht is 'Bedrijfsopdracht in de landbouw'. Mijn bijdrage aan het preadvies dat in die vergadering zal worden behandeld is in telegramstijl in de aan mij verstrekte opdracht verwoord met 'estate planning/erfrecht/successierecht'. Zowel het thema als de opdracht zorgen voor begrenzing van deze bijdrage, enerzijds met betrekking tot de aan de orde te stellen bedrijfsopvolging en anderzijds voor wat betreft de aan de orde te stellen rechtsgebieden. De bedrijfsopvolging betreft een landbouwonderneming, maar bovendien dient het te gaan over een bedrijfsopdracht. Een opvolging tijdens leven, zo zou men daaruit kunnen afleiden. Dat bedrijfsopvolging een vorm van estate planning is, behoeft volgens mij overigens geen nadere onderbouwing of toelichting. De relatie tussen de bedrijfsopdracht, die in dit geval tijdens leven wordt afgewikkeld, en het erfrecht/successierecht ligt echter minder voor de hand. Erfrecht/successierecht zijn immers sterk met het overlijden samenhangende rechtsgebieden, om het maar eens voorzichtig uit te drukken. Maar het erfrecht werpt evenwel zijn schaduw vooruit, zo houd ik mijn Groningse studenten altijd voor. Ik wil daarmee zeggen dat rechtshandelingen tijdens leven al kunnen worden beïnvloed door het erfrecht, dat in beginsel pas vanaf het overlijdensmoment gaat werken. Daarbij doel ik voornamelijk op tijdens leven gedane giften, die in erfrechtelijke sferen een rol kunnen spelen in de legitiemeregeling en bij de andere wettelijke rechten. Kortom, indien de bedrijfsopdracht met een gift gepaard gaat, is de relatie met het erfrecht een feit. Wat nog resteert, is het verband tussen de bedrijfsopdracht en het successierecht. Zoals bekend, is de term successierecht per 1 januari 2010 uit de Successiewet 1956 verdwenen, en kunnen verkrijgingen krachtens (fictief) erfrecht thans met erfbelasting worden getroffen. In de verwijzing in de hiervoor bedoelde opdracht naar het successierecht, zie ik evenwel ruimte om zowel de erf- als de schenkbelasting in deze bijdrage te betrekken.

Al met al dient deze aan de bedrijfsopdracht in de landbouw gewijde bijdrage dan ook in ieder

geval aandacht te besteden aan de schenkingsregeling, het erfrecht en aan de Successiewet 1956 (hierna ook: SW 1956). Binnen de grenzen van (een combinatie van) deze rechtsgebieden kan men de agrarische bedrijfsopdracht op zeer uiteenlopende vraagstukken aan de orde stellen. De bijdragen van de mede-auteurs van dit preadvies getuigen daar ook van. Ik zal hierna ingaan op aan de gemelde rechtsgebieden gerelateerde 'voetangels en klemmen' en aandachtspunten voor de bedrijfsopdracht. Wat is in verband daarmee een wenselijke en/of noodzakelijke route voor een agrarische bedrijfsopvolging en familie rekening houdend met de bijzondere aard van de landbouwonderneming?

1. Het (eigen)aardige van de bedrijfsopvolging in de landbouw

Een bedrijfsopdracht in de landbouw verschilt van de opvolging in andere branches. Natuurlijk zijn er overeenkomsten tussen de bedrijfsopvolgingen in te onderscheiden sectoren, maar (dat is althans het overheersende beeld) de landbouw neemt een bijzondere positie in.¹ Waaraan wordt deze uitzonderingspositie ontleend? Naar mijn mening zijn daarvoor verschillende oorzaken aan te wijzen, waarvan u er vele zult vinden in dit preadvies. Het zijn bovendien niet slechts civiel- en/of fiscaalrechtelijke oorzaken, maar ook bedrijfseconomische, bedrijfskundige en bijvoorbeeld publiekrechtelijke redenen kunnen worden gevonden.

Indien men in de voor mijn rekening te nemen rechtsgebieden op zoek gaat naar de 'grootst gemene deler' van de bedoelde oorzaken, komt men naar mijn mening uit op de *agrarische waarde*, die over het algemeen genomen de prijs (mede-) bepaalt waarvoor een landbouwonderneming kan worden overgenomen. Zoals bekend kan de agrarische waarde worden gedefinieerd als de waarde waarbij

1. Ik wil hiermee overigens niet uitsluiten dat er ook in andere sectoren bedrijfsopvolgingen met specifieke kenmerken zijn.

een lonende exploitatie van de onderneming bij voortzetting daarvan nog (net) mogelijk is.²

Zowel in civiel- als fiscaalrechtelijke beschouwingen wordt in veel gevallen de noodzaak van de bedrijfsopvolging tegen vergoeding van de agrarische waarde verondersteld. Het valt buiten mijn expertise en buiten het bestek van deze bijdrage om die noodzaak te onderzoeken en daarover te oordelen; ik ga daarvan hierna telkens uit. De noodzaak hangt overigens samen met het 'gebruikelijke' onderrendement op het in het landbouwbedrijf geïnvesteerde vermogen.

De op deze agrarische waarde gebaseerde prijs is in beginsel niet de 'hoogst haalbare verkoopprijs', die de overdrager wel zou kunnen toucheren door zijn bedrijfsmiddelen (bijvoorbeeld met het vooruitzicht op een andere aanwending daarvan) te verkopen. Als gevolg van de bedrijfsoverdracht voor een prijs gelijk aan de agrarische waarde kan derhalve een vermogensverschuiving optreden van de overdragende ondernemer naar de opvolger. Deze vermogensverschuiving kan een gift behelzen, hetgeen een kenmerk van vele agrarische bedrijfsopvolgingen is.³ Daarmee hangt ongetwijfeld ook de kring van de bedrijfsopvolgers samen. Agrarische bedrijfsopvolgingen zijn immers in meer dan 90% van de gevallen een gezins- of familie-aangelegenheid.⁴ Of de agrarische waarde oorzaak of gevolg is van het 'familiaire karakter' van de agrarische bedrijfsopvolging laat ik in het midden. Het zal ongetwijfeld (ook) van geval tot geval verschillen.

2. De (landbouw)onderneming in het erfrecht en in de Successiewet 1956

Indien men (zoals in onderdeel 1 van deze bijdrage is geschetst) het bijzondere karakter van de bedrijfsopvolging in de landbouw als uitgangspunt neemt, zou het niet misstaan als hiervoor in civiel- en fiscaalrechtelijke wetgeving bijzondere regelingen aangetroffen kunnen worden. De gedachten kunnen daarbij uitgaan naar met het Duitse BGB-Landguterbrecht en het Anerbenrecht vergelijkbare regelingen.⁵ In Nederland ontbreekt

echter ieder spoor van specifieke wettelijke regelingen voor de bedrijfsopvolging in de landbouw. Daarentegen zijn op de in deze bijdrage aan de orde komende rechtsgebieden wel faciliteiten voor de bedrijfsopvolging in het algemeen te vinden, maar niet voor een of meer bepaalde bedrijfstakken. Ik zal deze faciliteiten hierna kort uiteenzetten, omdat begrip daarvan wenselijk is voor het vervolg van mijn betoog.

Voor wat betreft de schenkingsregeling in Boek 7 en het erfrecht in Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek (hierna ook: BW), voorziet slechts Boek 4 in bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Wie dit wetboek van 'a tot z' doorneemt, komt in art. 4:36 BW voor de eerste keer het *beroep of bedrijf* van een erflater tegen.⁶ Het thuiswerkende kind dat voor die arbeid (tijdens leven van de erflater en gedurende de meerderjarigheid van het kind) geen passende beloning heeft ontvangen, kan aanspraak maken op een geldbedrag (een som ineens) die strekt tot een billijke vergoeding. Het zogenoemde salaire différé of uitgestelde loon. Alhoewel bij eerste lezing van art. 4:36 BW de gedachten waarschijnlijk niet naar een bedrijfsopvolgingsfaciliteit uitgaan, is daarvan wel degelijk sprake. Het uitgestelde loon vermindert namelijk de claim van de legitimarissen omdat dit loon in mindering komt van erflaters vermogen, de legitimaire massa van art. 4:65 BW, dat uitgangspunt vormt voor de omvang van de legitieme portie (zie art. 4:63 lid 1 BW). Indien men bedenkt dat de aanspraak van art. 4:36 BW doorgaans aan de bedrijfsopvolger zal toekomen, zal de laatstbedoelde vermindering van de legitieme portie van de niet-bedrijfsopvolgers in zijn voordeel kunnen uitpakken. Het uitgestelde loon kan (ook) in die zin bijdragen aan de financiering van de bedrijfsopvolging.

Voorts treft men in art. 4:38 BW een regeling aan waarmee een bedrijfsopvolger aan de kantonrechter kan verzoeken om de rechthebbende op de tot de nalatenschap of huwelijksgemeenschap behorende bedrijfsmiddelen tegen betaling van een redelijke prijs aan die verzoeker over te dragen. Dit andere wettelijke recht biedt een vangnet aan de bedrijfsopvolger die na overlijden van de erflater tot de 'ontdekking' komt dat het *beroep of bedrijf* elders is beland.⁷ Het behoeft geen betoog dat bij een zorgvuldige bedrijfsopvolgingsplanning voor dit andere wettelijke recht geen grote rol is weggelegd.

Dé, in feite enige echte erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteit in Boek 4 BW is te vinden in art. 4:74 BW, een voorziening waarmee de bedrijfsopvolger

-
2. In vergelijkbare gevallen treft men ook wel de verpachte waarde als waarderingmethode aan, waarbij de waarde van een 'hoeve of los land' wordt bepaald, rekening houdend met de – inhoud van – een gesloten pachtovereenkomst en de wettelijke pachtregeling.
 3. H.A.B. van der Meulen, E.B. Oosterkamp, H.B. van der Veen, M.A.P.H. van Asseldonk & G.S. Venema, *Hoe landbouwers voorzien in hun sociale zekerheid. Rapport 2009-025*, LEI Wageningen UR, Den Haag 2009. Blijkens dit rapport gaat bij een bedrijfsoverdracht in de landbouw een aanzienlijk deel van het eigen vermogen in de onderneming zonder vergoeding daarvan naar de opvolger, hetgeen noodzakelijk is om hem perspectief te geven.
 4. J. Breembroek et al., *Als je bedrijf je leven is – Bedrijfsopvolging in het MKB en de agrarische sector*, Reed Business Information 2007.
 5. Zie hierover bijvoorbeeld, W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008, p.

520 e.v.

6. Zie ook W. Burgerhart, 'Als de knecht niet krijgt wat hem toekomt, zorgt de wetgever daar wel voor! Het salaire différé', *TvAR* 2005, nr. 11.
7. Zie over art. 4:38 BW bijvoorbeeld, W. Burgerhart, 'Bedrijfsopvolging Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten' (met M.J. Hoogeveen, W.J.M. van Veen, S.A. Stevens), *preadvies voor de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie*, SDU Uitgevers: Den Haag 2005, p. 411 e.v.

gedurende enige tijd gevrijwaard kan worden van de aanspraken van legitimarissen. De legitieme portie is volgens de hoofdregel opeisbaar zes maanden na het overlijden van de erflater.⁸ Ten behoeve van de *verzorging* van de langstlevende levensgezel wordt deze termijn of kan deze termijn worden opgerekt tot uiterlijk het overlijden van die levensgezel.⁹ Het erfrecht kent geen vergelijkbare regeling ten behoeve van de *bedrijfsopvolging*. Wil men de opeisbaarheid van de legitieme portie ten behoeve van de bedrijfsopvolging uitstellen, dan dient de ondernemer bij testament een in de plaats van de legitieme portie komend geldlegaat te maken. De opeisbaarheid van dit geldlegaat kan namelijk naar believen worden uitgesteld, mits in de uiterste wilsbeschikking (zo bepaalt art. 4:74 lid 1 BW) wordt opgenomen dat 'zonder deze beschikking de voortzetting van een beroep of bedrijf van de erflater in ernstige mate zou worden bemoeilijkt'. Het is overigens allerminst verbazingwekkend dat deze faciliteit in de legitiemeregeling is te vinden, omdat de legitieme portie zoals hierna nog zal blijken een dominante rol in de bedrijfsopvolging kan spelen. Zoals hiervoor opgemerkt kent de Successiewet 1956 geen branchespecifieke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Indien sprake is van een (fictieve) verkrijging krachtens schenking of erfrecht, wordt respectievelijk erf- en schenkbelasting geheven over de waarde in het economische verkeer van de betreffende onderneming.¹⁰ De hiervoor genoemde agrarische waarde als zodanig speelt voor de bepaling van de maatstaf van heffing over de verkrijging van een onderneming voor deze belastingen geen rol. Het gaat om de hoogst haalbare verkoopprijs voor de onderneming bij voortzetting daarvan in ongewijzigde vorm.¹¹ Met dien verstande dat in geval de liquidatiewaarde van deze onderneming hoger is dan de voortzettingswaarde, de eerstbedoelde waarde de maatstaf van heffing bepaalt.¹² De Successiewet 1956 kent (thans) geen *waarderingsfaciliteit* voor de bedrijfsopvolging.¹³ De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor de erf- en schenkbelasting bestaan uit verschillende voorwaardelijke *vrijstellingen*.¹⁴ Zo is er een '100%-vrijstelling' voor het hiervoor bedoelde verschil tussen de waarde in het economische verkeer en de hogere liquidatiewaarde van de verkregen onderneming. Ook is er een '100%-voetvrijstelling' indien en voor

zover de (voortzettings)waarde van de (objectieve) onderneming het bedrag van € 1.063.479 niet te boven gaat. Ten slotte is er een '83%-vrijstelling' indien en voor zover de waarde van de onderneming het bedrag van de voetvrijstelling overschrijdt.¹⁵ Wil de verkrijger (als belastingplichtige) een beroep op de bedrijfsopvolgingsvrijstelling kunnen doen, dan dient zijn rechtsvoorganger (de erflater of schenker) aan de zogenoemde *bezistermijn* van art. 35d SW 1956 te hebben voldaan, hetgeen betekent dat deze de betreffende onderneming één (bij overlijden) dan wel vijf jaar (bij een gift) voorafgaand aan het moment van het belastbare feit gedreven moet hebben. Bovendien dient sprake te zijn van *ondernemingsvermogen* in de zin van art. 35c SW 1956. Als het kwalificerende ondernemingsvermogen lang genoeg 'in bezit' is geweest, dan kan de verkrijger krachtens erfrecht of schenking bij de aangifte verzoeken om toepassing van de vrijstelling. Het voorwaardelijke karakter van de vrijstellingen komt tot uitdrukking in het *voortzettingsvereiste* van art. 35e SW 1956. Het wordt in art. 35b lid 6 SW 1956 als volgt verwoord:

'Ingeval op enig tijdstip binnen vijf jaren na de verkrijging van het ondernemingsvermogen niet meer of niet meer geheel wordt voldaan aan het voortzettingsvereiste, vervalt in zoverre de voorwaardelijke vrijstelling.'

Tot zover een beknopte schets van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het erfrecht en in de Successiewet 1956. Indien men de techniek van deze faciliteiten vergelijkt, dan ziet men dat in het erfrecht in feite voor een *uitstelregeling* (voor de legitieme portie) is gekozen, terwijl de bedrijfsopvolging in fiscale sferen wordt ondersteund door een *vrijstellingsregeling* in combinatie met een *uitstelregeling*.¹⁶ Zoals hiervoor opgemerkt, is bij een bedrijfsverdracht in de landbouw in veel gevallen sprake van een gift van de ondernemer aan de bedrijfsopvolger. Dit kan zowel civiel- als fiscaalrechtelijke vraagstukken oproepen, waarbij men rekening dient te houden met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Hierna zal onder andere uit de behandelde jurisprudentie blijken dat deze faciliteiten, indien al beschikbaar, geen garantie voor een 'rimpelloze' bedrijfsopvolging zijn. Het is iedere keer weer een

8. Art. 4:81 lid 1 BW.

9. Zie art. 4:81 lid 2 en 3 alsmede art. 4:82 BW.

10. Voor het belastbare feit voor de schenkbelasting, de *schenking*, verwijst art. 1 lid 7 SW 1956 naar de *gift* van art. 7:186 lid 2 BW.

11. Art. 21 lid 1 juncto lid 12 en lid 13 SW 1956.

12. Art. 21 lid 13 SW 1956.

13. Tot 1 januari 2010 kende de Successiewet 1956 wel een waarderingsfaciliteit ten behoeve van de bedrijfsopvolging. Een waarderingsfaciliteit is nu nog te vinden in de Natuurschoonwet 1928.

14. Voor de erf- of schenkbelasting over het niet-vrijgestelde gedeelte van de verkrijging kan bovendien rentedragend betalingsuitstel worden verkregen op grond van art. 25 leden 12 en 13 Invorderingswet 1990.

15. Zie art. 35b e.v. SW. Het gaat telkens om de waarde van de *objectieve* onderneming, een niet onbelangrijk aspect van de bedrijfsopvolgingsregeling dat ik thans buiten beschouwing laat.

16. De fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten genieten de laatste jaren bijzondere belangstelling, onder andere in verschillende dissertaties. Zie bijvoorbeeld A. de Haan, 'Bedrijfsvermogen in de Successiewet en het gelijkheidsbeginsel' (diss. UvA), *Fiscaal Wetenschappelijke Reeks*, nr. 7, Den Haag: SDU 2007, M.J. Hoogeveen, *Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving* (diss. Tilburg), Den Haag: SDU 2011, Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen. Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2013.

uitdaging om een opvolgingsroute uit te stippelen waarbij de vele klippen worden omzeild. Ik zal hierna een aantal van deze klippen in beeld brengen en enige opties voor de routeplanning aanreiken.

3. De bedrijfsverdracht die tevens een gift is

Zoals hiervoor uiteengezet, behelzen de meeste agrarische bedrijfsopvolgingen tevens een gift aan de (doorgaans verwante) bedrijfsopvolger. Dat de bedrijfsverdracht door de betrokken partijen wellicht als een koop wordt aangemerkt, sluit een gift niet uit. Deze koop is namelijk ook een gift als deze ertoe strekt dat de opvolger ten koste van het vermogen van de overdrager wordt verrijkt (art. 7:186 lid 2 BW). Oftewel door de koop verarmt de overdrager en wordt de opvolger daardoor uit vrijgevigheid verrijkt. De transactie is niet een koop óf een gift, maar een koop én een gift. De wettelijke regels voor de koop en de gift cumuleren, 'behoudens voor zover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet'.¹⁷

Verschillende vraagstukken van civiel- en fiscaalrechtelijke aard kunnen met een dergelijke bedrijfsverdracht in verband worden gebracht. Hierna zal ik er een aantal behandelen, waarbij ik aantekenen dat het geen uitputtend overzicht van relevante items zal worden. De beschikbare tijd en ruimte zijn daarvoor niet toereikend. Verder moet men bedenken dat de wensen en noden per bedrijfsopvolging kunnen en zullen verschillen, zodat hierna evenmin sjablonen voor een agrarische bedrijfsopvolging worden verstrekt.

3.1. Enkele civielrechtelijke aspecten van de 'opvolgingsgift'

De schenking (art. 7:175 lid 1 BW) en de gift (art. 7:186 lid 2 BW) zijn rechtshandelingen waarvan het bestaan soms moeilijk vast te stellen is. Een constitutief element van deze rechtshandelingen is immers de bedoeling van een contractspartij, de vrijgevigheidsgedachte.¹⁸ Deze is onzichtbaar en in juridisch opzicht 'onmeetbaar'. In de jurisprudentie wordt de vrijgevigheid 'geconcretiseerd' door de eisen dat de schenker het bewustzijn van de vrijgevigheid én de wil tot de bevoordeling moet hebben.¹⁹ Deze *wil* en *bewustzijn* moeten worden onderscheiden van het *oogmerk* van de schenking of de gift, oftewel het

motief van de schenker voor de bevoordeling van de begiftigde. Dat men iemand iets geeft om een bepaalde reden of met het oog op een bepaald doel, hoeft aan de vrijgevigheid en dus het giftkarakter namelijk geen afbreuk te doen.²⁰

Als we hebben vastgesteld dat met bevoordelingsbedoeling een vermogensverschuiving van de overdragende ondernemer naar de opvolger heeft plaatsgevonden, moet in verband hiermee nog een volgende vraag worden beantwoord. Met welke goederen (vermogensbestanddelen) heeft de overdrager de opvolger willen verrijken? Dit lijkt een vraag naar de bekende weg. En dat is het ook, maar dat gaat in beginsel slechts voor de *schenking* op. Indien een landbouwbedrijf voor een onzakelijk lage prijs aan de opvolger wordt verkocht, en dat is (zoals hiervoor al opgemerkt) zeer gebruikelijk, dan is de vraag doorgaans minder eenvoudig te beantwoorden. De transactie is niet 'om niet' en kan om die reden niet als een schenking worden aangemerkt vanwege de definitie in art. 7:175 lid 1 BW. Het is een gift maar ook een koop, we spreken dan ook wel over een *gift met tegenprestatie*.²¹ Terug naar de onzakelijke bedrijfsverdracht. Wat is geschenken? De onderneming als zodanig of het verschil tussen de marktwaarde van die onderneming en de betaalde koopprijs?

Uitsluitingsclausule

De relevantie van de vraag met welke goederen de bedrijfsopvolger verrijkt is mag niet worden onderschat, ook niet bij agrarische bedrijfsverdrachten. Het praktische belang wordt duidelijk als men de vraag in verband brengt met de uitsluitingsclausule, die in veel gevallen deel uitmaakt van de transactie. Zoals bekend, staat deze clausule er aan in de weg dat de gift (als gevolg van boedelmenging) deel zal uitmaken van de huwelijksgemeenschap waarin de verkrijger is gehuwd of zal huwen.²² Hiermee wenst men over het algemeen voornamelijk te voorkomen dat de gift bij een echtscheiding van die verkrijger met de 'aanstaande ex-echtgenoot' moet worden gedeeld. Het spreekt voor zich dat het nogal verschil kan maken of in dat geval de (wellicht in waarde gestegen) onderneming dan wel slechts een nominaal bedrag (ter grootte van het verschil tussen de marktwaarde en de koopprijs) buiten de huwelijksgemeenschap gesitueerd blijkt te zijn.²³ In de nodige gevallen blijkt het voor discussie vatbaar wat ingevolge de uitsluitingsclausule tot het eigen vermogen van de verkrijger behoort. Primair draait het in deze kwestie om de vraag waarmee de schenker de begiftigde heeft willen bevoordelen. Een vraag die zich, evenals de hiervoor aangeroer-

17. Zie art. 6:215 BW.

18. Dit komt tot uitdrukking in het feit dat (wil van een gift sprake zijn) de handeling van de schenker *ertoe dient te strekken* dat een ander (de begiftigde) ten koste van het eigen vermogen van de schenker wordt verrijkt (art. 7:186 lid 2 BW). Zie ook art. 7:175 lid 1 BW. Zie hierover verder, W. Burgerhart, "Als je begrijpt wat ik bedoel" (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 21.

19. HR 15 juni 1994, NJ 1995, 577 en HR 12 juli 2002, nr. 36.902.

20. Zie ook Hof Leeuwarden 13 januari 2006, ECLI:NL:GH-LEE:2006:AU9904.

21. Zie art. 7:187 lid 1 BW.

22. Zie art. 1:94 lid 2 letter a BW. Met art. 1:134 BW kan de schenker/erflater (ook) een stokje steken voor de verrekening van de waarde van de verkrijging.

23. Zie hierover *EstateTip* Review 2015-20.

de vrijgevigheid, nogal eens lastig objectief laat vaststellen.

Dat het vraagstuk geen 'studeerkamervondst' betreft, blijkt wel uit de rijke jurisprudentie hierover. Ik teken hierbij aan dat de koop met een (gedeeltelijke) kwijtschelding (al dan niet in termijnen) eveneens als een gift met tegenprestatie, oftewel een koop voor een onzakelijke koopprijs, aangemerkt kan worden.

Hof Den Bosch besliste op 15 juni 2004 dat de overdracht met een gelijktijdige kwijtschelding van de (gehele) koopprijs als één geheel moet worden beschouwd, zodat de in de akte van kwijtschelding opgenomen uitsluitingsclausule op de overgedragen onroerende zaak, en dus niet op de 'nominale geldelijke bevoordeling' (het bedrag van de kwijtschelding) betrekking heeft.²⁴ De betreffende zaak bleef dientengevolge buiten de huwelijksgemeenschap van de verkrijger.

Het hof concludeert onder meer het volgende:

*'Het hof is, gelet op de samenhang van de twee voornoemde notariële akten, welke samenhang mede blijkt uit het feit dat ze op dezelfde dag bij gelegenheid van de eigendomsoverdracht van de woning zijn verleden, van oordeel dat de overdracht van de hier bedoelde woning en de kwijtschelding van de koopsom als één geheel moeten worden beschouwd. Dit oordeel van het hof sluit aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad zoals deze blijkt uit het arrest HR 19 maart 1982 NJ 1983/250 (Erven Bal).'*²⁵

Op 13 juli 2004 oordeelde Hof Arnhem in overeenkomstige zin voor de overdracht met een kwijtschelding van de gehele koopprijs in twee termijnen, waarvan de eerste in verband met de overdracht en de tweede binnen vijf maanden plaatsvond.²⁶

In een vergelijkbare procedure over een gedeeltelijke kwijtschelding van de koopsom waren man en vrouw in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd. Aan beide 'zijden' vond tijdens het huwelijk een 'ouders/kind-overdracht' plaats. Van de door de man verschuldigde koopprijs werd hem 80,2% onder toevoeging van een uitsluitingsclausule kwijtgescholden. Voor de vergelijkbare transactie met de vrouw bedroeg dat percentage 77,66%. Voor wat betreft de verkrijging door de man oordeelde Hof Den Bosch op 2 mei 2006:²⁷

'De grief is in zoverre gegrond dat het hof met de man van oordeel is, op gronden uiteengezet in het genoemde arrest van 15 juni 2004, dat ook hier de verkoop en kwijtschelding van de koopsom zodanig met elkaar verbonden zijn

dat moet worden aangenomen dat het aandeel van de man in de onroerende zaak buiten de gemeenschap valt en derhalve niet voor verdeling in aanmerking komt. De omstandigheid dat de kinderen van verkopers nog een klein gedeelte van de koopsom contant hebben betaald is ontoereikend om de uitsluitingsclausule haar werking te ontnemen.'

Voor de verkrijging door de vrouw gold hetzelfde.²⁸ Een met de hiervoor geschetste gevallen vergelijkbare casus waarin de twee/derde deel van de koopsom is kwijtgescholden, speelde op 17 januari 2013 bij Hof Den Bosch voor.²⁹

De relevante feiten zijn de volgende:

- Zoon leent van zijn ouders fl. 52.000, om van hen een onroerende zaak te kopen.
- De koop en levering vinden plaats, waarbij de koopsom onder de notaris is gestort.
- Op dezelfde dag is van de geldlening een gedeelte, te weten fl. 34.996, door de ouders aan de zoon kwijtgescholden, onder de uitdrukkelijke bepaling dat het geschonken bedrag niet zal vallen in enige gemeenschap van goederen.

Tegen de uitspraak van het Bossche hof in deze zaak werd cassatie ingesteld, maar op 1 mei 2015 door de Hoge Raad verworpen.³⁰ Het is derhalve interessant om te bezien tot welk oordeel het Hof (en 'indirect' de Hoge Raad) in deze procedure kwam. Voordat ik daaraan toekom, wil ik echter kort stilstaan bij de zeer instructieve conclusie van Advocaat-Generaal Rank-Berenschot van 27 februari 2015, waarin zij verhaalt dat Hof Den Bosch thans voor een andere benadering heeft gekozen dan in de hiervoor door mij aangehaalde, eerdere jurisprudentie.³¹

In laatstbedoelde jurisprudentie van Hof Den Bosch werd uitgegaan van, zoals de Advocaat-Generaal het kernachtig en heel helder noemt, de 'Erven Bal-benadering: schenking de facto, dus ook de iure'. Men kan ook zeggen, aan materiële benadering.

Zij vervolgt met:

'Het hof heeft zijn oordeel immers in een andere juridische sleutel gezet: het heeft niet zozeer geoordeeld dat het perceel (de facto en daarmee ook de iure) aan de man geschonken is, maar dat het perceel (grotendeels) verworven is ten laste van zijn privévermogen en daarmee op grond van de zaaksvervangingsregel van het analoog toegepaste artikel 1:124 lid 2 BW (oud) ook in privé aan hem toekomt.'

24. ECLI:NL:GHSHE:2004:AQ7908. Voor een zelfde uitspraak, zie Hof Den Bosch 19 september 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ0902.

25. P. Blokland, 'Een wonderlijke uitspraak over de uitsluitingsclausule', *JBN* 2004, nr. 69.

26. ECLI:NL:GHARN:2004:AR7720.

27. ECLI:NL:GHSHE:2006:AY9091.

28. P. Blokland, 'Verkoop gevolgd door kwijtschelding met uitsluitingsclausule: Het Hof Den Bosch houdt vol!', *JBN* 2007, nr. 20.

29. ECLI:NL:GHSHE:2013:BY9016.

30. ECLI:NL:HR:2015:1199.

31. ECLI:NL:PHR:2015:146.

Dit zou men als een formele benadering kunnen kenschetsen.³²

En, last but not least, de Hoge Raad over de onderhavige kwestie:

'3.3.3 Het oordeel van het hof komt erop neer dat dit samenstel van gelijktijdig verrichte rechtshandelingen (naar de bedoeling van de ouders van de man) ertoe strekte de tegenprestatie voor de overdracht van het perceel aan de man ten laste van diens privévermogen te laten komen.

De hiertegen onder 2.9 van het middel gerichte klacht faalt op de gronden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.46 en 2.47.

3.3.4 In cassatie is voorts niet in geschil dat voor de hiervoor in 3.3.2 weergegeven constructie is gekozen uit erfrechtelijke motieven, zoals het vermijden van het destijds aan schenking van een goed verbonden risico van aantastbaarheid daarvan wegens een beroep op de legitieme portie (...).

3.3.5 Door onder deze omstandigheden doorslaggevend betekenis toe te kennen aan de strekking van het samenstel van rechtshandelingen en te oordelen dat de tegenprestatie voor de overdracht van het perceel ten belope van het, onder de voorwaarde van uitsluiting, kwijtgescholden bedrag ten laste van het privévermogen van de man is gekomen, heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het heeft zijn oordeel bovendien voldoende gemotiveerd.

De tegen dat oordeel gerichte klachten onder 2.7 en 2.8 falen dan ook.'

In deze procedure gaf uiteindelijk de *zaaksvervangingsregel* en niet de 'Erven Bal-benadering' de doorslag. Hieruit mag naar mijn mening echter niet worden afgeleid dat de laatstbedoelde benadering voor de toekomst definitief terzijde is gezet. Het zal van de feiten en omstandigheden afhangen welke invalshoek men kan toepassen. Dit neemt niet weg dat de '50%-benadering' voor de zaaksvervangings in de praktijk als een werkbaar criterium zal zijn ontvangen.

Voor de geldige titel in de zin van art. 3:84 lid 1 BW die tot de levering van de onderneming verplicht, is het overigens in beginsel om het even of sprake is van een schenking of een gift (met tegenprestatie). De levering van een onderneming als een algemeenheid van goederen en schulden is in veel gevallen echter geen sinecure. Voor ieder afzonderlijke goed en schuld zullen immers de voor de levering daarvan gestelde formaliteiten moeten

worden nageleefd. Wat dat betreft zou een overdracht van een ondernemingsvermogen via een rechtshandeling onder algemene titel uitkomst bieden, en een waardevolle bijdrage kunnen leveren aan de bedrijfsopvolgingspraktijk.³³ Wellicht iets voor een nieuw kabinet.

Voorwaardelijke gift en meerwaardeclausule

Vandaag de dag wordt, zeker in de estate planingspraktijk, vaak gebruik gemaakt van de voorwaardelijke gift. Voorwaardelijke schenkingen en giften kunnen zich in vele verschillende verschijningsvormen voordoen, waarbij de aanwezigheid van verbintenissen onder ontbindende en/of opschortende voorwaarde het gemeenschappelijk kenmerk vormen. Dát schenkingen en giften voorwaardelijk gedaan kunnen worden, valt overigens niet te betwijfelen. Het blijkt onder andere uit art. 7:177 lid 2 BW waarin wordt gerept over de bedongen bevoegdheid om een schenkingsovereenkomst te herroepen. Deze herroepelijke schenking bevat immers een ontbindende voorwaarde, bestaande uit de wilsverklaring ('ik herroep') van de schenker. Vanzelfsprekend kan men een bedrijfsoverdracht ook optuigen met ontbindende en opschortende voorwaarden. Sterker nog, voorwaarden kunnen zorgen voor de 'fine tuning' van een bedrijfsopvolging. De mogelijkheden zijn bijna onbeperkt. Zo zou men de eventuele onzekerheid over het effect van de uitsluitingsclausule, zoals hiervoor aan de orde is geweest, kunnen beteugelen met een (ontbindende) voorwaarde. Daarmee kan een 'opvolgingsgift' worden teruggedraaid indien mocht blijken dat de onderneming bij echtscheiding van de verkrijger tot diens (ontbonden) huwelijksgemeenschap blijkt te behoren.

In dit onderdeel wil ik echter in het bijzonder stilstaan bij de in de agrarische bedrijfsoverdracht niet onbekende *meerwaardeclausule*, die (zoals hierna zal blijken) in verband kan worden gebracht met de (voorwaardelijke) gift.³⁴ Dergelijke clausules komen in vele maten en soorten voor, en kunnen van uiteenlopende overeenkomsten deel uitmaken. In de sfeer van de agrarische bedrijfsopvolging kan men de clausule geregeld aantreffen bij de koop van de onderneming en in personenvennootschap-

32. Art. 1:124 lid 2 (oud) BW is thans te vinden in art. 1:95 lid 1, eerste volzin BW, die luidt als volgt: 'Een goed dat een echtgenoot anders dan om niet verkrijgt, blijft buiten de gemeenschap indien de tegenprestatie bij de verkrijging van dit goed voor meer dan de helft ten laste komt van zijn eigen vermogen'.

33. Een dergelijke overdracht onder algemene titel is eerder door Verstappen bepleit. Zie M.J.G.C. Raaijmakers & L.C.A. Verstappen, *Onderneming en overdracht onder algemene titel, preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2002*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.

34. De clausule treft men ook wel aan onder de naam *vervreemdingsbeding* of *antispeculatiebeding*. Als binnen een zekere periode na de bedrijfsopvolging de onderneming niet langer wordt voortgezet of de belangrijkste bedrijfsmiddelen worden vervreemd, is de bedrijfsopvolger op grond van een dergelijke clausule alsnog een bedrag ter grootte van het verschil tussen de liquidatiewaarde en de 'going concernprijs' aan de overdrager verschuldigd. Deze omschrijving is ontleend aan, A. Verduijn, 'Fiscale aspecten van de meerwaardeclausule bij agrarische bedrijfsopvolging', *TvAR 2015*, nr. 1.

sovereenkomsten. Ik beperk mijn aandacht voor deze clause tot de relatie met de gift, in het bijzonder de gevolgen van het al dan niet bedingen van een meerwaardeclause voor het ontstaan/bestaan van een gift.

Het zal inmiddels, mede gezien mijn eerdere opmerkingen dienaangaande, niet altijd helder zijn óf bij een bedrijfsopvolging sprake is van een gift. Ook niet indien een meerwaardeclause deel uitmaakt van de bedrijfsopvolgingsovereenkomst. De 'setting' waarin dit beding wordt overeengekomen speelt naar mijn mening namelijk een doorslaggevende rol voor de kwalificatie daarvan; men mag de clause naar mijn mening niet 'stand alone' beoordelen. Ik zal dat hierna uitwerken.

Ter bepaling van de gedachten wil ik eerst naar het voor de agrarische bedrijfsopvolging belangrijke arrest van de Hoge Raad van 13 februari 2004.³⁵ De feiten en omstandigheden in de casus van dit arrest zijn in allerlei opzichten typerend voor de bedrijfsopvolging in de landbouw, oftewel 'uit het leven gegrepen'. Dit alles, gevoegd bij de erfrechtelijke aard van het geschil en de waardevolle rechtsregels, maakt het arrest tot een 'klassieker'.

Het volgende speelde zich rondom de bedrijfsopvolging af. Vader en zoon drijven sinds 1 januari 1974 in de vorm van een vennootschap onder firma samen een veehoudersbedrijf. In 1976 wordt deze vennootschapsovereenkomst in een notariële akte opgenomen. Vader heeft zijn melkveebedrijf met onroerende zaken in de vennootschap ingebracht. In de vennootschappelijke voortzettingsregeling is opgenomen dat bij het einde van de vennootschap, door bijvoorbeeld overlijden van een vennoot, de voortzetter recht heeft om overdracht dan wel toedeling van het vennootschappelijke vermogen te verlangen tegen vergoeding van de waarde daarvan, waarbij 'de onroerende goederen gewaardeerd dienen te worden naar de agrarische gebruikswaarde door de veehouderij'. Vader overlijdt in 1983; ten tijde van zijn overlijden was hij in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd. Verder had hij een ouderlijke boedelverdeling (art. 4:1167 (oud) BW) gemaakt, als gevolg waarvan moeder door het overlijden van vader tot het gehele aandeel van de erflater in het vennootschappelijke vermogen van bedoelde vennootschap gerechtigd werd. Zoon maakt na overlijden van zijn vader geen gebruik van de voortzettingsregeling; hij zet het bedrijf met moeder (die op dat moment bijna 68 jaar oud was) voort, op basis van de vennootschapsakte uit 1976. In 1991 beëindigen zij hun samenwerking (moeder was toen 76 jaar oud); de vennootschap wordt in onderling overleg ontbonden, waarbij het gehele vennootschappelijke vermogen aan de zoon wordt toegeedeeld tegen een vergoeding op basis van de agrarische waarde. In 1993 verkoopt de zoon een deel van de landbouwgrond; de opbrengst wordt

geherinvesteerd. Op 23 mei 1995 overlijdt moeder. Dochter stemt niet in met de afwikkeling van de nalatenschap van moeder omdat volgens haar in de akte uit 1991, waarbij de vennootschap tussen moeder en zoon is ontbonden en de toedeling van het daartoe behorende vermogen aan de zoon plaatsvond, een gift aan de voortzetter is gelegen, waardoor haar legitieme portie is geschonden. Kortom, een erfrechtelijk geschil is geboren!

In appel besliste Hof Amsterdam het volgende:

1. bij de ontbinding en de voortzetting in 1991 hadden slechts de onroerende zaken, en niet zoals feitelijk is geschied alle tot de vennootschap behorende goederen, tegen een vergoeding op basis van de agrarische waarde mogen worden toegeedeeld; de bedrijfsinventaris en het vee hadden moeten worden gewaardeerd en afge-rekend tegen de waarde in het economische verkeer;
2. de zoon is door het ontbreken van een meerwaardeclause in de 'voortzettingsovereenkomst' bevoordeeld.

Oftewel, naar het oordeel van het hof heeft het voor de agrarische waarde in aanmerking nemen van de bedrijfsinventaris en het vee geleid tot een gift en heeft daarenboven het ontbreken van een meerwaardeclause tot gevolg gehad dat de zoon als gevolg van de verkoop van de grond in 1993 een gift heeft genoten. De legitieme portie van de dochter is geschonden; de zoon dient een nader te bepalen bedrag aan de 'nalatenschap' te betalen. Door de zoon is cassatie ingesteld.

De Hoge Raad oordeelt over het eerste punt als volgt:

'Voor zover het hof voor zijn oordeel slechts bepalend heeft geacht de letterlijke tekst van de vennootschapsstatuten en niet de overige omstandigheden van het geval - de bedoeling van K. en zijn moeder dat hij het bedrijf te zijner tijd alleen zou kunnen voortzetten, het feit dat de rechtsbetrekking tussen deelgenoten wordt beheerst door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, het algemeen belang dat gelegen is in de continuïteit van de bedrijfsvoering - heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Zou het hof zich wel rekenschap hebben gegeven van de te dezen toepasselijke maatstaf, dan valt met geen mogelijkheid in te zien hoe het hof heeft kunnen komen tot zijn oordeel dat de bedrijfsinventaris en het vee niet naar de agrarische waarde, maar naar de waarde in het economische verkeer in aanmerking dienen te worden genomen.'

Over de waarderingsmaatstaf voor de bedrijfsinventaris en het vee zegt de Hoge Raad:

'In een dergelijk geval is (...) niet beslissend dat de vennootschapsstatuten alleen de onroerende zaken noemen als vermogensbestanddelen die tegen agrarische waarde gewaardeerd moeten worden. In de eerste plaats zal mede in aan-

35. ECLI:NL:HR:2004:AN8172. Zie voor een vergelijkbare, recentere uitspraak Rechtbank Noord-Nederland 22 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5188.

merking genomen moeten worden a) dat ook naar het in 1991 geldende recht de rechtsbetrekkingen tussen deelgenoten in een gemeenschap worden beheerst door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, die in het algemeen in de weg staan aan een waardering die voortzetting van een (nog juist lonend) bedrijf onmogelijk maakt en b) dat het steeds de bedoeling van de beide vennoten (K. en zijn moeder) is geweest dat een van hen (K.) het bedrijf na de ontbinding van de vennootschap zou kunnen voortzetten tegen voldoening van een vergoeding waarbij exploitatie van het bedrijf nog juist lonend was. Daarnaast dient de aard van de rechtsverhouding tussen de deelgenoten te worden meegewogen. Deze wordt in dit geval gekenmerkt door het feit dat het hier gaat om de samenwerking in het kader van een in familieverband uitgeoefend melkveebedrijf waarin eerst de vader, nadien (vanaf omstreeks 1962) de vader en K. (met ingang van 1 januari 1974 als vennoten), en vervolgens (vanaf 1983) K. en, zij het in aanmerkelijk mindere mate, zijn moeder activiteiten hebben ontplooid.'

De voortzetting van de landbouwonderneming op basis van vergoeding van de agrarische waarde is onder de geschetste omstandigheden geen gift omdat de deelgenoten op grond van de redelijkheid en billijkheid niet van een andere waarde mochten uitgaan op grond van de tussen hen bestaande vermogensrechtelijke verhouding. In feite ontbreekt daardoor het voor een gift constitutieve element *vrijgevigheid*.

De tweede cassatiekwesie betreft de meerwaardeclausule, en wel het niet-bedingen daarvan door moeder van de zoon. Volgens de zoon heeft het Hof miskend dat voor iedere schenking een handelen is vereist en dat een niet-handelen nimmer een schenking kan opleveren.

De Hoge Raad ziet dit anders:

'Dit betoog kan echter in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard: bevoordeling uit vrijgevigheid kan onder omstandigheden ook plaatsvinden door een niet-handelen. Evenmin kan als juist worden aanvaard dat, bij het ontbreken van een meerwaardeclausule in de vennootschapsovereenkomst tussen [eiser] en zijn moeder, in de in overeenstemming met die overeenkomst afgewikkelde scheiding en deling hoe dan ook geen (materiële) schenking van de moeder aan [eiser] kan zijn gelegen, gegeven het feit dat deze laatste bij die scheiding en deling slechts datgene heeft verkregen waarop hij contractueel recht had.'

Hoewel de aandacht voor de mogelijke rechtsgevolgen van een niet-handelen naar de eerste volzin van het citaat uitgaat, wil ik stilstaan bij de tweede volzin. Volgens mij zegt de Hoge Raad daar iets opmerkelijks. Ik verwoord het als volgt: indien de voortzetting overeenkomstig de vennootschapsovereenkomst is uitgevoerd, en dus geen meer-

waardeclausule overeengekomen is, sluit dat als zodanig een gift niet uit.

Naar mijn mening kan van een gift in beginsel geen sprake zijn indien de voortzettingsovereenkomst een *volledige* uitvoering van de vennootschapsovereenkomst behelst. Een met de voortzetting samenhangende vermogensverschuiving (verarming/verrijking) vloeit dan immers niet voort uit vrijgevigheid maar uit de nakoming van verbintenissen uit die vennootschapsovereenkomst. Als in deze overeenkomst geen meerwaardeclausule, althans de verplichting om deze van de bedrijfsopvolger te bedingen, voorkomt, dan lijkt het ontbreken van deze clausule bij de voortzetting in principe geen gift op te kunnen leveren.

Indien men echter de nadruk legt op het verkrijgen van hetgeen 'waarop hij contractueel recht' heeft en daarbij het hiervoor weergegeven citaat over de waarderingsmaatstaf betreft, verandert het beeld echter. Indien de beginselen van de redelijkheid en billijkheid immers nopen tot het vergoeden van alle bedrijfsmiddelen voor een prijs gelijk aan de agrarische waarde, hetgeen afwijkt van de letterlijke tekst van de vennootschapsovereenkomst, dan is het mijns inziens eveneens mogelijk dat deze beginselen verplichten tot het overeenkomen van een meerwaardeclausule. Men kan zelfs betogen dat de voortzetting op basis van de agrarische waarde, waarbij men derhalve uitgaat van een voortzetting van de onderneming, dwingt tot een meerwaardeclausule, om het eventuele niet-voortzetten van de onderneming 'op te vangen'.³⁶ De Hoge Raad laat in de tweede volzin zien, zoals hij al eerder deed, dat voor de vraag of van een gift sprake is, het geheel van de rechtsverhouding in aanmerking genomen moet worden.³⁷

We zien tevens dat volgens de Hoge Raad de meerwaardeclausule voor een (juridische) kwalificatie daarvan niet op zichzelf staand moet worden beoordeeld, maar in de context van de overeenkomst waarvan zij deel uitmaakt. Het niet-bedingen van deze clausule is dan als zodanig geen gift, maar kan betekenen dat de opvolgsovereenkomst waar deze niet-handeling onderdeel van uitmaakt tevens als een gift kan worden aangemerkt.

Overigens laat het vorenstaande onverlet dat in het *aangaan* van een vennootschapsovereenkomst een gift gelegen kan zijn, bijvoorbeeld in de voortzettingsregeling, die zich pas bij het einde van die overeenkomst kan openbaren en als voorwaardelijk kan worden aangemerkt. Ik kom op deze voorwaardelijke gift hierna in onderdeel 4.1 van deze bijdrage nog terug.

In het onderhavige geval is het Hof er volgens de Hoge Raad zonder voldoende motivering van uitgegaan dat de moeder daadwerkelijk in de positie verkeerde om een meerwaardeclausule zonder meer te kunnen bedingen, en door dat achterwege te laten

36. Zie W. Burgerhart, 'Bedrijfsopvolging en lonende exploitatie, mét of zónder hulp van de fiscus', *Kwartaalbericht Estate Planning*, december 2009.

37. HR 4 maart 2005, NJ 2005, 162.

een gift aan de zoon gedaan heeft. Anders geformuleerd, het staat niet vast dat moeder ten gunste van de zoon is verarmd door haar mogelijke aanspraak op een meerwaardeclausule te laten schieten.³⁸

Dit arrest past naar mijn mening bij de constante jurisprudentie over de toepassing van de redelijkheid en billijkheid bij de verdeling van gemeenschappen.³⁹ De verplichtingen ingevolge deze rechtsbeginselen, kunnen de voor de (civielrechtelijke) gift vereiste vrijgevigheid blokkeren. De beginselen kunnen naar mijn mening zowel verplichten tot een voortzetting op basis van de agrarische waarde als tot het overeenkomen van een meerwaardeclausule.

Iedere meerwaardeclausule bevat een *voorwaardelijk* element, namelijk het onzekere voorval (bijvoorbeeld de vervreemding van bedrijfsmiddelen) dat verplicht tot het delen van de meerwaarde.

De overdrager of derden ontvangen, indien dit voorval zich voordoet, een geldbedrag ten laste van de bedrijfsopvolger. Wat is de juridische titel van deze verkrijging (art. 3:84 lid 1 BW), zo kan men zich afvragen.

Op 13 januari 2006 beschikte Hof Leeuwarden in een (fiscale) procedure waarin eveneens de meerwaardeclausule aan de orde kwam.⁴⁰ De eenvoudige casus zag er als volgt uit:

Vader heeft bij notariële akte van 29 november 2001 een melkveehoudersbedrijf verkocht en in eigendom overgedragen voor een koopsom van fl. 1.444.007. De waarde in het economische verkeer van de onderneming beliep op dat moment fl. 4.809.527. De koopovereenkomst bevat een meerwaardeclausule.

Volgens de Belastingdienst was sprake van een gift en is een aanslag schenkingsrecht opgelegd. De zoon/bedrijfsopvolger is het hiermee niet eens. Volgens hem is geen sprake van een bevoordeling uit vrijgevigheid. De door de fiscus gehanteerde waarde houdt geen rekening met de onderrendabiliteit van een melkveehouderij en komt pas tot uitdrukking indien het bedrijf daadwerkelijk zou worden geliquideerd. Bij de overname van een landbouwbedrijf moet dan ook primair worden gekeken naar de vraag of een lonende exploitatie na overname mogelijk is, waardoor rekening wordt gehouden met de onderrendabiliteit. Oftewel volgens de zoon is de agrarische waarde de marktwaarde. Bovendien onderstreept het opnemen van de meerwaardeclausule dat van vrijgevigheid geen sprake is.

Volgens de inspecteur is de minimale waarde in het economische verkeer van een onderneming de liquidatiewaarde van de goederen, ook als de on-

derneming als geheel wordt verkocht. Hij vervolgt, ik citeer:

“Te dezen is de koopsom niet vastgesteld op wat er op de markt te realiseren zou zijn, maar op hetgeen belanghebbende kan betalen. Hierbij is uitgegaan van de vermogenspositie van belanghebbende, zijn capaciteit tot het financieren van de koopsom bij banken en dergelijke. Door aan andere kapitaalcrachtiger potentiële kopers voorbij te gaan en de koopsom vast te stellen op hetgeen de beoogde bedrijfsopvolger kan betalen, maakt de schenker een keuze. Het bestaan van de meerwaardeclausule bevestigt dat schenker en belanghebbende zich bewust waren van het verschil tussen waarde en koopsom. De prijsvaststelling is ingegeven door persoonlijke motieven welke tot de vrijgevigheid hebben geleid.”

Hof Leeuwarden ziet het als volgt:

‘Vaststaat, dat de waarde in het economische verkeer van de vermogensbestanddelen van de overgedragen onderneming ten tijde van de overdracht fl. 4.809.527 beliep en deze onderneming door de vader van belanghebbende werd overgedragen aan belanghebbende tegen een koopsom van fl. 1.444.007. Door belanghebbende is aangevoerd, dat bij een overname als de onderhavige primair moet worden gekeken naar de vraag of een lonende exploitatie na overname mogelijk is. Onder deze omstandigheden acht het hof aannemelijk, dat de vader van belanghebbende de bewustheid en de wil heeft gehad, met het oogmerk belanghebbende tot een lonende exploitatie van de onderneming in staat te stellen, belanghebbende te bevoordelen met het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van de onderneming en de koopsom daarbij overigens mede rekening houdend met de omstandigheid dat de onderneming zogenaamd geruisloos werd overgedragen. In zoverre is tot het bedrag van het verschil [...] in beginsel sprake van een schenking [...]. Aan de bewustheid van en de wil tot bevoordeling doet het hiervoor bedoelde oogmerk niet af, aangezien dit oogmerk niet anders betekent dan het motief tot de bevoordeling.’

Zoals hiervoor opgemerkt is de bevoordelingsbedoeling de achilleshiel van de schenking. Indien we de ‘state-of-mind’ van de schenker kunnen waarnemen, dient deze volgens het Hof (naar mijn mening terecht) te worden onderscheiden van het oogmerk, oftewel de bedoeling, van de bevoordeling. Dit oogmerk doet derhalve geen afbreuk aan het bewustzijn van de vrijgevigheid en de wil om een ander te bevoordelen, het brengt slechts tot uitdrukking waarom de geveer deze bevoordeling wenst.

Vervolgens komt de meerwaardeclausule aan de orde. Het hof overweegt:

38. Hof Arnhem besliste overigens na verwijzing dat het niet-bedingen van een meerwaardeclausule in casu geen gift was. Hof Arnhem 15 maart 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT1011.

39. Zie bijvoorbeeld HR 23 december 1965, NJ 1967, 44 (*Hendriksen-Maatkamp*), HR 12 oktober 2001, NJ 2003, 534 en HR 31 mei 2002, NJ 2003, 342.

40. ECLI:NL:GHLEE:2006:AU9904.

'Ook de gesloten meerwaardeclausule doet – anders dan belanghebbende meent – aan de wil tot bevoordelen niet af, nu deze meerwaardeclausule onder de gegeven omstandigheden slechts een voorwaarde in het beeld brengt tot welk bedrag die bevoordeling uiteindelijk zal worden genoten.'

De inspecteur trekt in deze procedure aan het langste eind. We zien ook in deze uitspraak dat de meerwaardeclausule wordt beoordeeld als onderdeel van de opvolgingsovereenkomst. Het is niet de clausule als zodanig die al dan niet als een gift kan worden aangemerkt. De meerwaardeclausule zorgt ervoor, blijkens laatstgemeld citaat, dat de gift *voorwaardelijk* wordt. De meerwaardeclausule is een voorwaarde, en wel ontbindend voor zover het de verkrijging door de bedrijfsopvolger 'terugneemt' en opschortend voor zover de clausule resulteert in een verkrijging door derden.⁴¹

Indien men met mij tot de conclusie komt dat een meerwaardeclausule in wezen niets anders is dan een voorwaarde (art. 3:38 BW), ontbindend dan wel een combinatie van ontbindende en opschortende voorwaarde, dan kan een meerwaardeclausule als zodanig het karakter van een rechtshandeling niet veranderen. Zo kan een meerwaardeclausule mijns inziens het giftkarakter *niet* aan een opvolging ontnemen.

Omdat de 'proof of the pudding, in the eating is', een derde uitspraak waarin de agrarische bedrijfsopvolging met een meerwaardeclausule gepaard ging. Het gaat om Hof Den Bosch van 20 januari 2011.⁴² De feiten, in het kort: Na overlijden van vader (in 1996) is moeder als gevolg van de ouderlijke boedelverdeling enige gerechtigde tot diens nalatenschap. Tot de nalatenschap behoort een perceel bouwland dat minnelijk is getaxeerd (peildatum 21 augustus 1996) tegen de waarde in het economische verkeer, op een bedrag van fl. 85.000 (€ 38.571). Deze waarde is niet in geschil. Op 8 oktober 1997 heeft moeder dit perceel verkocht en overgedragen aan een van haar zonen (K), voor een koopsom gelijk aan de getaxeerde waarde van fl. 85.000 (€ 38.571). In de akte van levering is een winstdelingsregeling (meerwaardeclausule) opgenomen, die gedeeltelijk als volgt luidt:

'Indien koper de hiervoren gemelde onroerende zaak binnen vijftien jaar na heden vervreemd, is hij verplicht de meerwaarde daarvan gelijkelijk te verdelen met verkoper en alle kinderen van verkoper (hijzelf daaronder begrepen).'

41. In deze rechtsverhoudingen kan men een tweetrapsregeling ontwaren, indien men een verkrijging onder een ontbindende voorwaarde met een daarbij aansluitende verkrijging onder een opschortende voorwaarde aantreft. Óf sprake is van een tweetrapsregeling zal in concreto afhangen van de vraag of de verwachter het tijdstip waarop de voorwaarde in vervulling gaat overleeft. Zie art. 4:141 BW.

42. ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ2845.

Op 27 oktober 2004 heeft zoon K het perceel verkocht voor € 850.000. Op 28 oktober 2004 heeft de notaris een bedrag van (afgerond) € 852.327 overgeboekt op de rekening van de zoon. Dit bedrag is de koopsom plus € 2.327 rente. Op 2 november 2004 heeft de zoon hetzelfde bedrag van € 852.327 overgemaakt naar de rekening van moeder. Op 31 december 2004 heeft moeder het bedrag overeenkomstig de hiervoor geciteerde regeling overgeboekt op de bankrekeningen van haar kinderen. Het Hof dient zich te buigen over het antwoord op de vraag of sprake is van een belastbare schenking van moeder aan zoon K, welke vraag door de Inspecteur bevestigend en door de zoon ontkennend wordt beantwoord. Voor partijen staat vast dat de koopprijs gelijk is aan de waarde in het economische verkeer op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst, ter gelegenheid waarvan de zoon zich aan de meerwaardeclausule heeft verbonden.

Omdat het perceel is overgedragen voor de waarde in het economische verkeer, verarmt moeder niet en kan van een schenking geen sprake zijn, zo oordeelt de rechtbank in eerste aanleg.

Het hof ziet het als volgt:

'4.4. Volgens artikel 1, lid 3, Successiewet wordt onder schenking verstaan de gift bedoeld in artikel 7:186, lid 2, BW, zijnde iedere handeling die ertoe strekt dat degene, die de handeling verricht, ten koste van het eigen vermogen een ander verrijkt. In het onderhavige geval bestaat de handeling van moeder uit het overeenkomen van het derdenbeding.

4.5. Dit derdenbeding heeft zonder twijfel waarde; de rechthebbenden verkrijgen immers alleen de goede kansen en niet de kwade kansen bij de waardeontwikkeling van het perceel. De rechthebbenden worden derhalve ten gevolge van het derdenbeding verrijkt. Deze verrijking komt echter niet ten laste van moeder. Zij heeft immers als tegenprestatie voor de overdracht van het perceel een bedrag ontvangen dat gelijk is aan de waarde in het economische verkeer. Háár vermogen is niet verminderd. Niet op het moment van de overdracht van het perceel, maar ook niet daarna, omdat zij ná de overdracht geen recht (behalve dan in haar kwaliteit als een der rechthebbenden) had op (de meerwaarden van) het perceel. De stelling van de Inspecteur, dat zij zich in wezen de meerwaarde heeft voorbehouden, is in strijd met de door moeder en K gesloten overeenkomsten, welke overeenkomsten naar het oordeel van het Hof de werkelijke afspraken tussen partijen weergeven.'

Kortom, volgens het hof is de beslissing van de rechtbank juist.

We zien opnieuw dat de meerwaardeclausule een voorwaardelijke verkrijging voor de (meerwaarde) gerechtigden bewerkstelligt, maar niet los van de vermogensrechtelijke omgeving geoormerkt mag

worden. De overeenkomst tussen moeder en zoon kan niet als een gift worden aangemerkt, een meerwaardeclausule verandert daaraan niets.⁴³

Opvolgingsgift en erfrecht

Zoals in de inleiding al is opgemerkt, werpt het erfrecht zijn schaduw vooruit. De legitieme portie wordt immers verkregen 'in weerwil van giften en uiterste wilsbeschikkingen', zo bepaalt art. 4:63 lid 1 BW. Inkorting van giften is mogelijk, voor de legitieme portie (art. 4:89 BW) en eventueel ook voor de andere wettelijke rechten (art. 4:34 BW). Ik richt me uitsluitend op de legitieme portie.

Indien de bedoelde legitimaire claim na het overlijden geldend wordt gemaakt en er ten laste van bedrijfsopvolgingsgiften wordt ingekort, kunnen de betreffende begiftigden slechts worden geconfronteerd met geldvorderingen. De goederenrechtelijk afgeronde bedrijfsopvolging loopt geen gevaar, de financiering daarvan kan natuurlijk wel bekneld raken door aanvullende rente- en aflossingsverplichtingen. De impact van de legitieme portie op de continuïteit van de voortgezette onderneming hangt vanzelfsprekend primair af van de *grootte* van de legitieme portie.⁴⁴

De legitieme portie is afhankelijk van de *waarde* van erflaters vermogen (art. 4:63 lid 1 BW).⁴⁵ Het begrip waarde komen we in Boek 4 BW geregeld tegen; de waarde van (de tot erflaters vermogen behorende) goederen en schulden is bepalend ter concretisering van verschillende erfrechtelijke rechtsverhoudingen.⁴⁶ Een definitie of omschrijving van het begrip waarde ontbreekt echter in het Burgerlijk Wetboek. In de erfrechtelijke literatuur wordt voor de invulling van het begrip waarde vaak verwezen naar de invulling die dit begrip bij de *verdeling* van een nalatenschap krijgt.⁴⁷ In die verdeling spelen de redelijkheid en billijkheid een bepalende rol, evenals bij de waardering als onderdeel van de

verdeling. De daarbij te hanteren waarde wordt wel aangeduid als *rechtssfeerwaarde* en *verdelingswaarde*.⁴⁸ De rechtspraak vertoont een constante lijn als het om de invloed van de redelijkheid en billijkheid bij een verdeling en dus ook de waardering van de gemeenschappelijke goederen en schulden betreft.⁴⁹ Ook het hiervoor aan de orde gestelde arrest van de Hoge Raad van 13 februari 2004 past in deze lijn.

In de wetshistorie van het huidige Boek 4 BW werd voor vragen over de invulling van het waardebegrip telkens naar de verdeling en de hiervoor bedoelde jurisprudentie gewezen. Daarin zou ook de 'oplossing' voor legitiemedreiging bij de bedrijfsopvolging in agrarische ondernemingen gevonden kunnen worden. Bij de afwikkeling van de nalatenschap zouden we immers de verdelingswaarde aantreffen, welk waardebegrip de betrokkenen bijvoorbeeld kan verplichten om af rekenen op basis van de agrarische waarde of de waarde in verpachte staat in plaats van op de hogere waarde in het economische verkeer.⁵⁰

Naar mijn mening wordt zowel in de literatuur als in de parlementaire geschiedenis op dit punt een fundamentele denkfout gemaakt omdat erfrechtelijke waardeverwikkelingen zich namelijk *niet* in alle gevallen bij de *verdeling van de nalatenschap* afspelen. Dat geldt in het bijzonder voor de legitieme portie, die voor een bedrijfsopvolging immers nog slechts als economische hindernis (een geldschuld) bestaat. De rechtsverhoudingen tussen de erfgenamen en de legitimarissen zijn in de legitiemeregeling door de wetgever met geldaanspraken ingevuld; de vermogensrechtelijke band van de gemeenschap ontbreekt. De (met concrete feiten en omstandigheden rekening houdende) verdelingswaarde speelt voor de berekening van de legitieme portie daardoor als zodanig geen rol. De wetgever heeft de verbintenisrechtelijke verhoudingen in de legitiemeregeling vormgegeven aan de hand van de objectieve waarde in het economische verkeer van erflaters vermogen. Daarbij dient men in beginsel te abstraheren van *concrete* feiten en omstandigheden. Zo is de beslissing van een opvolger om een niet-rendabele onderneming voort te zetten, voor de berekening van de legitieme portie voor de niet-opvolger in principe irrelevant. Deze legitimaris hoeft niet de dupe te worden van dit besluit; hij wordt door de wetgever uitgeoefend op basis van de hoogst haalbare marktprijs op de peildatum van art. 4:6 BW. Voor deze visie zijn meerdere argumenten aan te voeren, waarvan ik op deze plaats wijs op de gemelde peildatumregel. Een dergelijke regel, die verplicht tot het hanteren van een waarde voor de berekening van de legitieme op het moment on-

43. Zie hierover A. Verduijn, 'Fiscale aspecten van de meerwaardeclausule bij agrarische bedrijfsopvolging', *TvAR* 2015, nr. 1. Blijkens de toelichting van de staatssecretaris van financiën is zonder verarming van moeder geen sprake van een schenking, maar heeft moeder wellicht een te hoge koopprijs ontvangen; *V-N* 2011/26.17.

44. Ook het moment van opeisbaarheid van de legitieme portie en de eventuele rente die bij uitstel verschuldigd wordt, kan van invloed zijn. De opeisbaarheid komt hierna nog aan de orde. In geval van uitgestelde opeisbaarheid is de verschuldigde rente gelijk aan de wettelijke rente minus zes procent, oftewel (al sinds de invoering van het huidige erfrecht) renteloos. Zie art. 4:84 BW.

45. Het peilmoment voor de waarde is te vinden in art. 4:6 BW: het tijdstip onmiddellijk na het overlijden van erflater.

46. Zie over waarde in het erfrecht uitgebreid, W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008.

47. Zie bijvoorbeeld, W. Heuff, *Legitieme portie*, *Mon. Nieuw BW B-20*, Deventer: Kluwer 2004, p. 17; E.W.J. Ebben, *De positie van de langstlevende echtgenoot en de kinderen in het nieuwe erfrecht* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2000, p. 161, 201.

48. Zie voor literatuur terzake, W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008, p. 170, noot 164.

49. Een richting bepalend arrest in dit kader is: HR 23 december 1965, *NJ* 1967, 44 (*Hendriksen-Maatkamp*).

50. W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008, p. 170 e.v.

middellijk na erflaters overlijden, sluit naar mijn mening op grond van haar aard de redelijkheid en billijkheid uit.⁵¹ Het is mogelijk dat de legitimarissen als gevolg van de waardeontwikkelingen van de nalatenschapsbestanddelen in vergelijking tot een erfgenaam (in de loop van de tijd) meer of minder verkrijgen, maar dat is niet het geval op het peilmoment waarop de omvang van de legitieme portie wordt 'geprikt'. De legitimarissen, zo bepaalt de wet, kunnen als zodanig een deel van de waarde van erflaters vermogen verkrijgen, en dat is *geen* van de erfgenamen afgeleid recht zoals wel wordt beweerd.⁵² De legitimaris behoudt geen economisch belang bij de bedoelde nalatenschapsbestanddelen, en dat is mede de reden om hem op het peilmoment op basis van de hoogst haalbare prijs af te kaarten.⁵³ Voor bedrijfsopvolgingen kan dit waarderingperspectief ongunstig uitpakken. Indien men de aanspraken van legitimarissen dient vast te stellen zonder de concrete feiten en omstandigheden in aanmerking te mogen nemen, is een voorgenomen bedrijfsopvolging als zodanig evenmin een voor de waardering relevante factor. Bij de bepaling van een verdelingswaarde kan daarvan, zoals hiervoor opgemerkt, wel sprake zijn. Zo zal een onderneming met onderrentabiliteit voor de legitiemeregeling in beginsel op basis van de liquidatiewaarde in aanmerking genomen moeten worden, omdat voortzetting daarvan vanuit een objectief, rationeel economisch perspectief niet zal plaatsvinden. In de verdeling van een nalatenschap zou een legitimaris daarentegen wel rekening dienen te houden met het feit dat een dergelijke onderneming door een deelgenoot voortgezet zal worden. De claim van de legitieme portie op een bedrijfsopvolging wordt onder huidig erfrecht derhalve op de 'hoogste waarde' vastgesteld, en kan in die zin als gevolg van daarmee samenhangende rente- en aflossingsverplichtingen een grote(re) bedreiging voor de continuïteit vormen. Mijns inziens had de wetgever er goed aan gedaan met dit effect rekening te houden door een daarop toegespitste bedrijfsopvolgingsfaciliteit in Boek 4 BW op te nemen.⁵⁴

De behoefte aan een dergelijke faciliteit kan onder andere worden afgeleid uit de volgende procedure. Rechtbank Haarlem oordeelde op 16 december 2009 over een legitiemekwestie die samenhang met een

familiaire bedrijfsopvolging uit een personenvennootschap.⁵⁵ Het is voor zover ik weet, de eerste of een van de eerste zaken waarin in een gepubliceerde uitspraak de waarde onder het huidige erfrecht aan de orde kwam. Ook deze zaak kan als weer als typerend voor de agrarische bedrijfsopvolging worden gekenschetst.

Eerst de casus:

Het gaat om de opvolging in een 'veehouderij annex akkerbouwbedrijf' door twee (zonen) van de vijf uit een echtpaar geboren kinderen (één dochter en vier zonen). De ouders waren in de wettelijke gemeenschap van goederen met elkaar getrouwd. Het bedrijf werd aanvankelijk door vader als eenmanszaak gedreven, waarbij de twee bedrijfsopvolgers vanaf hun jeugd in het bedrijf meegewerkt hebben. Op 1 januari 2005 sluiten vader en de bedoelde twee kinderen een (personen)vennootschapsovereenkomst; de gemaakte afspraken worden in een onderhandse akte opgenomen.

Moeder overlijdt op 10 mei 2007; op grond van haar testament is vader haar enige erfgenaam. Vader overlijdt niet lang daarna (7 juli 2008). Bij kort voor zijn overlijden gemaakt testament (8 mei 2008) heeft vader ten behoeve van de twee bedrijfsopvolgers legaten gemaakt van:

1. de inboedel;
2. zijn aandeel in de hiervoor bedoelde vennootschap (onder firma), tegen inbreng van de boekwaarde;
3. de tot de nalatenschap behorende onroerende zaken, tegen inbreng van de verpachte waarde, waarbij de op deze zaken rustende hypothecaire geldleningen voor rekening komen van de legatarissen en met de inbrengverplichting kunnen worden 'verrekend'.

Vader benoemt zijn vier zonen tot zijn erfgenamen, voor gelijke delen, en onterft zijn enige dochter.

Na het overlijden van vader maken alle kinderen (in augustus 2008, een maand na het overlijden van de langstlevende) aanspraak op hun legitieme portie in de nalatenschap van *moeder*; door de erfstelling ten behoeve van vader waren zij immers allen onterfd. De onterfde dochter claimt als enige de legitieme portie in *vaders* nalatenschap. De kern van ieders eis betrof de vaststelling van zijn/haar legitimaire tekort.

Daarvoor dient de legitieme portie, als aandeel in de waarde van erflaters vermogen, te worden berekend. Tot dat vermogen behoorde de onderneming, zodat het dispuut zich toespitste op de voor deze berekening in aanmerking te nemen waarde van het bedrijf.

Naar de mening van de niet-opvolgers (de dochter en twee zonen) is de waarde van de tot de nalatenschap behorende onderneming (door de opvolgers)

51. Over de rol van de peildatumregel zie W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008, p. 393. Voor andere argumenten verwijs ik naar W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008, p. 384 e.v.

52. T.J. Mellema-Kranenburg, *Tijdschrift Erfrecht* 2016, nr. 2.

53. W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008, p. 169.

54. W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008, p. 412. Rechtsvergelijkend onderzoek in het *Duitse Landwirtschaftsrecht* laat zien dat bij een legitieme portie in geld waardering- en uitstelregelingen in beginsel onontbeerlijk zijn. W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008, p. 531, 532.

55. Rb. Haarlem 16 december 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK7178; zie ook *Notamail* 2009, nr. 309. Zie over deze uitspraak ook, W. Burgerhart, 'Bedrijfsopvolging via een personenvennootschap en de legitieme', *WPNR* 2013/6971.

te laag (in verpachte staat bij voortgezet agrarisch gebruik) vastgesteld, met vanzelfsprekend een kleinere omvang van hun legitieme portie tot gevolg. Volgens hen diende de (hogere) waarde in het economische verkeer te worden gebruikt.

Rechtbank Haarlem overweegt dat de legitieme portie op grond van art. 4:65 BW wordt berekend over de waarde van de nalatenschapsgoederen, vermeerderd met bepaalde giften (zie art. 4:67 BW) en verminderd met bepaalde schulden, en dat in de beide betrokken nalatenschappen zowel deelgenoten als legitimarissen betrokken zijn. Aan dit laatste gegeven dient volgens de rechtbank de volgende conclusie te worden verbonden:

‘De omstandigheid dat legitimarissen in het huidige erfrecht geen erfgenamen meer zijn en slechts recht hebben op een geldvordering, betekent echter niet dat zij bij de waardebepaling van de goederen van de nalatenschap een andere positie innemen dan de erfgenamen die zich ingevolge artikel 3:166 BW als deelgenoten jegens elkaar dienen te gedragen naar de eisen van redelijkheid en billijkheid. Deze eisen van redelijkheid en billijkheid werken, nu uit de gelijke terminologie in artikel 4:6 en 4:65 BW kan worden afgeleid dat het om eenzelfde waarde gaat, door in de betrekkingen tussen de erfgenamen en de legitimarissen.’

Kortom, volgens de rechtbank is de waarde in het economische verkeer het vertrekpunt voor de waardebepaling van nalatenschapsgoederen ‘tenzij er sprake is van omstandigheden waarin eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen, dat van een andere maatstaf moet worden uitgegaan’. Men kan blijkens het vonnis denken aan de situatie dat een bedrijf moet worden gestaakt om de *legitieme portie(s)* en *erfdelen* uit te kunnen keren.

Hiermee heeft de rechtbank het erfrechtelijke speelveld in kaart gebracht en kan de beoordeling van de door partijen ingenomen standpunten volgen. Zo oordeelt de rechtbank dat het *aangaan* van de vennootschap niet van economische motieven was ontbloot; dit was noodzakelijk om de voortzetting van het familiebedrijf te verzekeren. Er was sprake van een renderende onderneming, zij het met geringe positieve resultaten. Een en ander brengt de rechtbank tot het volgende oordeel:

‘Onder genoemde omstandigheden moet bij de waardering van de onroerende zaken die in de vennootschap zijn ingebracht in het kader van de berekening van de legitimaire massa uitgegaan worden van de agrarische waarde, dat wil zeggen van de waarde waarbij voortzetting van de exploitatie nog juist lonend is.’

De crux van het onderhavige vonnis zit mijns inziens in dit citaat, waarin de volgens rechtbank Haarlem juiste maatstaf voor de legitiemeberekening wordt gegeven. Overigens wordt deze ook toegepast op de ingebrachte quota. Voor niet-inge-

brachte goederen wordt de ‘vrije verkoopwaarde’ gehanteerd.

Het moge gezien mijn hiervoor gehouden betoog over de voor de berekening van de legitieme portie in aanmerking te nemen waarde geen verbazing wekken dat ik mij niet kan vinden in de redenering van rechtbank Haarlem. Met het (praktische) resultaat kan ik overigens wel vrede hebben.⁵⁶ De door rechtbank Haarlem gekozen route naar dit resultaat is naar mijn mening niet de juiste weg. Het vertrekpunt voor de berekening van het legitimaire tekort had niet de waarde van erflaters vermogen moeten zijn, maar de (voor)vraag wát tot dit vermogen behoorde. In concreto, behoort het aandeel in de betrokken (personen)vennootschap wel tot moeders en/of vaders nalatenschap?

Moeder overleed als eerste, zij was geen vennoot en als zodanig dus niet tot het vennootschapsvermogen gerechtigd. Via de huwelijksgemeenschap was evenmin sprake van een goederenrechtelijke gerechtigdheid omdat volgens de heersende leer een dergelijk aandeel niet tot de huwelijksgemeenschap van een gehuwde vennoot behoort.⁵⁷ Slechts de waarde van het aandeel valt in de huwelijksgemeenschap. In de onderhavige casus behoorde het vennootschapsaandeel derhalve tot het eigen vermogen van vader; bij overlijden van moeder kon niet meer dan de helft van de waarde van dat aandeel tot haar nalatenschap en dus tot de legitimaire massa behoren. De in geschil zijnde waardering diende dan ook niet de onderneming als zodanig maar de waarde van het vennootschapsaandeel te betreffen, en daarvoor is de inhoud van de vennootschapsovereenkomst van belang, in het bijzonder de voortzettingsregelingen bij liquidatie, uittreding of overlijden. Deze voortzettingsregelingen spelen bovendien niet slechts een rol in de laatstgemelde gevallen, maar ook voor de waarde van het aandeel in de vennootschap tijdens haar bestaan. En daarvan is in de onderhavige casus sprake omdat ten tijde van moeders overlijden de vennootschap met vader nog bestond. Een en ander betekent mijns inziens dat de waarde van de economische deelgerechtigdheid afgeleid dient te worden uit de vergoedingsafspraken in de voortzettingsregeling. Zo beschouwd behoort, zij het via een andere ‘route’ dan in het vonnis van rechtbank Haarlem, een lagere waarde dan in het economische verkeer (te weten de boek-/verpachte waarde) van het vennootschapsaandeel tot moeders legitimaire massa.⁵⁸ Het spreekt voor zich dat de legitieme portie daardoor ook lager uitvalt.

56. Zie ook W. Burgerhart, ‘Bedrijfsopvolging via een personenvennootschap en de legitieme’, *WPNR* 2013/6971.

57. Zie onder andere HR 3 mei 1968 (NJ 1968, 267 (Otten-Otten)).

58. Ervan uitgaande dat de vergoeding in de vennootschappelijke voortzettingsregeling overeenkwam met de door vader gemaakte uiterste wilsbeschikkingen, diende voor het vennootschapsaandeel een prijs gelijk aan de boekwaarde daarvan te worden betaald en voor de ingebrachte onroerende zaken de waarde in verpachte staat.

Ten tijde van vaders overlijden is er geen huwelijks-gemeenschap meer en behoort het (goederenrechtelijke) aandeel in de personenvennootschap (met zijn zonen) tot diens nalatenschap. Hetzelfde geldt evenwel voor de uit de voortzettingsregeling voortvloeiende leveringsverplichting van dat aandeel aan de voortzitters. Het maatschapsaandeel en de leveringsverplichting vallen 'in waarde' in beginsel tegen elkaar weg. Dit gaat ook voor de berekening van de legitimaire massa op indien de schuld uit de leveringsverplichting een schuld van de erflater is, die niet met zijn dood tenietgaat, in de zin van art. 4:7 lid 1 letter a BW. Een dergelijke schuld is immers opgenomen in het rijtje 'aftrekposten' van art. 4:65 BW. Als gevolg van de voortzettingsafspraken in de vennootschapsovereenkomst behoort tot de nalatenschap en dus tot de legitimaire massa uitsluitend de vergoeding voor de verkrijging van het vennootschapsaandeel, oftewel de boek-/verpachte waarde.⁵⁹

We zien dat via een nadere beschouwing voor de bepaling van de omvang van de legitimaire massa kan worden gerekend met een lagere waarde dan de waarde in het economische verkeer, te weten de *boekwaarde* voor het vennootschapsaandeel en de *verpachte waarde* voor de (buitenvennootschappelijke) onroerende bedrijfsmiddelen. Hieruit kan worden geconcludeerd dat een vennootschapsovereenkomst in beginsel een probaat middel kan zijn om met de legitimarissen voor een in agrarische kringen gebruikelijke waarde 'af te rekenen'.⁶⁰ Dit gaat echter niet op indien de schuld uit de vennootschapsovereenkomst als een *gift* of als een zogenoemd *quasi-legaat* (art. 4:7 lid 1 letter i BW) kan worden aangemerkt. In deze beide gevallen levert de schuld namelijk geen 'aftrekpost' voor de legitiemeberekening op. Ik zal hierna op het quasi-legaat ingaan. De gift bij uittrekking, op het opvolgingsmoment is hiervoor al besproken; hierna kom ik nog op de gift bij het aangaan van de vennootschapsovereenkomst terug.

Zonder de invloed van de voortzettingsregeling uit de vennootschapsovereenkomst is er naar mijn mening geen reden om voor de berekening van de legitieme portie uit te gaan van de boekwaarde en/of de agrarische waarde, zoals hiervoor uiteengezet. In dat geval kan het gemis aan op de omvang van de legitieme portie toegespitste bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zich doen gevoelen.

Vennootschapsovereenkomst als quasi-legaat

Indien, zoals hiervoor in de casus van rechtbank Haarlem, de verplichting uit de vennootschappe-

lijke voortzettingsregeling een schuld van de erflater is die niet met zijn dood tenietgaat (art. 4:7 lid 1 letter a BW), verkleint deze de legitimaire massa en dus de legitieme portie (vide art. 4:65 BW).⁶¹ Indien de schuld uit een *gift* of een *andere handeling* voortspruit die in art. 4:126 BW als een legaat wordt aangemerkt (een quasi-legaat), is sprake van een 'letter i-schuld' die voor de legitiemeberekening geen aftrekpost vormt. Met de gift wordt bedoeld op een (in een vennootschapsovereenkomst gelegen) gift ter zake des doods (art. 4:126 lid 1 BW juncto art. 7:177 BW).

Bij de hiervoor bedoelde 'andere handeling' dient men aan het volgende te denken. Bevat een vennootschapsovereenkomst bij overlijden werkende bedingen die een goed onder opschortende voorwaarde of onder opschortende tijdsbepaling *zonder redelijke tegenprestatie* op een ander – kunnen – doen overgaan, dan worden deze op grond van art. 4:126 lid 2 letter a BW voor de erfrechtelijke inkortings- en verminderingsregeling als legaten aangemerkt. Hierdoor wordt voorkomen dat door middel van overeenkomsten erflaters vermogen ten nadele van legitimarissen en nalatenschapsschuldeisers wordt verkleind. Of een vennootschappelijke voortzettingsregeling een quasi-legaat is, hangt derhalve van de overeengekomen tegenprestatie af. Is deze (naar het art. 4:6 BW-moment beoordeeld) 'redelijk' dan is van een gelijkstelling met een legaat geen sprake. Wederkerigheid van het beding geldt overigens niet als tegenprestatie, zo bepaalt art. 4:126 lid 2 letter a, slotzin BW.

Voor de beoordeling van de tegenprestatie is de waarde in het economische verkeer het vertrekpunt.⁶² Door het gebruik van de term redelijke tegenprestatie is blijkens de wetshistorie 'enige speelruimte' gegeven. We lezen daarin ook dat een lage prijs redelijk kan zijn als daarmee een verwant tot de bedrijfsopvolging kan worden bewogen.⁶³ Verder kan een dergelijke prijs worden onderbouwd omdat het alleen zo voor een opvolger rendabel is om zijn arbeidsinspanning aan te wenden ten behoeve van het bedrijf.⁶⁴ Naar mijn mening kunnen dergelijke concrete feiten en omstandigheden de redelijkheid van een (te) lage tegenprestatie niet legitimeren, getuige op de rol van de quasi-legaten in de legitiemeregeling.⁶⁵ Het valt echter buiten het bestek van deze bijdrage om daarop verder in te gaan; ik verwijs daarvoor naar de aangehaalde bronnen.

59. Zie vorige noot. Zie ook onderdeel 4.2 van deze bijdrage.

60. Zie voor ontgaansstrategieën voor de legitieme portie in het algemeen, B.M.E.M. Schols, *preadvies KNB 2005*, Den Haag: Sdu uitgevers 2005, p. 128 e.v., en over mogelijke de invloed van vennootschaps- en pachtovereenkomsten op erfrechtelijke verhoudingen, W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008, p. 390, 391, 396 e.v.

61. Is in de vennootschappelijke samenwerking als zodanig een gift in de zin van art. 4:67 BW gelegen, dan wordt de legitimaire massa met deze gift vermeerderd.

62. Zie F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 147 e.v.

63. MvT, *Kamerstukken II* 1981/82, 17 213, nr. 3, p. 13-14.

64. Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 2000/01, nr. 6, p. 21.

65. Zie met verwijzingen naar relevante literatuur, Van Mourik/Burgerhart, *De Personenvennootschap in breed perspectief*, Deventer: Kluwer 2010, p. 152.

Het hangt derhalve primair van de grootte van de tegenprestatie af, of een vennootschapsrechtelijke voortzettingsregeling een quasi-legaat is. Indien deze niet redelijk is, blijft de 'onttrokken waarde' voor de legitieme berekening tot erfslaters vermogen behoren en heeft de voortzettingsregeling geen (drukkende) invloed op de omvang van de legitieme portie. Wellicht ten overvloede, goederenrechtelijk blijft alles 'op zijn plaats', maar een grote(re) legitimaire claim kan de bedrijfsopvolger liquiditeitsproblemen bezorgen. Enig betalingsuitstel zou kunnen worden verkregen indien bij uiterste wilsbeschikking een niet-opeisbaarheidsclausule (art. 4:82 BW) zou worden verbonden aan het bedoelde quasi-legaat (art. 4:129 BW). Aan de nominale omvang van de legitieme portie verandert een uitstelregeling echter niets. Daarvoor is, zoals hiervoor al opgemerkt, een waarderingsfaciliteit nodig.

3.2. Fiscaalrechtelijke aspecten van de 'opvolgingsgift'

Zoals eerder opgemerkt, blijft de fiscaalrechtelijke behandeling van de bedrijfsoverdracht in de landbouw in deze bijdrage aan het preadvies beperkt tot de schenk- en erfbelasting. Het spreekt voor zich dat ook andere heffingen aan de orde kunnen zijn, die eveneens van invloed kunnen zijn op het bedrijfsopvolgingsproces. Hierbij kan worden gedacht aan de overdrachts- en inkomstenbelasting. Voor de vraag óf sprake is van een belastbaar feit voor de schenkbelasting, dient de bedrijfsopvolging als een schenking te kunnen worden aangemerkt zo volgt uit art. 1 lid 1 SW 1956. Art. 1 lid 7 SW 1956 verwijst voor de invulling van het fiscale begrip schenking naar de gift als bedoeld in art. 7:186 lid 2 BW. Zoals hiervoor bleek, is niet iedere vermogensverschuiving ten gunste van een bedrijfsopvolger een gift in civielrechtelijke zin. Over de vraag óf een dergelijke vermogensverschuiving niettemin een gift voor de erfbelasting kan opleveren, boog de Hoge Raad zich op 20 maart 2009, en besliste op dat punt als volgt:⁶⁶

'Middel 1 betoogt terecht dat het Hof niet aan de hand van het waarderingsvoorschrift van artikel 21 van de Successiewet 1956 (hierna: de Wet) had mogen beoordelen of sprake is van een schenking in de zin van de Wet. Artikel 1, lid 2, (thans lid 7; toevoeging WB) van de Wet, zoals dat in het onderwerpelijke jaar luidde, verwees immers voor het begrip 'schenking' naar de desbetreffende titel uit het Burgerlijk Wetboek. Bij de beoordeling of sprake is van een schenking volgens het Burgerlijk Wetboek spelen de voorschriften van artikel 21 van de Wet geen rol.'

De bedrijfsopvolging in dit arrest was vergelijkbaar met die in het arrest van 13 februari 2004. In beide gevallen ging het om de situatie dat de bedrijfsop-

volger op grond van het maatschapscontract het vennootschapsaandeel van de ouder (mede omwille van de voortgezette bedrijfsuitoefening) voor een lagere prijs dan de waarde in het economische verkeer kon overnemen. De overnamesom werd telkens vastgesteld op een niveau waarbij een nog juist lonende exploitatie door de bedrijfsopvolger mogelijk was en deze opvolger het voornemen had om de onderneming voort te zetten. In de casus van het (fiscale) arrest uit 2009 verweerde de zoon zich tegen de aanslag schenkbelasting met een beroep op het hiervoor behandelde arrest uit 2004. Indien een (civielrechtelijke) gift op het bedrijfsopvolgingsmoment (het einde van de personenvennootschap) ontbreekt, dan is er volgens hem evenmin een belastbaar feit voor de schenkbelasting.

De Hoge Raad kon zich in deze redenering vinden, zo blijkt uit het volgende citaat:

'Daarnaast wijst het middel er in dit verband terecht op dat in onderdeel 3.4.4 van het arrest van de Hoge Raad van 13 februari 2004, nr. CO2/223HR, NJ 2004, 653, ter zake van een situatie als de onderwerpelijke, waarin een voorheen door vader en zoon in maatschapsverband uitgeoefend agrarisch bedrijf wordt voortgezet door de zoon, onder meer is overwogen 'dat (...) de rechtsbetrekkingen tussen deelgenoten in een gemeenschap worden beheerst door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, die in het algemeen in de weg staan aan een waardering die voortzetting van een (nog juist lonend) bedrijf onmogelijk maakt (...)'. Hieruit vloeit voort dat in het algemeen sprake zal zijn van nakoming van een verplichting - en niet van de bedoeling tot bevoordeling die is vereist voor het aannemen van een schenking - voor zover waardering op een lagere waarde dan de economische waarde noodzakelijk is om voortgezette bedrijfsuitoefening te verzekeren.'

Het stond de deelgenoten in casu niet vrij om een hogere waarde dan de agrarische waarde te hanteren, zodat de voor een gift vereiste vrijgevigheid ontbrak, en van een belastbaar feit geen sprake is omdat voor de schenkbelasting van een gift in civielrechtelijke zin sprake moet zijn.

De staatssecretaris van financiën heeft in het arrest van 20 maart 2009 aanleiding gezien om de Successiewet 1956 aan te passen en de familiale bedrijfsopvolging uit een personenvennootschap per 1 januari 2010 in art. 11 lid 1 SW 1956 als een fictieve gift aan te merken. Hierdoor is de werkelijk overeengekomen vergoeding niet meer relevant voor de vraag óf van een gift sprake is. Het belastbaar feit is een gegeven indien aan de definitie van de fictie is voldaan. De maatstaf van heffing voor de schenkbelasting dient dan te worden bepaald aan de hand van de hiervoor in onderdeel 2 uiteengezette systematiek, als gevolg waarvan de hoogste van de voortzettingswaarde en de liquidatiewaarde de toepasselijke maatstaf bepalen, onder aftrek van de werkelijk overeengekomen vergoeding (art. 5 lid 2 SW 1956). Per saldo wordt de netto-verkrijging met

66. ECLI:NL:HR:2009:BF1043.

schenkbelasting getroffen, althans voor zover deze niet kan worden vrijgesteld met een beroep op de successierechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De beschikbare bedrijfsopvolgingsvrijstelling (zie onderdeel 2 van deze bijdrage) wordt onvoorwaardelijk als de verkregen onderneming ten minste vijf jaren wordt voortgezet (zie art. 35b lid 7 SW 1956). Voor de goede orde merk ik hier nog op dat de fictie van art. 11 lid 1 SW 1956 slechts voor de heffing van schenkbelasting werkt en van een gift voor bijvoorbeeld de legitiemeregeling geen sprake hoeft te zijn. De rechtsregel uit het arrest van de Hoge Raad van 13 februari 2004 bleef na 1 januari 2010 derhalve in tact.

De fictie is bovendien geen pleister op alle 'fiscale wonden'. Bijvoorbeeld in het geval dat de fictie van art. 11 lid 1 SW 1956 niet werkt vanwege de partner- en verwantschapseis uit art. 11 lid 5 SW 1956. De concrete feiten en omstandigheden zullen dan nog steeds bepalen of sprake van een (civielrechtelijke) gift is, zodat (behoudens de eventuele toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling) schenkbelasting geheven kan worden.

Nu een belastbaar feit bij de bedrijfsopvolging en familie bij uittreding uit een personenvennootschap door de fictie van art. 11 lid 2 SW 1956 onvermijdelijk is, is het belang van het al dan niet kunnen toepassen van de successierechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vanzelfsprekend toegenomen. Voor de toepassing van deze faciliteiten dient ondernemingsvermogen in de zin van art. 35c SW krachtens erfrecht of schenking te worden verkregen. Aan de fiscale 'verkrijgingstitel' (krachtens schenking) kan door de fictie van art. 11 lid 1 SW niet worden getwijfeld. Maar wát wordt bij een gift met tegenprestatie (zie onderdeel 3.1 van deze bijdrage) krachtens schenking verkregen? Het aandeel van de uitredende vennoot (ondernemingsvermogen) of het verschil tussen de (economische) waarde van dat aandeel en het bedrag van de vergoeding (in euro)? Oftewel, kan de bedrijfsopvolgingsregeling daarop wel worden toegepast? Ik lees in het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013 (nr. BLKB2012/1221M) in onderdeel 3.5 het volgende:

'De BOR is ook van toepassing op ondernemingsvermogen dat krachtens fictie wordt verkregen, zoals een verkrijging bij leven of overlijden krachtens een verblijvingsbeding.'

Voorbeeld

Een vader is vennoot in een vennootschap onder firma met zijn zoon. Het firmacontract bepaalt dat wanneer vader de hoedanigheid van vennoot opgeeft of verliest, zijn aandeel verblijft aan de zoon, die daarvoor de boekwaarde van het aandeel van zijn vader moet vergoeden. De BOR kan worden toegepast als vader bij leven zijn firma-aandeel overdraagt, dan wel als de firma eindigt door het overlijden van vader. Zo wel bij de overdracht bij leven als bij overlijden is de BOR van toepassing op de waarde van het

verkregen ondernemingsvermogen zonder dat daarop de tegenprestatie in mindering komt (artikel 35b, vierde lid Successiewet).'

Er bestaat kennelijk geen twijfel over de toepassing van de successierechtelijke bedrijfsopvolgingsvrijstelling indien de bedrijfsopvolger daarvoor de boekwaarde moet vergoeden. Maar gaat dit ook op als een hogere waarde wordt vergoed? Is een vergoeding denkbaar waarbij men tot de conclusie kan komen dat de schenking niet langer het ondernemingsvermogen betreft, maar een geldbedrag? De tekst van art. 11 lid 1 SW 1956 lijkt telkens uit te gaan van een verkrijging van ondernemingsvermogen door te vermelden dat 'het verbleven, toegedeelde of overgenomen aandeel voor de toepassing van deze wet geacht krachtens schenking te zijn verkregen'. Ongeacht de grootte van de vergoeding wordt kennelijk ondernemingsvermogen als bedoeld in art. 35c SW 1956 verkregen.

De grootte van de vergoeding speelt overigens evenmin een rol voor de berekening van de omvang van de bedrijfsopvolgingsvrijstelling, die immers is gerelateerd aan de waarde van de objectieve onderneming (zie onderdeel 2 van deze bijdrage). De staatssecretaris van financiën verwijst naar art. 35c lid 4 SW 1956, waarin staat dat de vrijstelling wordt berekend over de 'bruto-verkrijging'. Door de vergoeding/tegenprestatie buiten beschouwing te laten voor de berekening van de vrijstelling kan deze de maatstaf van heffing op de verkrijging overstijgen, als gevolg waarvan de vrijstelling gedeeltelijk onbenut kan blijven.

4. Agrarische bedrijfsopvolging via de personenvennootschap

Uit het vorenstaande kan worden geconcludeerd dat de personenvennootschap een belangrijke en soms onmisbare bijdrage kan leveren aan de bedrijfsopvolging in de landbouw en dat in de praktijk ook in veel gevallen doet. De personenvennootschap is een flexibele rechtsvorm die ingericht kan worden met het oog op de specifieke wensen en noden van een bedrijfsopvolgingsproces. Ook lijkt een personenvennootschap de 'ruimte' te bieden om het bedrijf over te hevelen naar een opvolger voor een waarde waarbij lonende exploitatie van het landbouwbedrijf nog mogelijk is. Op het opvolgingsmoment hoeft immers geen sprake te zijn van een gift aan de opvolger, hetgeen vanuit erfrechtelijk perspectief geruststellend is, en de eventuele fiscale drempels kunnen thans nog (bijna) geheel worden weggenomen door de beschikbare bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Indien men de personenvennootschap ten behoeve van de bedrijfsopvolging in de landbouw wenst in te zetten, mag de focus echter niet uitsluitend uitgaan naar het daadwerkelijke opvolgingsmoment, bij uittreding van de ondernemer, maar moet men 'bij het begin beginnen', oftewel de blik wenden naar het ontstaan van de personenvennootschap. Zoals uit het voorafgaande betoog en de aange-

haalde literatuur en jurisprudentie blijkt, gaat de aandacht echter vooral uit naar het einde van de personenvennootschap, het moment waarop het stokje wordt overgegeven. Een gift mag alsdan achterwege blijven omdat een overeenkomst wordt uitgevoerd, maar daarmee staat nog niet vast dat in het *aangaan* van die overeenkomst geen gift gelegen kan zijn. Een gift die wellicht pas tot een vermogensverschuiving leidt bij uittreding van de ondernemer, hetgeen bijvoorbeeld de fiscale vraag naar het moment van het belastbare feit kan oproepen. Ik zal hierna civiel- en fiscaalrechtelijke kanttekeningen maken bij het *ontstaan* van de personenvennootschap die ten behoeve van de bedrijfsopvolging wordt ingezet.

4.1. Civielrechtelijke kanttekeningen

Alhoewel de bedrijfsopvolging in de landbouw, zoals hiervoor al aangestipt, typerende kenmerken heeft, zullen de verschillen tussen de ene of de andere bedrijfsopvolging de overhand hebben, al was het maar omdat er in Nederland ook op dit gebied cultuurverschillen bestaan.

De personenvennootschap leent zich vanwege de overheersende contractsvrijheid uitstekend voor het vormgeven van een bedrijfsopvolging. In feite biedt de vennootschapsovereenkomst een platform voor alle fasen van een opvolgingsproces. De eerste stap, door het *aangaan* van de samenwerking en de inbreng door beide vennoten. Het samenwerken als zodanig tijdens het bestaan van de vennootschap, en de daarbij behorende winstverdeling. En ten slotte de voltooiing van de bedrijfsopvolging door de voortzetting van de gehele onderneming bij de uitbreng uit de vennootschap. De vennootschapsovereenkomst kan in feite het spoorboekje voor de desbetreffende bedrijfsopvolging vormen.

Zoals uit de voorgaande, representatieve casus is gebleken, is de bedrijfsopvolging in de landbouw (op dit moment nog) veelal een familie-aangelegenheid waarin niet zelden een gift aan de bedrijfsopvolger kan worden onderkend. De (daadwerkelijke) vermogensverschuiving vindt meestal eerst plaats als de vennoten uit elkaar gaan, oftewel bij het einde van de vennootschap (zie ook onderdeel 3.1 van deze bijdrage). Dat betekent echter niet dat de 'titel' voor die verschuiving pas op dat moment ontstaat; deze kan al bij het *aangaan* van de personenvennootschap in het leven geroepen zijn. In de (latere) uitvoering van deze eerder tot stand gekomen verplichting is dan in beginsel geen gift meer gelegen. Indien de vennootschapsovereenkomst tussen de ondernemer en de bedrijfsopvolger als een *kanscontract* kan worden aangemerkt, is evenmin van een gift sprake ook al is het de bedoeling van de vennoten om elkaar bij het einde van de samenwerking te bevoordelen.⁶⁷ Van een dergelijk contract is echter

geen sprake indien de 'min of meer gelijke sterfteskansen' ontbreken, en dat zal normaal gesproken het geval zijn in een 'familiebedrijfsopvolging', door (onder meer) het leeftijdsverschil tussen de ondernemer (ouder) en de opvolger (kind).

Mocht van een kanscontract geen sprake zijn, maar is in de voortzettingsregeling wel voorzien in een vermogensverschuiving ten gunste van de bedrijfsopvolger die gestoeld is op de vrijgevigheid van de ondernemer, dan is deze vermogensverschuiving 'sec' onvoldoende om de personenvennootschapsovereenkomst tevens als een gift te kunnen aanmerken. Volgens de Hoge Raad dient voor een dergelijke kwalificatie namelijk het geheel van de gemaakte samenwerkingsafspraken in ogenschouw te worden genomen.⁶⁸ Zo kan voor het volledige beeld van belang zijn dat de ondernemer en zijn echtgenote tot hun beider overlijden op de boerderij mogen blijven wonen en in hun benodigde verzorging wordt voorzien.

Indien de vermogensverschuiving bij het *einde* van de samenwerking echter een gift is, dan kan sprake zijn van een gift in de *afwikkeling* van de samenwerking of van een gift die reeds bij het *aangaan* van de personenvennootschap is gedaan maar zich pas manifesteert bij het einde daarvan. In het eerstbedoelde geval treden de deelgenoten buiten de 'verbintenisrechtelijke grenzen' van het hiervoor behandelde arrest van 13 februari 2004 en vindt de verarming en verrijking uit vrijgevigheid plaats in plaats vanuit de redelijkheid en billijkheid. In het laatstbedoelde geval kan het einde van de samenwerking als een opschortende voorwaarde in de gift worden aangemerkt. Indien van een dergelijke gift sprake is, kan een uitsluitingsclausule (art. 1:94 lid 2 letter a BW) overigens wenselijk zijn. Deze dient dan wel 'bij de gift', dus in de vennootschapsovereenkomst, te worden opgenomen.

Hiervoor heb ik al opgemerkt dat de nadruk in de jurisprudentie (en de daaraan gewijde literatuur) op (een eventuele gift bij) de uittreding uit een personenvennootschap ligt. De (vennootschappelijke) gemeenschap en de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen de vennoten (mede) beheersen spelen de hoofdrol bij de kwalificatie van de in die fase tot stand gekomen rechtshandelingen, en kunnen in de weg staan aan de voor de gift vereiste vrijgevigheid. De hiervoor bedoelde rechtsverhouding en het ongeschreven recht ontbreken echter bij het *aangaan* van een personenvennootschap en de daarbij plaatsvindende toetreding tot dat samenwerkingsverband.⁶⁹ Dit is naar mijn

februari 1997, NJ 1997, 595, m.nt. WMK (*Kanscontract*). De wederkerigheid sluit overigens niet uit dat van een quasi-legaat in de zin van art. 4:126 BW sprake kan zijn. Zie daarover uitgebreid, F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 147 e.v.

68. HR 4 maart 2005, NJ 2005, 162.

69. Zie in dit kader, Hof Leeuwarden 13 januari 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AU9904; over dit onderscheid uitgebreider, W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008, p. 397 e.v.

67. Mits aan de 'kanscontractcriteria' voldaan is, zijnde nagenoeg gelijke sterfteskansen, gelijke inbreng en een gelijke toerekening van schulden. Zie HR 1 oktober 1993, NJ 1994, 257, m.nt. WMK (*Pellicaan*) en HR 7

mening overigens de verklaring voor het verschil in de uitkomsten van de hiervoor behandelde procedures die leidden tot het Hoge Raad-arrest van 13 februari 2004 en de uitspraak van Hof Leeuwarden van 13 januari 2006. In de eerstgemelde procedure verhinderde de reeds bestaande vennootschappelijke rechtsverhouding dat de vermogensverschuiving aan vrijgevigheid toegeschreven kon worden, terwijl in de laatstgemelde procedure een rechtsverhouding in de fase van de prijsvorming (die tot de koop leidde) ontbrak en de verarming van de verkoper en verrijking van de koper op een vrije bevoordeling wil en -bewustzijn gestoeld was.

Indien met de 'toetreding' geen samenwerking maar een opvolging wordt beoogd, is in feite sprake van een koopovereenkomst (van de onderneming) met een gefaseerde overdracht. Zowel bij een samenwerking als een opvolging is het de vraag of bij het *aangaan* van de personenvennootschap de overeengekomen methodiek ter bepaling van de voortzettings- dan wel overnameprijs deze overeenkomst mede tot een gift maakt.⁷⁰

Hof Den Haag lijkt met het arrest van 17 september 2013 het ontbrekende puzzelstukje te hebben gelegd:⁷¹

'16. Het hof overweegt als volgt. In de onderhavige zaak heeft de zuster bij akte verleden op 27 december 1995 de [adres B] verkregen van de erflater. Vaststaat dat bij de levering van het onroerend goed een beperkt recht van gebruik en bewoning is gevestigd ten behoeve van de ouders van partijen. Tevens staat als onweersproken vast dat het de bedoeling was dat de zuster het veehoudersbedrijf van de erflater zou voortzetten en dat zij dit ook daadwerkelijk heeft gedaan.

17. In zijn arrest van 13 februari 2004 (NJ 2004, 653) heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat in beginsel geen sprake is van schenking indien om een lonende exploitatie van de onderneming mogelijk te maken, de overdrachtprijs wordt vastgesteld op de lagere agrarische waarde in plaats van de (hogere) waarde in het economisch verkeer. De overdrachtprijs van de [adres B] is gebaseerd op een taxatierapport mede ondertekend door een rijkstaxateur waarin wordt uitgegaan van de agrarische waarde. Nu de broer de hoogte van de vastgestelde agrarische waarde niet heeft weersproken en tevens niet heeft weersproken dat voormelde transactie tussen de erflater en de zuster heeft plaatsgevonden ten behoeve van de opvolging door de zuster in het veehoudersbedrijf van vader, is het hof - mede gelet op de waardedrukkende factor van het daarbij verleende recht van gebruik en bewoning - van oordeel dat ter zake van de [adres B] van een materiële schenking niet is

gebleken. Inbreng in de nalatenschap van de erflater is derhalve niet aan de orde.'

Volgens Hof Den Haag leidt een overdrachtprijs gelijk aan de agrarische waarde in dit geval *niet* tot een gift, hetgeen op het eerste gezicht aansluit bij het hiervoor geschetste beeld op de civielrechtelijke kwalificatie van een opvolging in een landbouwbedrijf tegen vergoeding van de agrarische waarde. Dit blijkt ook uit de verwijzing naar het arrest van 13 februari 2004. Naar mijn mening komt de casus van het onderhavige Haagse hof-arrest echter meer overeen met die in de uitspraak van Hof Leeuwarden van 13 januari 2006 dan met die in het laatstgenoemde 'februari-arrest'. In de onderhavige uitspraak stond het de erflater namelijk vrij om de onderneming, al dan niet met het oog op de voortzetting daarvan, over te dragen aan een willekeurige derde voor de hoogst haalbare prijs. Hij gaf echter de voorkeur aan de voortzetting door de bedoelde zuster, en nam ten behoeve van de mogelijke continuïteit van het bedrijf genoegen met een lagere prijs. Erflater bevoordeelde derhalve met het oogmerk van de bedrijfsvoortzetting (zie onderdeel 3.1 van deze bijdrage). Dit laat onverlet dat, zoals Hof Den Haag heeft geconcludeerd, bij het *aangaan* van de personenvennootschap onder de gemelde condities van een gift geen sprake hoeft te zijn op basis van het 'geheel van de vennootschapsverhouding', waarbij bijvoorbeeld de 'voorbehouden' rechten van gebruik en bewoning (mede)bepalend kunnen zijn.

4.2. Enkele fiscaalrechtelijke kanttekeningen

Gegeven de fictieve gift van art. 11 lid 1 SW 1956 zal iedere (agrarische) bedrijfsopvolging in familieverband via een personenvennootschap bij de verkrijging van het aandeel van de ondernemer/uittreder 'bij zijn leven' tot een belastbaar feit voor de schenkbelasting leiden. Indien dat aandeel op grond van die overeenkomst bij het overlijden van de ondernemer/uittreder wordt verkregen, is op grond van art. 11 lid 2 SW 1956 sprake van een fictieve erfrechtelijke verkrijging. De beide ficties kunnen niet samenlopen.

De fictieve gift van art. 11 lid 1 SW 1956 sluit een civielrechtelijke gift als bedoeld in art. 7:187 lid 2 BW (hét belastbaar feit voor de schenkbelasting, zie art. 1 lid 1 juncto lid 7 SW 1956) *niet* uit, oftewel in beginsel kunnen art. 1 lid 1 en 11 lid 1 SW 1956 naast elkaar voorkomen.

Dat is echter niet mogelijk bij de fictieve verkrijging krachtens erfrecht in de zin van art. 11 lid 2 SW 1956 omdat een verkrijging op grond van een overeenkomst, een meerzijdige rechtshandeling, geen uiterste wilsbeschikking, en dus geen verkrijging krachtens erfrecht, kan zijn op grond van art. 4:42 BW.⁷²

70. Zie hierover ook EstateTip Review 2015-12.

71. ECLI:NL:GHDHA:2013:4027.

72. De verkrijging op grond van een overeenkomst kan

Verkrijging krachtens (fictieve) gift

De fictieve gift van art. 11 lid 1 SW 1956 lijkt de eventuele civielrechtelijke gift in het opvolgingstraject, dus zowel de civielrechtelijke gift bij het aangaan, gedurende de samenwerking als de gift bij de uittreding, als het ware te overrulen, althans indien de gift samenhangt met het uittredingsmoment en de in art. 11 lid 1 SW 1956 bedoelde verkrijging.⁷³

Indien de gift pas bij de uittreding van de ondernemer tot een daadwerkelijke vermogensverschuiving naar de bedrijfsopvolger leidt, en deze gift bij de aanvang van de samenwerking of nadien tot stand gekomen is, dan is in beginsel sprake van een gift onder een opschortende voorwaarde. Het voorwaardelijke element is te vinden in het einde van de samenwerking door uittreding tijdens leven, het in leven zijn van de bedrijfsopvolger en de daardoor optredende vermogensverschuiving (verkrijging). Ongeacht het civielrechtelijke ontstaansmoment van deze gift, fingeert art. 1 lid 9 SW 1956 dat deze gift voor de schenkbelasting pas ontstaat op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.

Het is allerm minst uitgesloten dat sprake is van een samenloop van een fictieve en van een reële, civielrechtelijke gift. De 'reële gift' kan, zoals hiervoor uiteengezet, reeds bij het aangaan van de personenvennootschap of nadien zijn gedaan onder de opschortende voorwaarde van het einde van de samenwerking en voortzetting van de onderneming door de opvolger, maar ook pas voortspruiten uit de in het zicht van de vennootschapsontbinding gemaakte bedrijfsopvolgingsafspraken. Het is natuurlijk ook denkbaar dat tijdens het bestaan van de personenvennootschap (ten behoeve van de bedrijfsopvolging) op meerdere momenten een gift wordt gedaan.

Voor de heffing van schenkbelasting kunnen op het uittredingsmoment derhalve meerdere schenkingen worden geconstateerd, van dezelfde schenker aan dezelfde persoon. Nu is dat zonder de bedoelde fictieve gift ook mogelijk, maar in dit geval kan dezelfde verkrijging (van het vennootschapsaandeel) twee belastbare feiten op hetzelfde moment opleveren. Er treedt derhalve een cumulatie van belastbare feiten op, die slechts (althans dat lijkt mij voor de hand liggend) tot één keer belasting heffen aanleiding geven. Men kan ook redeneren dat een belastbaar feit in de zin van art. 1 SW 1956 voorgaat op de fictie van art. 11 lid 1 SW 1956. Van een fictieve gift is immers slechts onder voorwaarden sprake, zoals het bestaan van een familieverhouding (art. 11 lid 5 SW 1956). Het is dan ook in meerdere opzichten van belang om te onderzoeken of er in civielrechtelijk opzicht van een of meerdere giften kan worden gesproken. In dit verband moet zeker ook worden gedacht aan de legitiemeregeling.

wel een quasi-erfrechtelijke verkrijging opleveren, maar slechts voor de 'regels van inkorting en vermindering'. Zie art. 4:126 BW.

73. Zie ook *EstateTip Review* 2011-38.

Verkrijging krachtens (fictief) erfrecht

De verkrijging van een vennootschapsaandeel bij overlijden van een vennoot op grond van een vennootschapsovereenkomst kan slechts een fictieve verkrijging krachtens erfrecht opleveren, indien sprake is van een familieband als bedoeld in art. 11 lid 5 SW 1956.⁷⁴ In de nalatenschap van deze vennoot valt de waarde van het aandeel in beginsel weg tegen de leveringsverplichting op grond van de in werking getreden voortzettingsregeling (zie ook onderdeel 3.2 van deze bijdrage). De maatstaf van heffing van de door de bedrijfsopvolger verkregen (subjectieve) onderneming wordt bepaald aan de hand van art. 21 leden 1, 12 en 13 SW 1956 (zie onderdeel 2 van deze bijdrage). Hiervoor is uiteengezet dat de vergoeding voor dat aandeel ter bepaling van de heffingsmaatstaf in mindering mag worden gebracht terwijl deze voor de berekening van de bedrijfsopvolgingsvrijstelling buiten beschouwing blijft. De door de erfgenamen van de overleden vennoot verkregen vergoeding wordt bij hen op grond van art. 1 lid 1 SW 1956 met erfbelasting belast.

Mocht een voortzettingsregeling met een verblijvings- en/of overnemingsbeding in de vennootschapsovereenkomst ontbreken, dan zal het vennootschapsaandeel tot de nalatenschap van de overleden vennoot behoren en als zodanig krachtens erfrecht door diens erfgenamen worden verkregen. De hiervoor bedoelde leveringsverplichting en vergoeding ontbreken in dat geval. De maatstaf van heffing wordt op de hiervoor gemelde wijze bepaald.

De waarde van een vennootschapsaandeel kan ook via de huwelijksgemeenschap deel uitmaken van een nalatenschap, en dientengevolge in de belastingheffing worden betrokken. Deze situatie deed zich voor in de casus van het arrest van Hof Amsterdam van 28 juli 2011.⁷⁵ Opnieuw een agrarische casus waarin de bedrijfsopvolging via een personenvennootschap verloopt.

Moeder overlijdt in 2005. Zij was ten tijde van haar overlijden in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd, uit welk huwelijk twee kinderen (zoon en dochter) waren geboren. Vanaf 1997 vormen de beide ouders samen met hun zoon een landbouwmaatschap. De maatschapsovereenkomst voorziet in een voortzettingsregeling die onder meer tot gevolg heeft dat bij overlijden van een ouder de 'zaken van de maatschap' door de andere maten kunnen worden voortgezet en zij het aandeel van de overleden maat kunnen overnemen. De regeling kan zowel bij het overlijden van de eerststervende als van de langstlevende worden toegepast. Vader en zoon maken in 2005 van hun voortzettingsrecht gebruik. Aan het verkregen maatschapsaandeel van erflaatster werd een liquidatiewaarde toegekend

74. Zie art. 11 lid 2 SW 1956.

75. ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6269. Zie over dit arrest bijvoorbeeld W. Burgerhart, 'De voortzettingsregeling in een personenvennootschap en de erfbelasting', *FBN* juni 2012, en W. Burgerhart, 'Een Trojka voor de bedrijfsopvolging?', *Vakblad Estate Planning* 2015-36.

van € 2.147.142. Ingevolge de bedoelde voortzettingsregeling kon na overlijden van moeder door vader en zoon echter worden volstaan met vergoeding van de (fiscale) boekwaarde van het aandeel, oftewel € 676.289.

Het dispuut betreft de omvang van de huwelijks-gemeenschap ten tijde van het overlijden van de erflaatster, tot welke gemeenschap de 'maatschapsaandelen' behoren van erflaatster en de langstlevende echtgenoot. Deze omvang is immers mede bepalend voor de omvang van de nalatenschap, en dus voor de verkrijging krachtens erfrecht door de erfgenamen (art. 1 lid 1 SW 1956). De inspecteur kent voor de erfbelasting aan het aandeel van moeder een waarde toe van € 676.289 en aan het aandeel van vader de gemelde liquidatiewaarde (€ 2.147.142); de huwelijks-gemeenschap bevat daardoor in totaal € 2.823.431 aan ondernemingsvermogen, waarvan de helft, of € 1.411.715, tot de nalatenschap behoort. Volgens de erfgenamen hebben de beide maatschapsaandelen echter een waarde van € 676.289, hetgeen overeenkomt met de waarde van het ondernemingsvermogen in moeders nalatenschap.

Hof Amsterdam concludeert (mijns inziens terecht) dat het aandeel in een vennootschappelijke gemeenschap (in goederenrechtelijk opzicht) *niet* valt in de huwelijks-gemeenschap waarin een vennoot is gehuwd. Dit is een algemeen aanvaarde opvatting die terug te voeren is op (onder andere) een arrest van de Hoge Raad van 3 mei 1968 (zie ook onderdeel 3.1 van deze bijdrage). Niet het goederenrechtelijke aandeel, maar slechts de waarde (een verbintenisrechtelijke aanspraak) daarvan, behoort tot de huwelijks-gemeenschap. In de onderhavige casus behoorden de (goederenrechtelijke) aandelen van de beide ouders in de landbouwmaatschap dan ook tot ieders eigen vermogen, slechts de waarde van de beide aandelen maakte van de huwelijks-gemeenschap deel uit. Erflaatsters eigen vermogen, waartoe het goederenrechtelijke aandeel behoorde, werd door haar overlijden (krachtens erfopvolging) verkregen door haar erfgenamen. Het (goederenrechtelijke) aandeel van vader in de maatschap bleef daarentegen buiten schot, slechts de waarde maakte via de huwelijks-gemeenschap deel uit van erflaatsters nalatenschap. De nalatenschap van erflaatster ziet er voor wat betreft het ondernemingsvermogen als volgt uit: een (goederenrechtelijk) aandeel in de maatschap waarop een uit de voortzettingsregeling voortvloeiende leveringsverplichting drukt, waartegenover de vergoeding op basis van de hiervoor bedoelde boekwaarde staat. Bovendien maakt de helft van de waarde van het maatschapsaandeel van de langstlevende (via de huwelijks-gemeenschap) deel uit van de nalatenschap.

Nadat vaststaat wát tot het krachtens erfrecht verkregen vermogen behoort, dient de maatstaf van heffing te worden bepaald door de waardering van het verkregene. Volgens Hof Amsterdam moet voor de waardering van het vennootschapsaandeel in beginsel worden uitgegaan van de waarderingsgrondslagen zoals vermeld in de vennootschapsovereenkomst, in het bijzonder de bepalingen

die regelen op welk gedeelte van het vermogen bij uittreding (in casu door overlijden) aanspraak kan worden gemaakt. Met andere woorden, de vennootschappelijke voortzettingsregeling bepaalt de waarde van het vennootschapsaandeel en dienengevolge de omvang (waarde) van de huwelijks-gemeenschap. Vervolgens overweegt het hof dat beide maatschapsaandelen op grond van de vennootschapsovereenkomst de (fiscale) boekwaarde vertegenwoordigen. Tot de (door het overlijden ontbonden) huwelijks-gemeenschap behoort 'in waarde van het ondernemingsvermogen' niet meer dan twee maal de hiervoor gegeven boekwaarde (met een correctie voor een inkomstenbelastingaanslag).

Over een vergelijkbare zaak oordeelde de Hoge Raad op 29 januari 2016.⁷⁶ De casus klinkt 'bekend' in de oren: Erflater (overleden op 9 mei 2006) was ten tijde van zijn overlijden in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd. Erflater en zijn echtgenote drijven een agrarische onderneming in de vorm van een maatschap. Op grond van de door hen overeengekomen voortzettingsregeling eindigde de maatschap onder andere door het overlijden van een maat, met dien verstande dat de langstlevende maat het recht heeft om het bedrijf voort te zetten. De regeling, waarvan door de echtgenote gebruik is gemaakt, bevat tevens de bepaling van de verschuldigde overnamesom.

De kwestie in cassatie kwam overeen met die in de hiervoor behandelde Amsterdamse zaak: is de waarde van het aandeel van de echtgenote in het ondernemingsvermogen van belang bij het bepalen van de omvang van de nalatenschap van erflater, en zo ja, op welke waarde moet dat aandeel worden bepaald? Volgens de Hoge Raad kwam Hof Arnhem-Leeuwarden in hoger beroep in deze procedure op de juiste gronden tot een bevestigende beantwoording van de eerstbedoelde vraag. Voor de laatstbedoelde vraag over de waarde, parafraseert de Hoge Raad dit hof als volgt:

'2.2.3. Voor de waardering van het maatschapsaandeel van de echtgenote moet in beginsel worden uitgegaan van de waarderingsgrondslagen zoals vermeld in de maatschapsovereenkomst. Hierbij zijn de bepalingen die regelen op welk gedeelte van het vermogen de maten bij beëindiging van de maatschap bij liquidatie, uittreden of overlijden recht hebben, van bijzonder belang. Een in de maatschapsovereenkomst opgenomen verblijvens- of overnemingsbeding beïnvloedt daarom de waarde van het maatschapsaandeel en daarmee de waarde van de huwelijks-gemeenschap, aldus nog steeds het Hof.'

2.2.4. Buiten geschil is dat de waarde van het maatschapsaandeel van erflater, met inachtneming van hetgeen is vermeld in de maatschapsovereenkomst, moet worden berekend op de

76. ECLI:NL:HR:2016:115, zie ook *EstateTip Review* 2016-05.

door de echtgenote te betalen overnamesom in geval van voorzetting van het bedrijf van de maatschap.

2.2.5. De waarde van het maatschapsaandeel van de echtgenote dient met toepassing van artikel 21, lid 4, van de Successiewet 1956 (tekst 2006) te worden gesteld op de liquidatiewaarde. Dit omdat de maatschap tussen erflater en de echtgenote door het overlijden van de erflater is ontbonden; op de echtgenote rustte na het overlijden van erflater derhalve niet meer de verplichting haar onderneming door een ander te laten overnemen tegen de overnamewaarde, aldus nog steeds het Hof.

Het beroep op de uitspraak van Hof Amsterdam van 28 juli 2011, nrs. 09/00720 tot en met 09/00722, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6269, is door het Hof verworpen omdat in dat geval de langstlevende echtgenoot de maatschap heeft voortgezet met een zoon en in de maatschapsovereenkomst was bepaald dat de zoon het recht had het aandeel van de langstlevende echtgenoot over te nemen tegen de overnamewaarde.'

Volgens de Hoge Raad faalt de tegen de waarde gericht klacht, kortom het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden bleef in stand.

De casus in de beide laatstbehandelde uitspraken zijn bijna identiek. Het onderscheid tussen beide, wel en geen derde in de maatschap, rechtvaardigt mijns inziens de verschillende uitkomsten, maar laat ook zien dat deze derde, het 'bedrijfsopvolgende kind', een relevante rol in de bedrijfsopvolging kan spelen.⁷⁷ Overigens dient men zich te realiseren dat de bedrijfsopvolger voor de erfbelasting uiteindelijk moet afrekenen over de (hogere) liquidatiewaarde omdat het vennootschapsaandeel op grond van art. 11 lid 2 SW 1956 krachtens fictief erfrecht door hem verkregen wordt. Er treedt door de verkrijging op grond van de vennootschapsovereenkomst in dit geval derhalve geen 'heffingslek' op.

5. Hoe vergaat het de niet-bedrijfsopvolgers?

Bij een bedrijfsoverdracht in de landbouw gaat de aandacht over het algemeen voornamelijk uit naar de overdragende ondernemer en de opvolger. Zij zijn immers de primaire betrokkenen bij het opvolgingsproces. Het is echter om meerdere redenen van groot belang om ook de niet-opvolgers bij het proces te betrekken omdat zij medebepalend kunnen zijn voor de continuïteit van het bedrijf waarin de opvolging heeft plaatsgevonden.

De civiel- en fiscaalrechtelijke vormgeving van het opvolgingsproces is tevens van belang voor de niet-opvolgers omdat het hun juridische positie (mede)bepaalt. In het algemeen kan men stellen dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet beschikbaar zijn voor deze niet-opvolgers, zodat hun verkrijgingen ten prooi kunnen vallen aan legitimaire claims en/of belastingaanslagen.⁷⁸

Over het algemeen zal een ondernemer er niet op uit zijn om de bedrijfsopvolging 'over de rug' van de niet-opvolgers te laten plaatsvinden, maar de koek kan uiteindelijk maar één keer worden verdeeld. Indien men bedenkt dat het in de onderneming opgetaste vermogen in veel gevallen voor de bedrijfsopvolging en de verzorging van het gezin dient te worden bestemd, is onder omstandigheden de kans reëel dat deze belangen ten koste van de verkrijging van niet-opvolgers komen. Zij zien zich, zoals ook in de hiervoor besproken procedures zichtbaar was, wellicht genoodzaakt om aanspraak op de legitieme portie te maken (binnen vijf jaar na overlijden, art. 4:85 BW) en/of de beweegreden voor een art. 4:74-legaat te moeten betwisten (binnen drie maanden, zie art. 4:74 lid 2 BW; zie ook onderdeel 3.1 van deze bijdrage).

Indien de bedrijfsopvolging via een verkrijging *krachtens erfrecht* verloopt en de niet-opvolgers (mede) ten laste van de bedrijfsopvolger een (geld) vordering verkrijgen, bijvoorbeeld als legitiemair tekort of als art. 4:74-legaat, dan is over die verkrijging in beginsel erfbelasting verschuldigd. De bedrijfsopvolgingsvrijstelling is *niet* van toepassing omdat de verkrijging geen ondernemingsvermogen in de zin van art. 35c SW 1956 betreft.

Alhoewel men bij de verkrijging van een geldvordering over de maatstaf van heffing voor de erfbelasting in principe niet kan twifelen, dient men bij de bedrijfsopvolgingsplanning echter ernstig rekening te houden met recente ontwikkelingen in de rechtspraak. De kiem voor een fors fiscaal praktijkprobleem is namelijk gelegd in een arrest van de Hoge Raad van 11 december 2015 over de reikwijdte van de WOZ-waarde voor de bepaling van de maatstaf van heffing voor de Successiewet 1956.⁷⁹

De eenvoudige casus van dit arrest zag er als volgt uit. Erflaaterster legateert aan haar onterfde kind een bedrag in geld ter grootte van 10% van het saldo van haar nalatenschap. Tot die nalatenschap behoort een onroerende zaak die als woning in gebruik is (art. 21 lid 5 SW 1956), waarvan de WOZ-waarde hoger is dan de waarde in het economische verkeer. De legataris ontvangt in geld 10% van de waarde in het economische verkeer van de nalatenschap. Het is de vraag of de maatstaf van heffing voor die verkrijging moet worden bepaald aan de hand van de (hogere) WOZ-waarde.

De Hoge Raad oordeelt als volgt:

77. Deze rol is niet slechts fiscaalrechtelijk van belang, maar ook civielrechtelijk omdat de omvang van erflaters vermogen voor bijvoorbeeld de legitiemeregeling wordt gedrukt. Zie hiervoor onderdeel 3.1 van deze bijdrage.

78. Een uitzondering is te vinden in de uitstelregeling in art. 25 lid 13 Invorderingswet 1990.

79. ECLI:NL:HR:2015:3491. Zie ook *EstateTip Review* 2016-01.

‘De omvang van de door belanghebbende verkregen legaten was, voor zover hier van belang, bepaald op tien percent van het saldo van de nalatenschap. Het Hof is terecht ervan uitgegaan dat bij de waardering van die nalatenschap voor de heffing van erfbelasting de daartoe behorende woning moet worden gewaardeerd met toepassing van de in de SW neergelegde regels, waaronder artikel 21, lid 5, van de SW (vgl. HR 21 februari 2014, nr. 13/00455, ECLI:NL:HR:2014:339, BNB 2014/126). Die waarderingsmaatstaf moet ook worden toegepast voor zover de omvang van de legaten afhankelijk is van de waarde van die woning (vgl. HR 11 december 1995, nr. 29716, ECLI:NL:HR:1995:AA3167, BNB 1996/70). De tegen ’s Hofs oordelen gerichte klachten falen derhalve.’

Op dit oordeel valt naar mijn mening het nodige af te dingen, maar de beslissing is een feit waarmee rekening dient te houden. Kennelijk kan de in euro bepaalde geldvordering voor de heffing van de erfbelasting een daarvan afwijkende, eveneens in euro bepaalde maatstaf van heffing opleveren. Naar mijn mening staat alleen de wettekst van art. 21 lid 5 SW 1956 al in de weg aan de door de Hoge Raad voorgestane, brede toepassing.

Met dit arrest in het vizier kon de vraag natuurlijk niet uitblijven of de redenering van de Hoge Raad niet slechts voor het forfait van art. 21 lid 5 SW 1956 maar ook voor andere waarderegels in de Successiewet 1956, bijvoorbeeld voor het ondernemingsvermogen (zie onderdeel 2 van deze bijdrage) zou kunnen opgaan.

Het antwoord op die vraag kwam vrij snel na laatstgemeld arrest, namelijk in de in onderdeel 4.2 van deze bijdrage behandelde uitspraak van de Hoge Raad van 29 januari 2016. Rheinfield en Verduijn schrijven hierover:⁸⁰

“6.4 Fiscaal waarderingsvoorschrift

Niet alleen wordt door de ouderlijke boedelverdeling de introeping en uitoefening van het voortzettingsbeding én de verdeling overgeslagen, het maatschapsaandeel van de echtgenote wordt door Hof en Hoge Raad direct gewaardeerd op basis van de waarderingsfictie in artikel 21, lid 13 van de Successiewet 1956. In het bijzonder werkt hier door de regel dat de onderneming wordt gewaardeerd op minimaal liquidatiewaarde. Maar geldt die waarderingsregel wel bij de vaststelling van de onderbedelingsvordering van het kind voor het recht van successie (thans: erfbelasting)? De Hoge Raad volgt ook op dit punt in de onderhavige zaak het oordeel van het Hof.’

80. J.W.A. Rheinfield, A. Verduijn, ‘De Hoge Raad over de agrarische man-vrouw-maatschap en de huwelijks-goederengemeenschap - Enige civiele en fiscale beschouwingen’, *TvAR* 2016, nr. 12.

Ja dus! De successierechtelijke waarderingsregels voor ondernemingsvermogen werken door naar de verkrijger van een onderbedelingsvordering, met alle gevolgen van dien. Deze niet-opvolger kan immers worden geconfronteerd met de liquidatiewaarde als hoogste heffingsmaatstaf op grond van art. 21 lid 13 SW 1956 terwijl de in euro bepaalde omvang van die vordering in beginsel gerelateerd zal zijn aan de (lagere) voortzettingswaarde van de onderneming. Het behoeft naar mijn mening geen nader betoog dat deze conclusie ingrijpende gevolgen kan hebben voor in het bijzonder de agrarische bedrijfsopvolgingspraktijk omdat daarin de heffingsmaatstaf nogal eens op de liquidatiewaarde blijft steken, en de niet-opvolgers (ook) in dit opzicht kind van de rekening lijken te worden. Zij worden erfbelasting verschuldigd over de hogere heffingsmaatstaf omdat zij geen aanspraak kunnen maken op de bedrijfsopvolgingsvrijstelling.⁸¹

Evenals bij de hiervoor aangevoerde kwestie over de WOZ-waarde, staat de tekst van art. 21 lid 13 SW 1956 naar mijn mening in de weg aan de toepassing daarvan op de onderbedelingsvordering, immers een geldvordering. Verder is de waarderingsregel van art. 21 lid 13 SW 1956 geïncorporeerd in de successierechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten; de bedrijfsopvolger kan immers aanspraak maken op een 100%-vrijstelling voor het verschil in heffingsmaatstaf tussen de voortzettingswaarde en de hogere liquidatiewaarde. Derhalve geen erfbelastingheffing over dit verschil, mits de verkregen onderneming ten minste vijf jaar wordt voortgezet (zie ook onderdeel 2 van deze bijdrage). De niet-bedrijfsopvolger kan, zoals opgemerkt, geen beroep doen op de bedrijfsopvolgingsvrijstelling, en heeft evenmin de mogelijkheid (die de bedrijfsopvolger wel heeft) om de verkregen onderneming niet voort te zetten maar te liquideren en over de opbrengst (de liquidatiewaarde) erfbelasting te betalen.

Het laatste woord zal hierover nog niet gesproken zijn, en dat is maar goed ook.

6. Slotsom met enkele conclusies

De bedrijfsoverdracht in de landbouw is, evenals in andere bedrijfstakken, in beginsel geen transactie maar een proces. In dat proces verdienen zeer vele, uiteenlopende aspecten aandacht, zo blijkt wel uit dit preadvies. Zelfs op de mij toegedeelde rechtsgebieden is het onmogelijk om in dit preadvies alle relevante aandachtspunten ‘op een rijtje’ te krijgen. In de inleiding heb ik al aangegeven dat ik keuzes zou (moeten) maken.

In het vorenstaande heb ik me voor de mogelijke vormgeving voor een bedrijfsoverdracht in de landbouw laten inspireren en leiden door wetgeving, bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en jurisprudentie, maar ook door de mij bekende praktijk van de

81. Voor hen is slechts een (thans meestal onaantrekkelijk) rentedragend betalingsuitstel gedurende 10 jaren beschikbaar. Zie art. 25 lid 13 Invorderingswet 1990.

bedrijfsopvolging. Dit bracht me uiteindelijk bij de personenvennootschap als een beproefd en (nog) steeds uitermate geschikt instrument voor de inrichting van de agrarische bedrijfsopvolging. Daarbij moeten we ons realiseren dat de personenvennootschap niet slechts dienst kan doen in geval het bedrijfsopvolgingsproces vele jaren beslaat, maar ook bij een verkoop van een onderneming met een gefaseerde overdracht in een korte(re) tijdspanne. Bij dit alles hoort vanzelfsprekend moderne vennootschapswetgeving in plaats van de thans nog geldende regeling die stamt uit 1838. Ik hoop van ganser harte dat het komende kabinet serieus aan de slag gaat met het invullen van Titel 7.13 van het Burgerlijk Wetboek. Primair omdat de tijd is gekomen voor een wetswijziging, maar ook omdat de ervaring leert dat een dergelijke wijziging over het algemeen resulteert in een hernieuwde belangstelling voor het rechtsgebied hetgeen een positief effect kan hebben voor zowel de civiel- als de fiscaalrechtelijke ontwikkeling van deze rechtsvorm en het gebruik daarvan.