

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bju.nl
I www.bju.nl

EstateTip

Review

Afl. 2007-03

24 januari 2007

Erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten Zijn aandelen en certificaten identiek?

Dat het huidige Boek 4 BW een 'blessing in disguise' is voor de estate planner die een bedrijfsopvolging *bij en door* het overlijden laat verlopen, behoeft geen nader betoog meer. Dit neemt niet weg dat de *erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten* als zodanig stof tot overdenking en discussie blijven geven. Faciliteiten bestaan niet zonder voorwaarden. Zonder beperkingen zouden faciliteiten immers geen faciliteiten kunnen zijn. Een effectief gebruik daarvan staat of valt dan ook met de kennis van de speelruimte. Wanneer wel en wanneer – net – niet meer ...

Artikel 4:74 BW zou als een erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteit kunnen worden aangemerkt. Met dit artikel kan men legitimeren 'op afstand houden' door hen met geldlegaten met een *uitgestelde* opeisbaarheid af te kaarten. Let wel: dit betekent *niet* dat een dergelijke legitimeris – zo de erflater dat wil – een 'fair share' van de waarde van de onderneming mag verkrijgen; hij dient voor wat betreft de opeisbaarheid daarvan echter enig geduld te betrachten.

De toverformule van artikel 4:74 BW luidt dat *zonder het bedoelde geldlegaat met uitgestelde opeisbaarheid, de voortzetting van het beroep of bedrijf van erflater in ernstige mate zou worden bemoeilijkt*. Een dergelijk geldlegaat, dat inferieur is op grond van artikel 4:73 lid 1 letter c BW vanwege het feit dat het langer dan zes maanden na erfslaters overlijden opeisbaar is, wordt in één klap superieur.

De tijden dat erfslaters in het MKB nog in *hun* beroep of bedrijf sappelen, zijn in veel gevallen verleden tijd. Veel ondernemers leggen hun 'ziel en zaligheid' in de onderneming van een ander, te weten die van de B.V. waarin zij hun beroep of bedrijf hebben omgezet. De wetgever heeft met deze maatschappelijke werkelijkheid rekening gehouden door een 'vereenzelvigingsregel' in de tweede volzin van artikel 4:74 lid 1 BW op te nemen: met een beroep of bedrijf van de erflater wordt gelijkgesteld een onderneming, gedreven door een N.V. of een B.V. waarvan de erflater *bestuurder* was en waarin deze alleen of met zijn medebestuurders de *meerderheid van de aandelen* hield.

Het *vereenzelvigingscriterium* is door de wetgever overgenomen uit artikel 1:88 lid 5 BW. Voor wat betreft de invulling van dit begrip, heeft de wetgever aangegeven – zij het in relatie tot artikel 4:38 BW, waarin op vergelijkbare wijze wordt vereenzelvigd –

dat aansluiting dient te worden gezocht bij de jurisprudentie met betrekking tot bedoeld lid 5 (Van der Burght c.s., Parl.Gesch. Invoeringswet Boek 4, Deventer: Kluwer 2003, p. 1894). Daaraan werd door de minister nog toegevoegd dat vereenzelvinging *niet* aan de orde was met betrekking tot door een holding gehouden aandelen in een werkmaatschappij en ten aanzien van certificaten van aandelen. Zie over de 'erfrechtelijke vereenzelvinging' uitgebreid W. Burgerhart, Bedrijfsopvolging, Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten (preadvies KNB), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 421 e.v.

De rechtsontwikkeling heeft sindsdien niet stilgestaan. Zo besliste de Hoge Raad op 11 juli 2003 (HR 11 juli 2003, NJ 2004,173, m.nt. WMK (Kelders/Fortisbank)) dat voor de toepassing van artikel 1:88 lid 5 BW vereenzelvinging met aandelen in een werkmaatschappij (middellijke deelneming) onder omstandigheden mogelijk is. De weg naar een ruimere toepassing van het vereenzelvingscriterium leek daarmee geopend, en werd in de literatuur ook bepleit (zie bijvoorbeeld W. Bosse, Artikel 1:88 lid 5 BW ook van toepassing bij indirect aandeelhouderschap en bestuur, JBN 2004, nr. 43, en Klaassen-Luijten-Meijer, Huwelijksgoederen- en erfrecht, Eerste gedeelte: Huwelijksgoederenrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 55).

Over de vereenzelvinging van *certificaten* met aandelen in relatie tot bedoeld criterium uit artikel 1:88 lid 5 BW heeft de Hoge Raad tot nu toe gezwegen.

Bestudering van het arrest van de Hoge Raad van 20 januari 2006 (HR 20 januari 2006, NJ 2006, 79) en in het bijzonder de conclusie van Procureur-Generaal Hartkamp levert echter inzicht in heldere gedachten over deze vereenzelvinging op.

De casus van het laatstbedoelde arrest was in het kort als volgt:

Een bestuurder heeft namens een B.V. met een bank een kredietovereenkomst gesloten, en zich jegens de bank borg gesteld voor de betaling van al hetgeen de B.V. aan de bank verschuldigd zal worden. De echtgenote van de bestuurder heeft *geen* toestemming verleend als bedoeld in artikel 1:88 lid 1 letter c BW.

Ten tijde van het verrichten van bedoelde rechtshandelingen was de bestuurder nog slechts koper van de in het kapitaal van de B.V. geplaatste aandelen. Na de borgstelling werden de aandelen aan hem overgedragen. Niet lang daarna ging het 'mis' met de B.V. en werd de borg door de bank ingeroepen. De echtgenote vernietigde de borgtochtovereenkomst met een beroep op artikel 1:88 en 1:89 BW.

Het geschil draaide voornamelijk om de vraag of de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW, als gevolg waarvan de bedoelde toestemming *niet* is vereist, in casu van toepassing was. De bank stelde dat van het houden van aandelen als in bedoeld artikellid ook sprake is in geval van de economische eigendom van aandelen, in de zin dat de aandelen zijn gekocht maar nog niet geleverd. De wederpartij dacht daar anders over.

De Procureur-Generaal onderzoekt in een zeer lezenswaardige conclusie de ontstaansgeschiedenis van artikel 1:88 lid 5 (destijds lid 4). Om geen afbreuk te doen aan de fraaie analyse, citeren wij de Procureur-Generaal, waarbij we ons beperken tot de vereenzelvinging.

Over de gedachte van de wetgever bij de vereenzelviging van artikel 1:88 lid 5 BW valt in de conclusie het volgende te lezen:

‘De wetgever heeft bij deze uitzondering [op het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 letter c BW; toevoeging SBS] dan ook het oog op de situatie waarin materieel geen onderscheid bestaat tussen de echtgenoot en de besloten of naamloze vennootschap waarin hij zijn onderneming drijft, en waarin sprake is van een combinatie van zeggenschap en financieel belang zoals die zich ook bij de eenmanszaak en de v.o.f. voordoet.’

Zoals bekend wordt dit in de wet tot uitdrukking gebracht door twee voorwaarden, te weten het *statutaire bestuurderschap* en het – alleen of met medebestuurders – zijn van *meerderheidsaandeelhouder* in de desbetreffende vennootschap.

Over de keuze voor dit ‘vereenzelvigingscriterium’ wordt het volgende in de conclusie geschreven:

‘Daarnaast blijkt uit de (...) parlementaire geschiedenis dat de wetgever de uitzonderingsregeling van het vierde lid (thans het vijfde lid) van art. 1:88 bewust eenvoudig heeft gehouden, en de uitzondering bewust heeft beperkt tot gevallen waarin aan de twee genoemde formele vereisten is voldaan. Allerlei andere situaties waarin mogelijk sprake is van een combinatie van zeggenschap en financieel belang als bij een eenmanszaak of een v.o.f., zoals bijvoorbeeld als aandelen zijn *gecertificeerd* of wanneer een afwijkende regeling van het stemrecht geldt, heeft de wetgever bewust buiten de uitzondering gehouden: in meer ingewikkelde situaties (dan die van bestuurder-(groot/enig) aandeelhouder) moet gewoon de toestemming van de andere echtgenoot worden gevraagd.’ [cursivering van ons, SBS]

De Procureur-Generaal komt vervolgens tot de slotsom dat de bestuurder ten tijde van de borgstelling nog geen zeggenschap in de desbetreffende vennootschap had verworven omdat de levering van de aandelen nog niet was geschied. Bovendien hing de overdracht van de aandelen op het moment van de borgstelling nog af van bijvoorbeeld de betaling van de koopprijs en de nakoming door de verkopers. Het *recht* op levering levert zijns inziens geen aandeelhouderschap in de zin van artikel 1:88 lid 5 BW op.

Maar zelfs als men aanneemt dat ‘economische eigendom’ of vergelijkbare aanspraken op aandelen wél een gelijke positie opleveren als de ondernemer die zijn beroep of bedrijf als eenmanszaak of in een personenvennootschap voert, is volgens de Procureur-Generaal de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW niet van toepassing.

Hij voert daartoe het volgende aan:

‘De wetgever heeft zoals gezegd bewust alleen de eenvoudig te toetsen situatie van de bestuurder/(groot/enig)aandeelhouder onder de uitzondering van het vijfde lid willen brengen, en voor ingewikkelde situaties toestemming nodig geacht. (...) Bij “economische eigendom” is van een dergelijke eenvoudig te toetsen situatie geen sprake: de inhoud van dat begrip staat niet vast (...) en economische eigendom is niet gemakkelijk (...) vast te stellen.’

Is het zijn van bestuurder/(groot/enig) aandeelhouder dan ook niet eenvoudig te toetsen door raadpleging van het handelsregister, het aandeelhoudersregister en eventuele notariële leveringsakten, dan is toestemming vereist. De Procureur-Generaal voegt daar nog aan toe, onder verwijzing naar het gemelde arrest Kelders-Fortisbank, dat bestuurderschap/middellijk aandeelhouderschap waarvan in dat arrest sprake was, wel gemakkelijk op vorenstaande wijze kan worden vastgesteld, zodat de rechtszekerheid niet in gevaar komt door dergelijke situaties onder de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW te brengen.

De Hoge Raad volgde de conclusie van de Procureur-Generaal overigens en besliste in het arrest van 20 januari 2006 dat toestemming voor de bedoelde borgstelling was vereist. De bank trok aan het kortste eind.

Terug naar artikel 4:74 BW. Nu de vereenzelving van dit artikel op grond van de parlementaire geschiedenis leunt op die van artikel 1:88 lid 5 BW, moeten we het er – voorzichtigheidshalve – op houden dat deze erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteit geen dienst kan bewijzen bij gecertificeerde aandelen. Of artikel 4:74 BW daarmee grotendeels is uitgespeeld, valt nog te bezien. Wel is zeker dat de glans er een beetje af is. Het denken over en de planning met erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is echter nog maar net begonnen.

Vooralsnog houden wij er in ieder geval rekening mee dat de erfrechtelijke vereenzelving aan strenge, maar wel verifieerbare criteria is onderworpen.

Tot volgende week!



ScholsBurgerhartSchols



Boom Juridische uitgevers

www.scholsburgerhartschols.nl

www.bju.nl

© 2007 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.