

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/74210>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-17 and may be subject to change.

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. 2008-31

1 oktober 2008

Bedrijfsopvolging mét meerwaardeclausule Wel of geen gift bij voortzetting tegen de agrarische waarde?

We schreven er al eerder over, te weten in *EstateTip Review* 2004-26 en 2005-13. Is bij een bedrijfsopvolging 'uit een personenvennootschap' waarbij wordt afgerekend voor de *agrarische* of *verpachte* waarde sprake van een gift door de uittreedende vennoot aan diens opvolger? Welke rol speelt het al dan niet overeenkomen van een meerwaardeclausule in dat geval? Kan een dergelijke clausule het 'giftkarakter' aan de opvolgingsafspraken ontnemen? In de hiervoor gemelde bronnen besteedden wij aandacht aan het inmiddels 'klassieke arrest' van de Hoge Raad van 13 februari 2004 (NJ 2004, 653) en aan de verwijzingsuitspraak van Hof Arnhem van 15 maart 2005 (LJN AT1011). Deze beide arresten, die erfrechtelijke kwesties (legitieme- en inbrengregeling) betroffen, leverden het volgende op.

Voor de vraag of een (deels van het vennootschapscontract afwijkende) opvolging tegen vergoeding van de agrarische waarde een gift inhield, dient volgens de Hoge Raad in aanmerking te worden genomen:

1. dat de rechtsverhouding tussen de deelgenoten in de personenvennootschap wordt beheerst door de *redelijkheid en billijkheid*, die in het algemeen in de weg staan aan een waardering die de voortzetting van een (nog juist lonend) bedrijf onmogelijk maakt;
2. de *bedoeling van de vennoten* dat de zoon de onderneming zou kunnen voortzetten tegen vergoeding van de 'agrarische waarde';
3. de *aard van de rechtsverhouding* tussen de deelgenoten: het gaat om een in familieverband 'van vader op zoon' uitgeoefend melkveebedrijf.

Geabstraheerd van de vraag of het niet-bedingen van een *meerwaardeclausule* door de uittreder ten laste van de opvolger een gift inhield (*quod non*, zie Hof Arnhem 15 maart 2005), gaf de Hoge Raad aan dat de op de agrarische waarde gebaseerde 'prijs' bij de verdeling van het vennootschappelijk vermogen *geen* gift hoeft in te houden.

Bij lezing van de recent gepubliceerde conclusie van A-G Van Ballegooijen (conclusie d.d. 31 juli 2008, nr. 43.393; zie ook *Notamail* 2008, nr. 250) stuiten wij weer op de hiervoor gemelde jurisprudentie. De conclusie betreft het *schenkingsrecht* in een opvolgingstraject dat enige verwantschap vertoont met de casus in het gemelde arrest van 13 februari 2004.

De casus in de onderhavige procedure zag er in grote lijnen als volgt uit:

Vader en zoon dreven van 1992 tot 1999 hun veehouderij in de vorm van een maatschap. Bij uittreding door vader heeft de zoon van de overeengekomen voortzettingsregeling gebruikgemaakt, en heeft daarbij alle tot de onderneming van vader behorende goederen en schulden overgenomen. Om voortzetting van de onderneming te waarborgen (of: om een nog juist lonende exploitatie mogelijk te maken) gingen vader en zoon uit van de *boekwaarde* van het overgenomen gedeelte van het vennootschappelijk vermogen en met betrekking tot de (bij de vennootschap in gebruik zijnde) weilanden van de *waarde in verpachte staat*. De waarde van het buitenvennootschappelijke melkquotum werd op nihil gesteld. Voorts is tussen vader en zoon een meerwaardeclausule overeengekomen, die (kort gezegd) bij vervreemding binnen tien jaren tot een vergoedingsplicht jegens vader kon leiden. Het geschil tussen de zoon en de Belastingdienst betreft in feite de vraag of van een gift sprake was, en zo ja naar welke maatstaf. Dat de zoon van de 'oude' bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uit de Invorderingswet 1990 gebruik kon maken, deed daaraan niet af.

Hof Den Haag besliste in deze zaak op 7 juni 2006 (nr. 04/01353) dat artikel 21 SW 1956 per 1 januari 2002 voor de waardering van een onderneming verplicht om rekening te houden met de waarde in het economische verkeer daarvan, 'zonder reductie in verband met de mogelijkheid deze onderneming nog lonend te kunnen exploiteren', en verklaart het beroep ongegrond. De zoon tekent cassatie aan, met onder meer als middel de schending van artikel 1 SW 1956 omdat het Hof heeft beslist dat van een *gift* sprake was. Ter onderbouwing daarvan wordt het volgende toegevoegd:

'Belanghebbende verwijst naar het arrest van de Hoge Raad van 13 februari 2004, C02/233HR, NJ 2004, 653 en stelt dat er geen sprake is van een schenking omdat de vastgestelde overnamesom niet gebaseerd is op een bevoordeling uit vrijgevigheid maar rechtstreeks voortvloeit uit de maatstaven van redelijkheid en billijkheid die in het algemeen aan de weg staan aan een waardering die voortzetting van een nog juist lonend bedrijf onmogelijk maakt. Bovendien ontbreekt een bevoordeling omdat de overdrager een reële meerwaardeclausule heeft bedongen, aldus belanghebbende.'

U ziet, het erfrechtelijke arrest van 13 februari 2004 wordt thans gebruikt om in fiscale zin een gift te ontkennen. Deze aanpak is gebaseerd op de gedachte dat zonder een gift in civielrechtelijke zin aan heffing van schenkingsrecht *niet* wordt toegekomen.

A-G Van Ballegooijen oordeelt hierover als volgt:

'Omdat artikel 21 SW voorschrijft dat bij de waardering van een onderneming met onderrentabiliteit geen rekening wordt gehouden, terwijl vader en zoon dit bewust wel hebben gedaan, acht het Hof een schenking aanwezig. Op deze gedachtegang uit belanghebbende een grief in zijn Toelichting op het eerste middel: zo passeert het Hof artikel 1 SW (en hoofdstuk I SW). Ik deel deze kritiek. Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een verarming en een verrijking (een materiële bevoordeling) spelen fiscale waardebegrippen in beginsel geen rol. De verrijking en verarming waarvan het civiele schenkingsbegrip uitgaat, moeten worden bepaald met behulp van de vrije waarde

die in het ruilverkeer wordt toegekend aan het verkregene. Anders gezegd: artikel 21 SW komt pas aan de orde, nadat een schenking in de zin van artikel 1 SW is vastgesteld.'

De 'steun' van de A-G baat de zoon echter niet; het Hof heeft vanwege het aanmerkelijke verschil tussen de verkrijgingsprijs en de waarde in het economische verkeer namelijk terecht een 'verarming/verrijking' geconstateerd. Voor een gift moet er, afgezien van de hiervoor bedoelde vermogensverschuiving, sprake zijn van een *bevoordelingsbedoeling*, die (zo wordt in de conclusie uiteengezet) in de jurisprudentie 'uiteenvalt' in het *bewustzijn* van een bevoordeling bij de schenker alsmede de (geobjectiveerde) *wil* om de begiftigde te bevoordelen.

In de conclusie wordt verder uitgebreid stilgestaan bij de bedrijfsopvolging via een personenvennootschap. Zo wordt aangegeven dat vennootschappelijke voortzettingsregelingen veelal (wederkerige) kanscontracten zonder bevoordelingsbedoeling zijn, maar dat in familieverhoudingen de voortzetting door de volgende generatie (veelal) het kanselement (de wederkerigheid) aan de desbetreffende regeling ontleent. Ook een meerwaardeclausule doet daaraan niet toe of af; zij dient als een 'schenking onder een ontbindende voorwaarde' te worden beschouwd.

Bij de opvolging in boerenbedrijven doet zich nog een extra complicatie voor, die is gelegen in de in die bedrijven voorkomende onderrentabiliteit, die in de weg staat aan een voortzetting op basis van de waarde in het economische verkeer. In plaats daarvan wordt doorgaans de waarde gehanteerd waarbij een lonende exploitatie nog net mogelijk is, oftewel de *agrarische waarde*.

Over de vraag of uit het arrest van de Hoge Raad van 13 februari 2004 de conclusie mag worden getrokken dat onder de betreffende omstandigheden (vanwege het ontbreken van een bevoordelingsbedoeling) geen sprake was van een gift, zegt de A-G het volgende:

'Naar mijn opvatting leert het arrest *niet* dat een overname tegen agrarische waarde op basis van een verblijvensbeding de bedoeling tot bevoordelen door de uittredende ouder uitsluit; en ook niet dat die overname een materiële bevoordeling van het kind uitsluit.' [Cursivering van ons, SBS]

Onder verwijzing naar HR 4 maart 2005 (NJ 2005, 162) wordt voorts overwogen dat de stelling dat de enkele omstandigheid dat voortzetting op basis van de agrarische waarde plaatsvindt een bevoordeling uit vrijgevigheid inhoudt, evenmin houdbaar is (zie over dit arrest en de eerdere uitspraken uitgebreid W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht, Beschouwingen over de waarde van een onderneming in het erfrecht en enige verwante wetten* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008, p. 143 e.v.). Dit arrest brengt aan het licht dat volgens de Hoge Raad voor de vraag of de bedrijfsopvolging 'uit een personenvennootschap' een gift oplevert, het 'geheel van de maatschapsverhouding' moet worden beschouwd.

Ondanks het feit dat deze beschouwing in de procedure achterwege is gebleven, is volgens de A-G in casu geen sprake van een met de arresten van de civiele kamer van de Hoge Raad strijdige uitleg van het begrip schenking. Alhoewel het Hof niet met zoveel woorden heeft aangegeven dat van een bevoordelingsbedoeling sprake is, valt daaraan volgens de A-G niet te twifelen. De bedongen meerwaardeclausule

doet (als voorwaardelijk schenking) daaraan overigens niet toe of af. Het (eerste, hiervoor gemelde) cassatiemiddel van de zoon wordt ongegrond verklaard. Blijkens de conclusie biedt HR 13 februari 2004 aan de zoon geen soelaas.

Betekent dit dat we weer 'terug bij af zijn' en de bedrijfsopvolging op basis van de agrarische waarde (zonder meer) een belastbaar feit voor het schenkingsrecht oplevert? We kunnen hier op verschillende manieren op reageren. Ten *eerste* was een dergelijke opvolging op basis van het laatstgemelde arrest ook niet gevrijwaard van schenkingsrecht, zo stemmen wij met de conclusie van de A-G in. Ten *tweede* is de discussie met de huidige 'stand' van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten ('75%-vrijstelling') in veel gevallen een theoretische geworden, omdat schenkingsrecht veelal in de voorzieningen 'ondergaat'. Ten *derde* wachten wij met belangstelling de uitspraak van de Hoge Raad af, omdat ons inziens voor de waardering bij een opvolging uit een personenvennootschap aanmerkelijk genuanceerder over de te hanteren waarde kan en moet worden gedacht dan bij een verkoop 'in het economisch verkeer'. Men moet wellicht toch nog eens 'het geheel van de maatschapsverhouding' bezien (zie bijvoorbeeld, W. Burgerhart, t.a.p., p. 390 e.v.).

Bedrijfsopvolging, zowel tijdens leven als bij overlijden, blijft de gemoederen bezig houden, zo blijkt weer uit het vorenstaande. De wetgevende en jurisprudentiële ontwikkelingen volgen elkaar razend snel op. Onze *EstateTip*-dag voor het najaar (donderdag 27 november 2008) in de Jaarbeurs te Utrecht wordt geheel gewijd aan de bedrijfsopvolging. Voor de inschrijving verwijzen we u naar het als (digitale) bijlage meegestuurde formulier.

Tot volgende week!



ScholsBurgerhartSchols



Boom Juridische uitgevers

www.scholsburgerhartschols.nl

www.bju.nl

© 2008 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

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