

Huwelijkse voorwaarden en bedrijfsopvolging

Zorg voor een goed huwelijk

[November 2022]

Introductie

Er zijn uiteraard verschillende redenen waarom het raadzaam is om huwelijkse voorwaarden op te stellen. In eerste aanleg wordt veel gedacht aan het privé houden van familievermogen, het beperken van aansprakelijkheids-risico's of het regelen van een verzorgingsbehoefte.

Als tot het vermogen van (een van de) partners aandelen in een familiebedrijf behoren, wordt vaak gedacht aan deze eerste grond voor het opstellen van huwelijkse voorwaarden; het privé houden van het vermogen. Echter, in geval van bedrijfsopvolging en het willen toepassen van de bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: de 'BOR') kan het voorkomen dat die zorgvuldig opgestelde voorwaarden voor de BOR averechts werken doordat ze fiscaal contraproductief zijn. Naast alle andere regelingen in schenkingsakten, testamenten en aandeelhoudersovereenkomsten is voor de optimale gebruikmaking van de BOR derhalve ok de inrichting van het huwelijksgoederenregime van groot belang. Hierna ga ik verder in op de inhoud van de huwelijkse voorwaarden en de aandachtspunten bij gebruikmaking van de BOR.

Bedrijfsopvolgingsregeling⁽¹⁾

Wie aandelen in een materiële onderneming erft of geschonken krijgt, moet hierover in beginsel belasting betalen. Zonder toepassing van de BOR leidt het schenken of vererven van aandelen in principe tot een heffing van twee belastingen:

- Inkomstenbelasting: over de meerwaarde van de aandelen (de vervreemdingsprijs minus de verkrijgingsprijs) tegen een tarief van 26,9% in box 2; en
- Erf/schenkbelasting: over de waarde van de aandelen. Voor verkrijgingen door kinderen van hun ouder(s) 10% (tot €130.425) en 20% (over het meerdere); voor kleinkinderen en verdere afstammelingen is dit respectievelijk 18% en 36% en voor alle overige verkrijgers gelden de tarieven van respectievelijk 30% en 40%.

Wordt het bedrijf geschonken of vererft de onderneming en wordt het (binnen de familie) voortgezet? Dan biedt de bedrijfsopvolgingsregeling uitkomst: (een deel van) de waarde wordt dan door de Belastingdienst vrijgesteld met het oog op de continuïteit van de onderneming.

Huwelijkse voorwaarden

Finaal verrekenbeding

Veel ondernemers maken huwelijkse voorwaarden om het vermogen privé te houden, maar willen bij het einde van het huwelijk, of bij overlijden, toch de helft van de waarde van de te verrekenen vermogensbestanddelen met elkaar verrekenen ('bij helfte').

Dat kan door het opnemen van een finaal verrekenbeding in de huwelijkse voorwaarden: gedurende het huwelijk is het vermogen gescheiden, maar aan het einde van het huwelijk wordt afgerekend, veelal bij helfte, alsof zij in gemeenschap van goederen waren gehuwd. Dat is niet een daadwerkelijke gemeenschap van goederen maar een verbintenisrechtelijke verrekening tussen partijen. Een dergelijke afspraak strookt waarschijnlijk met de bedoeling van partijen maar helaas werkt in geval van een finaal verrekenbeding de BOR niet optimaal. Wij lichten dit nader toe met onderstaand voorbeeld.

X is eigenaar van de aandelen van de onderneming voor 100% en de partner, niet zijnde de aandeelhouder, overlijdt. Er wordt conform de huwelijkse voorwaarden afgerekend als ware er een algehele gemeenschap van goederen.

De langstlevende (100% aandeelhouder) is gerechtigd tot een waarde van 50% van de aandelen in vorm van een vordering. Deze vererft veelal naar de kinderen op grond van het testament. De kwalificatie van het vermogen voldoet dan niet. Er vererven immers geen aandelen maar een vordering waarvan de waarde ziet op de aandelen.

Was er sprake van een 'echte' gemeenschap van goederen, dan had de eerst stervende partner zelf 50% van de aandelen, deze vererven naar de kinderen en vervolgens kan hierop de BOR worden toegepast.

Bij besluit⁽²⁾ is er weliswaar een goedkeuring voor een finaal verrekenbeding maar alleen onder (onder meer) de voorwaarde dat de verrekenvordering wordt toegedeeld aan de langstlevende echtgenoot. Het besluit geeft een aantal toelichtende voorbeelden.

Voor deze goedkeuring gelden de volgende voorwaarden:

- De goedkeuring is alleen van toepassing voor de erfbelasting;
- De goedkeuring geldt alleen voor de verrekeningsvordering die ontstaat door het overlijden van de erflater;
- De goedkeuring geldt voor zover de langstlevende echtgenoot de verrekeningsvordering verkrijgt;
- De goedkeuring geldt alleen voor het saldo van de verrekeningsvordering door het finaal verrekenbeding dat is toe te rekenen aan de waarde van het ondernemingsvermogen van de langstlevende echtgenoot;
- Het ondernemingsvermogen waarop de verrekening betrekking heeft, is ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c lid 1 letter a, b, c of d SW 1956 dat de langstlevende echtgenoot al tenminste gedurende de periode van vijf jaren als bedoeld in artikel 35b lid 5 SW 1956.

De goedkeuring werkt derhalve door naar de overige voorwaarden voor de BOR. Mocht een kind alsnog een onderbedelingsvordering verkrijgen, is hierop de uitstelregeling van artikel 25 lid 13 Invorderingswet 1990 van toepassing.

In de praktijk is het meestal niet attractief om de verrekenvordering op de langstlevende te laten overgaan. Het is fiscaal veelal voordeliger de nalatenschap naar de volgende generatie te laten vererven⁽³⁾. Dat betekent dat huwelijkse voorwaarden met een 'alsof'-beding aangepast zouden moeten worden wanneer er kwalificerende BOF-aandelen toe behoren. Rekening houdend met de wensen zijn er diverse oplossingen te bedenken. Het is uiteraard mogelijk voor de toekomst de aandelen in het ondernemingsvermogen uit te sluiten van het finale verrekenbeding.

Afhankelijk van de vormgeving van het oorspronkelijke finale verrekenbeding moet vervolgens worden bekeken of er wellicht rechten worden prijsgegeven door een partner. Een andere mogelijkheid is om een (beperkte) gemeenschap van goederen aan te gaan waartoe de aandelen gaan behoren. Uiteraard wordt in dat geval ook bij scheiding dit vermogen verdeeld hetgeen bij een finaal verrekenbeding dat enkel werkt bij overlijden niet het geval is. Hoe uiteindelijk de huwelijkse voorwaarden worden ingericht, hangt derhalve sterk af van de wensen van partijen waarna vervolgens naar de fiscale uitwerking wordt gekeken.

Periodiek verrekenbeding

In de praktijk komt een onuitgevoerd periodiek verrekenbeding zonder finaal verrekenbeding regelmatig voor. Vanwege de uiteenlopende discussies over onuitgevoerde verrekenbedingen is middels artikel 1:141 lid 3 BW het bewijsvermoeden gecreëerd waarbij het aldan aanwezige vermogen wordt vermoed te zijn gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden, tenzij uit de eisen van redelijkheid anders voortvloeit. De onuitgevoerde verrekening kan spelen bij een echtscheiding maar ook bij overlijden.

Stel dat aandelen behoren tot het aanwezige vermogen, en de niet-aanmerkelijkbelanghouder overlijdt, in dat geval moet ook feitelijk worden afgerekend over de helft van het vermogen⁽⁴⁾.

Stel dat bij het einde van het huwelijk door overleiden van de niet-aanmerkelijkbelanghouder het vermogen enkel bestaat uit aandelen in een materiële onderneming waarvan de langstlevende 100% eigenaar is. In feite zou uitvoering moeten worden gegeven aan het niet-uitgevoerde verrekenbeding ten behoeve van de erven en zullen de erven het moeten doen met een vordering op de langstlevende ouder waardoor de toepassing van de BOR weglekt. Daarnaast is de bovenstaande goedkeuring niet van toepassing⁽⁵⁾. Het is hoe dan ook goed om actie te nemen op onuitgevoerde periodieke verrekenbedingen, niet alleen om niet overgeleverd te zijn aan het bewijsvermoeden van artikel 1:141 lid 3 BW en de onzekerheid die dat met zich mee kan brengen, maar ook optimale toepassing van de BOR is tevens een goede reden om actie te nemen op de inhoud van het periodieke verrekenbeding.



Waardering aanmerkelijk belanglatentie bij verrekenbedingen

Een ander punt dat speelt bij een 'alsof'-beding bij overlijden van de niet-aanmerkelijkbelanghouder ofwel bij scheiding is de waardering van de latente inkomstenbelastingclaim. Bij het finale verrekenbeding gaan we ervan uit dat het vermogen bij helfte wordt afgerekend. De vraag is daarbij hoe de belastingschuld, die zich op dat moment nog niet materialiseert, moet worden gewaardeerd. De belastingpercentages voor sommige latente belastingschulden in een nalatenschap worden ondubbelzinnig genoemd in artikel 20 lid 6 SW 1956 zoals de doorschuifregeling.

In dat geval speelt de waardering van de latente belastingclaim geen rol, er bestaat immers een voorschrift. Bij een finaal verrekenbeding gaat het om de latente aanmerkelijkbelangclaim bij 'doorschuiven in civiel opzicht'. De percentages in een fiscale wet zijn hier niet op van toepassing. De vraag is vervolgens of deze latente claim contant of nominaal moet worden gewaardeerd. Het aanmerkelijkbelangtarief is thans 26,9%. De rechtspraak biedt enig houvast, er zijn al een aantal uitspraken geweest waarbij dergelijke problematiek aan de orde is gekomen⁽⁶⁾. Een korte conclusie hiervan is dat veel uitspraken uitgaan van het nominale tarief, zo ook onlangs Hof Arnhem-Leeuwarden.⁽⁷⁾ Echter, voor het eerst is in hoogste instantie hierover geoordeeld en acht de Hoge Raad het, in tegenstelling tot het Hof, verdedigbaar dat een erfgenaam van een aanmerkelijkbelanghouder door het doorschuiven van rentevoordeel geniet die vervolgens de waarde van de belastinglatentie verlaagt. De zaak is thans verwezen naar het Hof ter nadere invulling van de berekening van de contante waarde.⁽⁸⁾

Bezits- en voorzettingstermijn

Hiervoor bespraken wij al kort de voorwaarden van de bedrijfsopvolging en in het bijzonder de bezitstermijn. Om gebruik te kunnen maken van de BOR voor de schenk- of erfbelasting moet een ondernemer de aandelen respectievelijk een jaar hebben en vijf jaar houden en dat geldt eveneens voor de onderliggende onderneming.





Zoals reeds opgemerkt, komt het vaak voor dat echtgenoten huwelijkse voorwaarden met een vermogensscheiding hebben gemaakt, maar die op een later moment alsnog opheffen en een gemeenschap van goederen aangaan. Bijvoorbeeld omdat ze erop vertrouwen dat het risico op een faillissement en echtscheiding is afgewend. Als de 'nieuwe' aandeelhouder, dat wil zeggen de partner die voorheen niet de aandelen bezat, vervolgens binnen een jaar overlijdt of binnen vijf jaar gaat schenken, dan wordt voor dat gedeelte niet aan de bezitstermijn voldaan. Deze wijziging in de huwelijkse voorwaarden (opheffen van de gemeenschap) heeft derhalve ingrijpende fiscale gevolgen en dat is begrijpelijk. Veelal bestaat de onderneming al jaren en denken partners onderling dat een dergelijke wijziging geen impact heeft op de toepassing van de BOR en slechts recht doet aan de economische of gevoelsmatige situatie.

Desalniettemin gaat de termijn opnieuw lopen als de huwelijkse voorwaarden worden opgeheven en de niet-aandeelhouder alsnog aandelen verkrijgt via boedelmenging. In verband met het voortzettingsvereiste is in artikel 10 lid 7 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting wel een regeling getroffen waardoor bij overgang naar

een gemeenschap van goederen waartoe de verkregen aandelen gaan behoren, het voortzettingsvereiste niet wordt geschonden. In artikel 9 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting zou als equivalent dan eveneens een regeling moeten worden getroffen voor de bezitstermijn. Zelfs als de betreffende huwelijksgemeenschap onverhoopt gedurende de resterende duur van de voortzettingstermijn wordt ontbonden en de aandelen binnen twee jaar daarna worden toegedeeld aan de oorspronkelijke verkrijger, kan de voorwaardelijke erfbelastingvrijstelling nog in stand blijven (artikel 10 lid 7 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting).⁽⁹⁾ De dan nog geldende resterende termijn is in dat geval weer van toepassing op die verkrijger. Indien na ontbinding van de huwelijksgemeenschap de aandelen zouden worden toegedeeld aan de andere partner wordt voor 50% wel het voortzettingsvereiste geschonden, hetgeen begrijpelijk is.

In de inkomstenbelasting gelden geen bezits- en voortzettingstermijnen en op basis van artikel 4.17 Wet IB 2021 geldt dat de vervreemding van de aandelen als gevolg van de overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of verdeling wordt teruggenomen. De verkrijgingsprijs schuift in zoverre door.

Verdeling nalatenschap of huwelijksgoederengemeenschap

De gerechtigheid tot het ondernemingsvermogen kan uiteraard door verdeling van de nalatenschap of huwelijksgemeenschap wijzigen. In artikel 35f lid 2 SW 1956 is aangegeven wanneer de BOR kan worden toegepast op de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap waarin de erflater was gerechtigd. De verdeling van de huwelijksgemeenschap moet dan wel hebben plaatsgevonden binnen twee jaren na overlijden van de erflater (artikel 35f lid 3 SW 1956). In gevallen waaruit blijkt dat een verdeling binnen twee jaren niet mogelijk is, is in het voornoemde besluit uit 2013 goedgekeurd met toepassing van artikel 63 Algemene wet inzake rijksbelastingen (de 'hardheidsclausule') dat een redelijke verlenging van de tweejaarstermijn is toegestaan in overmachtsituaties of indien aan de zijde van de Belastingdienst de vertraging is gelegen.

Risico's signaleren

Vooruitdenken is essentieel en de voorwaarden om de BOR toe te kunnen passen zijn streng en complex. De gekozen route voor bedrijfsopvolging werkt door op zowel privé- als vennootschappelijk niveau. Hiervoor bespraken wij met name de vormgeving op prijsniveau bij huwelijkse voorwaarden, waarbij met name bij finale verrekenbedingen waakzaamheid is geboden in de kwalificatie vordering versus aandelen, maar ook de bezitstermijn kan knellen bij het aangaan van een gemeenschap van goederen. Uiteraard zijn daarnaast onder meer de inhoud van de testamenten en vennootschappelijke regelingen van belang waarin ook deze thema's een rol spelen. Al deze aspecten zijn met elkaar verbonden.

U kunt een schenkingsovereenkomst opstellen waarin alles tot achter de komma geregeld is, maar die moet dan wel in harmonie zijn met de overige documenten. Dat is naast alle voorwaarden die de BOR kent een essentieel gegeven voor optimale toepassing ervan.

Noten:

- (1) Hoewel deze regeling ook geldt voor IB-ondernemingen beperken wij ons hierbij tot de verkrijging aanmerkelijkbelangaandelen.
- (2) Besluit bij toedeling aan partner. Schenk- en erfbelasting. Bedrijfsopvolgingsregeling 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M.
- (3) De toepassing van de partnervrijstelling van artikel 32 lid 1 sub 4a SW 1956 laten wij hierbij buiten beschouwing.
- (4) Verschil moet hierbij worden gemaakt tussen of de aandelen ook zijn verkregen met vermogen dat verrekend had moeten worden en hetgeen bepaald is in artikel 1:141 lid 4 BV dat gaat over de 'opgepote' winsten. In dat geval speelt dit niet, de aandelen behoren dan niet tot het te verrekenen vermogen maar enkel de niet-uitgekeerde winsten voor zover in het maatschappelijk verkeer als redelijk beschouwd.
- (5) In letterlijke bewoordingen staat in het besluit dat onder voorwaarden de BOR ook geldt voor de verrekeningsvordering door de finale verrekening van de waarde van het ondernemingsvermogen van de langstlevende echtgenoot.
- (6) Rb. Den Haag 15 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4733, nominaal; Rb. Midden-Nederland 30 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1798, nominaal; Hof 's-Hertogenbosch 26 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2016:4679, nominaal; Rb. Midden-Nederland 7 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6695, mix tussen nominaal en contant; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1726, nominaal; Hof Arnhem-Leeuwarden 19 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10982, nominaal.
- (7) Hof Arnhem-Leeuwarden 3 november 2020, ECLI:NH:GHARL:2020:8994, contant is gelijk aan nominaal.
- (8) Hoge Raad 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:583, 21/00394.
- (9) Besluit 2013 biedt nog mogelijkheid voor verlenging van de termijn op basis van artikel 63 Algemene wet inzake rijksbelastingen (de hardheidsclausule).

Contact



Charlotte Zandvoort-Gerritsen

Director

KPMG Meijburg & Co

+31 (0) 6 114 34 133

gerritsen.charlotte@kpmg.com

Dit artikel is eerder verschenen in het Vakblad Financiële Planning, afl. 5, mei 2022

De hierin opgenomen informatie is van algemene aard en niet bedoeld om de omstandigheden van een bepaalde persoon of entiteit te adresseren. Hoewel wij ernaar streven nauwkeurige en tijdige informatie te verstrekken, kan niet worden gegarandeerd dat dergelijke informatie nauwkeurig is op de datum waarop zij wordt ontvangen of dat zij in de toekomst nauwkeurig zal blijven. Niemand dient naar dergelijke informatie te handelen zonder passend professioneel advies na een grondig onderzoek van de specifieke situatie.

Op alle werkzaamheden en diensten van Meijburg & Co zijn haar algemene voorwaarden, gedeponeerd bij de Nederlandse Kamer van Koophandel, van toepassing. Meijburg & Co is een Nederlandse maatschap van besloten vennootschappen, staat ingeschreven in het Handelsregister onder nummer 53753348 en is aangesloten bij de wereldwijde KPMG organisatie van onafhankelijke entiteiten verbonden aan KPMG International Limited, een Engelse private company limited by guarantee. Alle rechten voorbehouden. De algemene voorwaarden zijn te vinden op de website van Meijburg & Co (<http://www.meijburg.nl/algemenevoorwaarden>) en worden op verzoek toegestuurd