

ECLI:NL:GHDHA:2022:1991

Instantie Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak 04-10-2022

Datum publicatie 11-10-2022

Zaaknummer 200.267.296/01

Rechtsgebieden Personen- en familierecht

Bijzondere kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Becijfering hoogte legitimaire aanspraak. Waardering van tot nalatenschap behorend aanmerkelijk belang. Becijfering latente inkomstenbelasting-claim met betrekking tot het tot de nalatenschap behorend aanmerkelijk belang op basis van nominaal box 2-percentagte ten tijde van overlijden erflater. Kwalificatie transactie tussen erflater en legitimaris conform inhoud akte waarin deze transactie werd vastgelegd. Becijfering pro resto legitimaire aanspraak.

Vindplaatsen

Rechtspraak.nl
ERF-Updates.nl 2022-0286
V-N Vandaag 2022/2679

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.267.296/01

Zaak-/rolnummer rechtbank : C/09/547807/ HA ZA 18-166

Arrest van 4 oktober 2022

Inzake

1. [appellant 1] ,

2. [appellant 2] ,

3. [appellant 3] ,

4. [appellant 4] , zowel in haar hoedanigheid van erfgenaam als in haar hoedanigheid van executeur

in de nalatenschap van wijlen haar echtgenoot [naam vader] , welke laatstgenoemde hierna zal worden aangeduid als: (de) vader,

5. [appellant 5] in zijn hoedanigheid van executeur in de nalatenschap van de vader,

allen wonende te [woonplaats] ,

hierna allen tezamen: (de) appellanten,

appellanten onder 1, 2 en 3 ook te noemen: de drie broers,

advocaat: mr. M. Boender-Radder te Den Haag,

tegen

[geïntimeerde] , in haar hoedanigheid van executeur en afwikkelingsbewindvoerder in de nalatenschap van [naam zoon] , welke laatstgenoemde hierna zal worden aangeduid als: (de) zoon,

wonende te [woonplaats] ,

hierna: (de) geïntimeerde,

advocaat: mr. P.J. Groen te Sassenheim.

Het verdere verloop van het geding

Op 13 april 2021 heeft dit hof een tussenarrest gewezen in onderhavige zaak.

Appellanten hebben op 25 mei 2021 een akte houdende uitlatingen genomen.

Geïntimeerde heeft op 22 juni 2021 een akte uitlating na tussenarrest genomen.

Op 17 december 2021 hebben appellanten een akte overlegging producties genomen.

Op 17 december 2021 heeft geïntimeerde een akte inbreng producties, tevens houdende verzoek terug te komen op bindende eindbeslissingen genomen.

Op 17 december 2021 heeft er een comparitie van partijen plaatsgevonden. De advocaat van appellanten heeft onder meer aan de hand van een pleitnota een nadere toelichting gegeven. De advocaat van geïntimeerde heeft eveneens onder meer aan de hand van een pleitnota een nadere toelichting gegeven.

Op 11 januari 2022 hebben appellanten een akte overlegging nadere stukken genomen.

Aan partijen is op 20 januari 2022 het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 17 december 2022 verstrekt.

Op 8 februari 2022 heeft geïntimeerde een akte uitlating nadere stukken genomen.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [naam BV] zal hierna worden aangeduid als: (de) BV.

De verdere beoordeling van het hoger beroep

1. In deze uitspraak komen de navolgende onderwerpen die partijen nochtans verdeeld houden, aan bod:

A. Op welke wijze dient, teneinde de hoogte van de legitimaire aanspraak van de zoon in de nalatenschap van vader te becijferen, de met het tot de nalatenschap van vader behorende aanmerkelijk belang, bestaande uit certificaten A-C van aandelen in de BV, verband houdende latente inkomstenbelastingclaim becijferd te worden (nominaal of contant)?

Welke waarde dient, teneinde de hoogte van de legitimaire aanspraak van de zoon in de nalatenschap van de vader te becijferen, toegekend te worden aan het tot de nalatenschap van vader behorende aanmerkelijk belang, bestaande uit certificaten A-C van aandelen in de BV?

Dienen, teneinde de hoogte van de legitimaire aanspraak van de zoon in de nalatenschap van de vader te becijferen, de betalingen door vader aan op grond van een door hen op 12 april 1995 gesloten overeenkomst als schenkingen in mindering te worden gebracht op bedoelde legitimaire aanspraak en zo ja, voor welke waarde?

2. Het hof zal ten slotte zijn beslissingen over voormelde onderwerpen verwerken in een overzicht van de in dit kader relevante onderdelen van de nalatenschap van vader en op basis daarvan concluderen of, in het kader van de op basis van dat overzicht te becijferen hoogte van de legitieme portie van de zoon in de nalatenschap van de vader, sprake is van enige verplichting tot betaling en zo ja, hoe groot die verplichting is en wie van partijen jegens de ander(en) tot bedoelde betaling verplicht is.

A. Op welke wijze dient, teneinde de hoogte van de legitimaire aanspraak van de zoon in de nalatenschap van de vader te becijferen, de met het tot de nalatenschap van vader behorende aanmerkelijk belang, bestaande uit certificaten A-C van aandelen in de BV, verband houdende latente inkomstenbelastingclaim becijferd te worden (nominaal of contant)?

3. In het arrest van dit hof van 13 april 2021 is het hof in de rechtsoverwegingen 35 tot en met 40 ingegaan op de AB-claim die rust op de certificaten A-C van aandelen in de BV.

4. Uit het betoog van geïntimeerde volgt dat zij van mening is dat de AB-claim op enigerlei wijze contant moet worden gemaakt en niet nominaal in aanmerking dient te worden genomen als passiefpost in het kader van de becijfering van het saldo van de nalatenschap van de vader en (uiteindelijk) de legitimaire massa.

5. Appellanten zijn daarentegen primair van mening dat de AB-claim nominaal moet worden meegenomen in voormelde becijfering(en) en wel tegen het tarief waartegen belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang in Box 2 in het jaar waarin de erflater overleed werd belast, te weten 25%.

Appellanten hebben de IB-claim berekend op een bedrag van: waarde certificaten € 14.000.000,- minus beleggingsvermogen € 5.013.956,- = € 8.986.044,- maal 25% = € 2.246.511,-. In randnummer 5 van de akte houdende uitlatingen van 25 mei 2021 stellen appellanten:

“Belangrijk hierbij is het uitgangspunt dat de door het hof vastgestelde waarde van € 14 miljoen gelijk is aan de contant gemaakte waarde van de toekomstige vrije kasstromen (een en ander op basis van het rapport van [naam 1]). Bij het gebruik van de doorschuiffaciliteit dient het nominale belastingtarief van ten minste 25% te worden gehanteerd voor het berekenen van de belastinglatentie.”

6. Appellanten geven ook een rekenvoorbeeld om hun stelling te onderbouwen. Het rekenvoorbeeld luidt als volgt:

*“Stel een onderneming heeft op het moment van overlijden van de aandeelhouder een waarde in het economisch verkeer van € 1.000. De verkrijgingsprijs in het verleden bedraagt nihil en de vermogenskostenvoet van de vrije kasstromen is 10 %. Het belastingtarief in box 2 is 25%. Stel ook dat de onderneming (het hof begrijpt dat hier wordt bedoeld: de aandelen) na 1 jaar wordt verkocht door de erfgenamen tegen de waarde in het economisch verkeer. De contante waarde van de belastingclaim is dan als volgt te berekenen. De gerealiseerde vrije kasstroom in jaar 1 is: 10% * € 1.000 = € 100. Op het moment van verkoop aan het einde van jaar 1 heeft de onderneming een waarde in het economisch verkeer van € 1.100. Ofwel de totale waarde aan het einde van jaar 1 voor de erfgenamen is € 1.100 (€ 1000 + € 100) waarover 25% belasting verschuldigd is. Dat resulteert in een belastingbedrag van € 275. Dit belastingbedrag is verschuldigd aan het einde van jaar 1 en dient derhalve nog contant te worden gemaakt naar het begin van het jaar. De te hanteren kostenvoet voor het contant maken van dit belastingbedrag is ook 10% omdat de hoogte van het belastingbedrag meebeweegt met de vrije kasstroom en daardoor een gelijk risicoprofiel heeft. Hieruit volgt dat de contante waarde van de verschuldigde belasting € 250 (€ 275/1,10) bedraagt. Dit is gelijk aan de nominale heffing van 25% * de waarde aan het begin van het jaar van € 1.000.”*

7. Het hof heeft tijdens de mondelinge behandeling op 17 december 2021 op basis van artikel 22 Rv verzocht dat appellanten het volledige rapport van [naam 2] van 3 februari 2016 in het geding zouden brengen met betrekking tot de waardering van de certificaten

A-C aangezien het hof niet heeft kunnen controleren op welke wijze de waarde van de certificaten zijn gewaardeerd en met name wat de uitgangspunten van de berekening zijn geweest. Voorts wenste het hof inzicht te krijgen in de vermogenskostenvoet indien de certificaten A-C zijn gewaardeerd op basis van het contant maken van toekomstige kasstromen. De wijze van waardering van de onderneming/certificaten A-C is mede van belang voor de waardering van de AB-claim alsmede voor het oordeel voor welk bedrag de latente AB-claim in de samenstelling van de legitimaire massa dient te worden betrokken. Als de certificaten A-C zijn gewaardeerd op basis van het contant maken van toekomstige kasstromen dient de vermogenskostenvoet die is gehanteerd voor de berekening daarvan eveneens gebruikt te worden voor de waardering van de latente AB-claim die direct verband houdt met het bezit van deze certificaten van aandelen A-C. Immers, indien de bezittingen op basis van toekomstige kasstromen worden gewaardeerd, zou het bij gebreke van een overtuigende motivering waarom dat anders zou moeten zijn, welke motivering in deze zaak niet voorhanden is,

methodologisch onaanvaardbaar zijn als de met die bezittingen rechtstreeks corresponderende al dan niet latente schulden op basis van een ander uitgangspunt zouden dienen te worden gecijferd.

8. Het hof hanteert het begrip 'kasstromen'. Echter, dit heeft dezelfde betekenis als het begrip 'geldstromen' dat in het rapport van [naam 2] wordt gehanteerd.

9. Uit het rapport van 3 februari 2016 van [naam 2] inzake de waardering van de certificaten van aandelen A-C in de BV per 25 februari 2015 komt het volgende naar voren:

Uitgangspunten.

- De certificaten zijn gewaardeerd per 25 februari 2015. Hierbij is uitgegaan van de balans per die datum.
- Bij de waardeberekening is uitgegaan van een stand alone situatie en van fair market value. Eventuele strategische premies die potentiële kopers van de ondernemingen bereid zouden zijn te betalen, blijven buiten beschouwing.
- Verder is de aannahme gehanteerd van een going concern situatie: *de activiteiten van de onderneming worden na het waarderingsmoment ongewijzigd voortgezet.*
- Er is gebruikgemaakt van de door de directie opgestelde prognose. [naam 1] heeft geen zelfstandig marktonderzoek uitgevoerd.

Waarderingsmethodiek: APV-methode

- Om de marktwaarde van de certificaten van de aandelen A t/m C in de BV te bepalen is de discounted cashflow methode gehanteerd.
- *In deze methode worden de toekomstige verwachte geldstromen van de onderneming contant gemaakt naar het waarderingsmoment, 25 februari 2015.*
- *De hierbij gehanteerde vermogenskostenvoet bedraagt 14,9%.*

Toegepaste methode

- Voor de waardeberekening is de DCF-methode gehanteerd. *Dit is een methode op bedrijfseconomische grondslagen. In deze methode worden toekomstige verwachte geldstromen van de onderneming contant gemaakt naar het waarderingsmoment.* In de appendix wordt de DCF-methode nader toegelicht. Belangrijke uitgangspunten worden hierna besproken.
- De waardeberekening is gebaseerd op de fair market value, op stand alone basis en het going concern principe.
- *Allereerst wordt de waarde van (100%) van de onderneming bepaald. Deze waardering vindt plaats op geconsolideerd niveau.*
- Vervolgens wordt de waarde van de aandelen A t/m C bepaald.
- Aangezien er geen (toepasbare) markt-multiples van vergelijkbare ondernemingen beschikbaar zijn, is de multiple methode niet toegepast.

10. Uit het waarderingsrapport volgt dat de waarde in het economische verkeer oftewel de marktwaarde van de certificaten A-C op de peildatum, zijnde 25 februari 2015, is vastgesteld. De gehanteerde waarderingsmethode heeft als uitgangspunt dat de toekomstig verwachte geldstromen in de onderneming contant zijn gemaakt tegen een vermogenskostenvoet van 14,9 procent. Met andere woorden: de in het rapport gecijferde waarde is reeds gebaseerd op de contante waarde van toekomstige geldstromen. De consequentie hiervan is, naar het oordeel van het hof, dat de met die aldus op die principes gebaseerde waarde corresponderende latente AB-claim volgens dezelfde methodiek dient te worden bepaald in het kader van de samenstelling en waardering van de legitimaire massa in het kader van de nalatenschap van vader en de gecijfering van de hoogte van de legitieme van de zoon. Het hof gaat in het onderstaande hier nog nader op in.

11. Ook uit de literatuur volgt dat als de bezittingen op een bepaalde manier zijn gewaardeerd het op

voorhand onaanvaardbaar zou zijn als de met deze bezittingen rechtstreeks corresponderende schulden anders gewaardeerd zouden worden (T.C.E. Boringa en E.R. Lankester, *Belastinglatenties: nominaal of contant maken?* EB 2009, 11).

12. De Hoge Raad heeft op 24 februari 2006, LJN AU6095 (ECLI:NL:HR:2006:AU6095) een belangrijk arrest gewezen met betrekking tot de waardering van belastinglatenties. Het betrof in dat geval de waardering van een belastinglatentie met betrekking tot een lijfrente. Dit arrest heeft echter ook betekenis voor de onderhavige zaak. De methode van waardering van het bezit is medebepalend voor de ter berekening van de daarmee samenhangende al dan niet latente belastingclaim te hanteren methode, aldus, kort samengevat, de Hoge Raad. De Hoge Raad overweegt daartoe in 3.3.4.:

“Deze klachten slagen. Waar het hof op de zojuist aangegeven grond oordeelt dat de belastingclaim over de afkoopwaarde moet worden berekend naar zijn contante waarde op basis van een rekenrente van 4%, kan zulks niet anders worden begrepen dan dat in `s hofs gedachtegang de belasting over de afkoopwaarde niet op de peildatum maar in de toekomst verschuldigd zou worden. Dit uitgangspunt laat zich evenwel niet verenigen met de door het hof als basis voor de berekening van de te verdelen vermogensgroei genomen afkoopwaarde van de verzekering op de peildatum, aangezien daarmee – zij het fictief – wordt uitgegaan van uitkering van de waarde op die datum. Dat brengt mee dat, gelijk de rechtbank heeft gedaan, voor de berekening van de daarop in mindering te brengen belastingclaim, ervan moet worden uitgegaan dat de belasting op de peildatum wordt verschuldigd over de op dat tijdstip uitgekeerde afkoopwaarde.”

13. Uit voormeld arrest van de Hoge Raad kan, naar het oordeel van het hof, geen andere conclusie worden getrokken dan dat indien, zoals in casu het geval blijkt te zijn, op basis van de *contante waarde van de toekomstige geldstromen* de waarde van de certificaten A-C is berekend (en wel op € 14.000.000,-), de met *die contante waarde corresponderende latente AB-claim tegen het per de datum van waardering nominale percentage* als passiefpost dient te worden opgevoerd op de balans (in dit geval van de legitimaire massa) waarop voormelde waarde van de certificaten A-C van € 14.000.000,- wordt opgevoerd.

14. Aldus becijfert het hof de in dit kader in aanmerking te nemen latente AB-claim op (waarde in het economische verkeer/marktwaarde ad € 14.000.000,- minus € 5.013.956,- = € 8.986.044,- x 25% oftewel) € 2.246.511,-. Ter zake het bedrag van € 5.013.956,- verwijst het hof naar randnummer 4 van de akte van appellanten van 25 mei 2021. Dit betreft beleggingsvermogen.

15. Het hof hecht eraan het vorenstaande nog nader te onderbouwen door erop te wijzen dat indien bedoelde latente AB-claim van € 2.246.511,- nogmaals contant zou worden gemaakt, er met twee maten gemeten zou worden inzake de waardering van de certificaten A-C en de becijfering van de met die certificaten verbonden latente AB-claim. Er dient naar het oordeel van het hof economisch gezien één methode te worden gehanteerd, zowel voor de waardering van activa als voor de becijfering van de met die activa samenhangende latente (belasting)schulden.

16. Het hof zal overigens eveneens aan de hand van een voorbeeld - dat door Boringa en Lankester is geformuleerd in hun artikel 'Belastinglatenties: nominaal of contant maken' (EB 2009/11) - toelichten waarom het, bij gebreke van een overtuigende motivering waarom dat anders zou moeten zijn, welke motivering in deze zaak niet voorhanden is, methodologisch onaanvaardbaar zou zijn om in dit kader niet één en dezelfde waarderings-/becijferingsmethode te hanteren.

Voor de begripsvorming van dit arrest neemt het hof het voorbeeld van Boringa en Lankester over:

“Stel dat aan een BV een waarde per de peildatum wordt toegekend van € 120 000 waarbij bekend is dat de aandelen oorspronkelijk zijn verkregen voor € 20 000. Uitgaande van het voorgaande, zou in het kader

van de verdeling dan rekening moeten worden gehouden met een aanmerkelijk belangclaim van 25% over € 100 000, oftewel € 25 000, waardoor de aandelen per de peildatum voor een netto waarde van € 95 000 (€ 120 000 minus de belastingclaim van € 25 000) in het kader van de echtscheiding in de verdeling dienen worden te betrekken.

Het uitgangspunt voor het contant maken van de belastingclaim over de meerwaarde op de peildatum is dat deze belasting bijvoorbeeld tien jaar kan worden uitgesteld door de aandelen niet te verkopen. Deze redenatie zou dan per de peildatum tot de volgende economische waardering moeten leiden.

Om de belastingheffing uit te kunnen stellen, moet de ondernemer de komende tien jaar zijn aandelen niet verkopen. In de praktijk wordt dan vaak de aannahme gedaan dat de bovenvermelde belastingheffing van € 25 000 tien jaar kan worden uitgesteld en dus contant moet worden gemaakt. Bij een rekenrente van 4% bedraagt de contante waarde van deze belastingschuld $€ 25\ 000/1,0410 = € 16\ 889$, oftewel 16,9% van de meerwaarde van € 100 000. Het is in de praktijk niet ongebruikelijk om vervolgens deze contante waarde van de belastingschuld in de verdeling/verrekening te betrekken.

Een belastingbetaling van € 25 000 over tien jaar betekent echter dat ervan uit wordt gegaan dat de ondernemer over tien jaar een meerwaarde voor de aandelen ontvangt van € 100 000 plus de oorspronkelijke verkrijgingsprijs van € 20 000. De contante waarde van een over tien jaar in privé te ontvangen bedrag van € 120 000 bedraagt per de peildatum $€ 120\ 000/1,0410 = € 81\ 068$.

Gegeven de contante waarde van de in de toekomst te ontvangen waarde van € 120 000 en de daarover in de toekomst te betalen inkomstenbelasting van € 25 000 bedraagt de netto waarde op de peildatum derhalve $€ 81\ 068 - € 16\ 889 = € 64\ 179$. Dat is lager dan de hiervoor berekende nominale waarde van € 95 000, hetgeen ook logisch is, omdat de ondernemer tien jaar moet wachten tot hij privé hetzelfde netto bedrag ontvangt als het bedrag dat hij op de peildatum kon ontvangen: zie hier het effect van de tijdswaarde van geld. Volledigheidshalve vermelden wij dat wij in dit voorbeeld omwille van de eenvoud hebben gerekend met een risicovrije vermogenskostenvoet van 4%. Voor het principe is dit verder niet relevant, want indien we gerekend zouden hebben met een hogere vermogenskostenvoet, zou het enige gevolg zijn dat de netto waarde nog lager zou zijn. Immers: hoe hoger het risico, hoe lager de waarde die aan toekomstig te ontvangen bedragen wordt toegekend.

In aanvulling op het voorgaande zou ook nog de volgende berekening kunnen worden gemaakt. Stel dat het bedrag aan niet uitgekeerde winsten of de meerwaarde op de peildatum € 100 000 bedraagt en dat dit bedrag ook daadwerkelijk op de bankrekening van de onderneming staat. Om de aanmerkelijk belangheffing over dit bedrag tien jaar uit te kunnen stellen, mag de ondernemer dit bedrag tien jaar lang niet als dividend uitkeren. Laten we hierbij aannemen dat met dit bedrag netto 4% rendement wordt gemaakt. Dat betekent dat dit bedrag in tien jaar aangroeit tot een bedrag van $€ 100\ 000 \times (1,0410) = € 148\ 024$. Als dit bedrag over tien jaar wordt uitgekeerd, dan bedraagt de hierover op dat moment verschuldigde 25% aanmerkelijk belangheffing € 37 006. Netto resteert er derhalve over tien jaar voor de ondernemer een bedrag van $€ 148\ 024 - € 37\ 006 = € 111\ 018$. Contant gemaakt naar de peildatum tegen hetzelfde risicovrije rendement van 4% leidt dit tot een netto waarde per de peildatum van $€ 111\ 018/1,0410 = € 75\ 000$. Dit is exact hetzelfde bedrag als € 100 000 minus 25% inkomstenbelasting op de peildatum!"

17. De zienswijze van het hof op onderhavige materie kan ook weergegeven worden door te veronderstellen dat een aanmerkelijk belang op de relevante peildatum een waarde had van € 1.000,- terwijl de verkrijgingsprijs ervan te verwaarlozen was. De rechtsopvolgers van de overleden aanmerkelijk belanghouder stonden voor de keuze om de aanmerkelijk belangclaim verband houdend met de fictieve vervreemding van het aanmerkelijk belang door de erflater bij gelegenheid van zijn overlijden acuut af te rekenen (tarief 25% oftewel € 250,-) dan wel 'de claim door te schuiven'. Zou, ter bepaling van de gedachten, de waarde van het aanmerkelijk belang in de toekomst verondersteld worden ongewijzigd (dat wil zeggen € 1.000,-) te blijven, dan is op de waardeontwikkeling van het aanmerkelijk belang blijkbaar een percentage van 0% van toepassing. Teneinde, tegen een rentepercentage van 0%, op enig moment in de toekomst (er al van uitgaande dat het tarief in Box 2, in 2022 overigens 26,9% bedragend, niet zou wijzigen) de beschikking te hebben over het alsdan bij een daadwerkelijke vervreemding van het aanmerkelijk belang of bij een fictieve vervreemding ervan waarbij (bijvoorbeeld ten gevolge van een wetswijziging zoals zich die per 1 januari 2010 heeft voorgedaan) niet kan worden doorgeschoven, te

betalen bedrag aan inkomstenbelasting, zal een bedrag gelijk aan € 250,- afgezonderd dienen te worden dat immers, zoals gezegd, evenmin als blijkbaar de waarde van het aanmerkelijk belang dat verondersteld wordt te doen, niet, althans tegen 0% zal aangroeien in de loop der volgende jaren.

18. Gelet op hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen, is het hof van oordeel dat appellanten methodisch gezien op een correcte wijze de AB-claim met betrekking tot de certificaten A-C hebben berekend. De AB-claim met betrekking tot de certificaten A-C moet voor de becijfering van de legitimaire massa meegenomen worden voor een bedrag van € 2.246.511,-.

19. Als gevolg van de nieuwe feitelijke informatie die het hof heeft verkregen in het kader van de akten uitlating arrest van de zijde van appellanten en geïntimeerde, de mondelinge behandeling op 17 december 2021 waarbij eveneens de accountant van de onderneming aanwezig was, alsmede het rapport van [naam 2] , komt het hof terug op zijn oordeel dat de AB-claim niet hoger kan zijn dan € 1.057.911,-. Op basis van na het tussenarrest verkregen informatie van partijen blijkt de beslissing op onvolledige informatie te zijn gebaseerd.

20. Het feit dat appellanten met de fiscus in het kader van de vaststelling van de erfbelasting een waarde van de certificaten A-C zijn overeengekomen van € 9.245.920,-, brengt in de visie van het hof volgens de in dit kader toepasselijke fiscale regels die het hof van algemene bekendheid acht, met zich mede dat als appellanten de certificaten A-C vervreemden voor € 14.000.000,- zij in het kader van de inkomstenbelasting zullen dienen af te rekenen in Box 2 over een conform art. 4.19 Wet IB 2001 te bepalen vervreemdingsvoordeel dat mede wordt bepaald op basis van bedoelde overdrachtprijs van € 14.000.000,-.

21. Daarnaast is het zo dat fiscaalrechtelijk gezien, de hoofdregel is dat, ook indien sprake is van een fictieve vervreemding als bedoeld in art. 4.16 Wet IB 2001, de met de certificaten A-C corresponderende AB-claim dient te worden afgerekend. Was het tot 1 januari 2010 zo dat bij overlijden van een aanmerkelijk belanghouder onbepaald kon worden doorgeschoven, sinds die datum zijn aan het doorschuiven bij (uiteindelijk) het overlijden van de erflater voorwaarden verbonden, zoals de in art. 4.17a Wet IB 2001 geformuleerde 'ondernemingseis'.

22. Het was aan de keuze van de appellanten, als erfgenamen van vader, overgelaten of zij gebruik zouden maken van de doorschuiffaciliteit van art. 4.17a Wet IB 2001. Uit het feit dat destijds is doorgeschoven, blijkt dat aan de daarvoor geldende voorwaarden, waaronder bedoelde 'ondernemingstoets' kon worden voldaan. Tijdens de zitting hebben appellanten op naar het hof meent, overtuigende wijze onderbouwd dat er sprake is van een gereede verwachting dat, zodra een volgende vererving zich zou voordoen, aan bedoelde 'ondernemingsvoorwaarde' niet meer zal kunnen worden voldaan zodat alsdan aan acute heffing van inkomstenbelasting in Box 2 ten laste van de desbetreffende 'aanstaaende erflater' over het alsdan te constateren fictieve vervreemdingsvoordeel niet zal kunnen worden ontkomen voor zover bedoelde afrekening in Box 2 niet al eerder vrijwillig opgewekt zou zijn door een juridische en/of economische liquidatie bij leven van de huidige AB-houders van de vennootschappelijke structuur waarvan de BV de top-holding vormt.

23. Het hof hecht eraan uitdrukkelijk ervan melding te maken te hebben kennisgenomen van de uitspraak van de Hoge Raad van 22 april 2022, 2100394, ECLI:NL:HR:2022:583 en van de in die zaak gevolgde conclusie van de Advocaat-Generaal van 22 oktober 2021, 2100394, ECLI:NL:PHR:2021:999. Het hof citeert in dit kader van voormelde conclusie het navolgende onderdeel:

"3.18

Het hof heeft in de onderhavige zaak in rov. 5.9 van zijn tussenbeschikking van 15 januari 2019 overwogen dat nu de inkomstenbelasting ter zake van de aandelen verschuldigd is geworden op een ten opzichte van de peildatum toekomstig tijdstip, deze dan ook niet zonder meer het nominale tarief van 25% bedraagt, maar dat deze naar de zogeheten contante waarde per peildatum in aanmerking moet worden genomen.

Deze overweging is in cassatie niet bestreden. Aan een beoordeling van de vraag welke waardering (nominaal of contant) in een geval als het onderhavige dient te gelden, zal door de Hoge Raad derhalve niet worden toegekomen."

Ook hecht het hof eraan uit voormelde uitspraak van de Hoge Raad het navolgende onderdeel te citeren:

"Niet voldoende is in dit verband de overweging dat het doorschuiven van afrekenen met de belastingdienst gunstig is voor de liquiditeitspositie van [echtgenote van erflater] , maar niet voor haar vermogenspositie, omdat – aldus het hof – bij een latere afrekening het bedrag waarover inkomstenbelasting moet worden betaald is gestegen zodat ook het aan inkomstenbelasting te betalen bedrag hoger is (rov. 2.7 en rov. 2.9 van het eindarrest). Daarmee gaat het hof immers eraan voorbij dat eventueel extra verschuldigde inkomstenbelasting betrekking heeft op door de vennootschap na de peildatum gemaakt rendement. Dat rendement komt uitsluitend toe aan [echtgenote van erflater] . Zonder nadere motivering valt dan ook niet in te zien waarom de ter zake van dat rendement verschuldigde inkomstenbelasting niet geheel voor rekening van [echtgenote van erflater] zou komen en waarom deze eraan in de weg zou staan om bij het vaststellen van de waarde van de aandelen op de peildatum rekening te houden met het rentevoordeel dat [echtgenote van erflater] geniet bij het doorschuiven van de inkomstenbelasting ter zake van het tot aan de peildatum gemaakte rendement."

In deze zaak gaat het, in tegenstelling tot voormelde aan de Hoge Raad voorgelegde zaak waarin het ging om een niet opeisbare overbedelingsvordering, om de becijfering van de hoogte van een legitimaire aanspraak, een vordering die als hoofdregel op niet al te lange termijn na het overlijden van de erflater in contanten zal dienen te worden voldaan (zie ook hierna r.o. 36) zodat degene die gerechtigd is tot deze contanten na ontvangst ervan evenzeer, direct en bij uitsluiting van ieder ander gerechtigd zal zijn tot het (eventuele) toekomstige rendement op bedoelde contanten.

Welke waarde dient, teneinde de hoogte van de legitimaire aanspraak van de zoon in de nalatenschap van de vader te becijferen, toegekend te worden aan het tot de nalatenschap van vader behorende aanmerkelijk belang, bestaande uit certificaten A-C van aandelen in de BV?

24. In de akte overlegging producties van 17 december 2021 betogen appellanten dat [naam 2] heeft bevestigd dat de certificaten A-C niet 'definitief' door [naam 2] zouden zijn gewaardeerd.

25. Door geïntimeerde is verweer gevoerd. In randnummer 3 van haar akte uitlating nadere stukken van 8 februari 2022 stelt geïntimeerde:

" [naam 2] bevestigt in die brief dat hij op basis van de door de heer [naam 3] aangedragen argumenten nog niet overtuigd was dat de toerekening van de waarde naar de certificaten A t/m C in zijn rapportage van 3 februari 2016 onjuist was. Met andere woorden: de waardering van de certificaten A, B en C in het rapport van 3 februari 2016 geeft de zienswijze van [naam 2] op dat moment weer."

26. Op basis van hetgeen appellanten stellen, kan naar het oordeel van het hof niet worden vastgesteld dat [naam 2] is teruggekomen op de bevindingen inzake de waarde van de certificaten A-C zoals verwoord in zijn rapport van 3 februari 2016. Uit de brief van [naam 2]

van 14 oktober 2021 volgt dat hij zijn standpunt inzake zijn rapportage van 3 februari 2016 handhaaft aangezien de door de heer [naam 3] – accountant van het concern van erflater en adviseur van appellanten – aangedragen argumenten hem er niet van hebben overtuigd dat zijn bevindingen niet goed zijn.

27. Het hof komt dus niet terug op zijn tussenbeslissing inzake de waardering van de certificaten op een bedrag van € 14.000.000,-.

Dienen, teneinde de hoogte van de legitimaire aanspraak van de zoon in de nalatenschap van de vader te becijferen, de betalingen door vader aan zoon op grond van een door hen op 12 april 1995 gesloten overeenkomst als schenkingen in mindering te worden gebracht op bedoelde legitimaire aanspraak en zo ja, voor welke waarde?

28. Het hof heeft in r.o. 46 van zijn arrest van 13 april 2021 het volgende overwogen:

“Het hof is met toepassing van deze maatstaf van oordeel dat de overeenkomst van 12 april 1995 er wel degelijk in voorzag dat [naam zoon] (hof: in het onderhavige arrest: de zoon) van zijn ouders schenkingen (althans giften in de zin van thans artikel 7:186 lid 2 BW) zou ontvangen tot een bedrag van f 2.250.000,--, te vermeerderen met schenkingsrecht. Omdat niet in geschil is dat aan deze toezegging nadien uitvoering is gegeven, moet de helft van het equivalent daarvan in euro`s (€ 580.968,--) bij de berekening van de legitieme portie van [naam zoon] in aanmerking moet worden genomen.”

29. Geïntimeerde verzoekt in haar akte van 17 december 2021 het hof terug te komen op de hiervoor weergegeven beslissing. Geïntimeerde heeft op 17 december 2021 ook nog mondeling een nadere toelichting gegeven op haar verzoek.

30. Het betoog van geïntimeerde komt er kort gezegd op neer dat de overeenkomst die in 1995 is gesloten tussen vader en zoon afwijkt van hetgeen op papier is gesteld.

31. Geïntimeerde stelt voorts dat notaris [naam 4] en zichzelf bevestigen dat er geen sprake zou zijn geweest van enige materiële bevoordeling van de zoon en dat juist sprake was van (nakoming van) een niet uit vrijgevigheid voortkomende verplichting van de ouders jegens de zoon.

32. Door appellanten is verweer gevoerd. In de visie van appellanten is geïntimeerde aan het napleiten terwijl er in hun visie niets nieuws naar voren wordt gebracht.

33. Het hof overweegt als volgt. Op basis van hetgeen geïntimeerde heeft gesteld, is er geen sprake van enige in dit kader relevante nieuwe feiten en omstandigheden die eerst bekend zijn geworden na de datum van het tussenarrest van dit hof van 13 april 2021.

34. Het hof wijst het verzoek van geïntimeerde om terug te komen op de hiervoor weergegeven beslissing, dan ook af.

35. Hierna volgen de verwerking van 's hofs voormelde beslissingen in een overzicht van de in dit kader relevante onderdelen van de nalatenschap van vader en de conclusie of, in het kader van de op basis van dat overzicht te becijferen hoogte van de legitieme portie van de zoon in de nalatenschap van vader, sprake is van enige verplichting tot betaling en zo ja, hoe groot die verplichting is en wie van partijen jegens de ander(en) tot bedoelde betaling verplicht is.

36. In het tussenarrest van 13 april 2021 heeft het hof de omvang van vaders nalatenschap berekend, alsmede de hoogte van de legitieme portie van de zoon. Aangezien het hof uitgaat van een AB-claim van € 2.246.511,- dient het daartoe te hanteren overzicht als volgt te worden aangepast.

a. De totale omvang van de nalatenschap op de datum van overlijden van vader

Waarde van de certificaten A, B en C	€ 14.000.000,--	
Af: latente IB-claim Box 2	- € 2.246.511,--	
Af: IB Box 2 claim aanmerkelijk belang	- € 1.250.087,--	
50% i.v.m. huwelijksgemeenschap		€ 5.251.701,--
50% van de overige activa		€ 1.889.124,--
Af: begrafeniskosten		- € 22.402,22
Totale omvang nalatenschap		€ 7.118.422,78

b. De legitimaire massa

Totale omvang nalatenschap	€ 7.118.422,78
Schenken 2013 aan de drie broers en de zoon	€ 200.000,--
(Gestelde) schenking aan de zoon i.v.m. transactie in 1995	€ 580.968,--
Schenken aan de drie broers in 1996 en 1998	€ 778.162,50
Legitimaire massa	€ 8.677.553,28

c. Legitieme portie van de zoon in de nalatenschap van vader

1/10e deel van de legitimaire massa	€	867.755,33
Af: in 2013 ontvangen schenking	- €	50.000,--
Af: (gestelde) schenking aan zoon i.v.m. transactie in 1995	- €	580.968,--
Resteert te ontvangen door geïntimeerde q.q. ten behoeve van de nalatenschap van haar echtgenoot, de zoon	€	236.787,33

Kern van de zaak in de visie van appellanten

37. In randnummer 1.1 van de memorie grieven hebben appellanten de kern van het geschil aangegeven.

De geschilpunten waren:

1. De omvang van de legitieme portie van de zoon in de nalatenschap van vader.
2. De omvang van de belastinglatentie in verband met de waarde van de certificaten van aandelen A-C in de BV.
3. De overdracht van aandelen in 1996; dat die niet aangemerkt kan worden als een schenking aan de drie broers van de zoon.

38. Uit het arrest van dit hof van 13 april 2021 alsmede het onderhavige arrest volgt dat de bezwaren door appellanten terecht naar voren zijn gebracht. Dit impliceert dus dat 5.3 van het dictum van het bestreden vonnis van 3 juli 2019 dient te worden vernietigd.

De kern van de zaak in de visie van geïntimeerde

39. Geïntimeerde heeft in haar memorie van antwoord tevens memorie van eis en grieven in incidenteel appel uitvoerig verweer gevoerd.

In haar incidentele appel heeft geïntimeerde aan de orde gesteld:

1. De IB-belastinglatentie.
2. De bepaling van de legitimaire massa inzake de nalatenschap van vader.
3. De buitengerechtelijke kosten.
4. De opeisbaarheid van de legitieme portie.
5. De proceskosten.

40. Ook de geschilpunten van geïntimeerde zijn door het hof besproken en beslist. Het hof ziet geen noodzaak dat een door het hof benoemde deskundige het werk van de deskundige [naam 2] gaat overdoen. De heer [naam 2] is door de kantonrechter benoemd en heeft zijn werk in de visie van het hof als een onpartijdige deskundige verricht en zijn bevindingen in een helder rapport weergegeven. Voorts is het hof van oordeel dat geïntimeerde over voldoende gegevens beschikt om ook zelf de legitimaire massa van erflater te berekenen.

Proceskosten

41. Gezien het feit dat er sprake is van een familierechtelijke verhouding acht het hof het redelijk en billijk dat de proceskosten zowel in eerste aanleg als in appel worden gecompenseerd.

Beslissing

Het hof:

vernietigt het bestreden vonnis van 3 juli 2019 van de rechtbank Den Haag voor zover daarbij is bepaald dat de legitieme portie van de zoon in de nalatenschap van de vader € 993.308,88 bedraagt en, in zoverre opnieuw rechtdoende:

stelt de legitieme portie van de zoon in de nalatenschap van de vader vast op een bedrag van € 867.755,33, op welk bedrag in mindering dient te worden gebracht de door de zoon ontvangen schenkingen ten bedrage van € 630.968,-, derhalve bedraagt de vordering van de zoon op de nalatenschap van de vader € 236.787,33;

voor zover appellanten aan geïntimeerde meer hebben betaald dan het bedrag van € 236.787,33: veroordeelt geïntimeerde om het te veel ontvangen bedrag inzake de legitieme aan appellanten terug te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum dat uitvoering is gegeven aan het bestreden vonnis tot aan de datum van de feitelijke betaling;

verklaart dit arrest in zoverre uitvoerbaar bij voorraad;

compenseert de proceskosten in hoger beroep in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

wijst af hetgeen meer of anders is gevorderd;

bekrachtigt het bestreden vonnis van 3 juli 2019 van de rechtbank Den Haag tussen partijen gewezen voor het overige.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.N. Labohm, A. Zonneveld en R.L.M.C. Janssen en is ondertekend en uitgesproken door mr. J.E.H.M. Pinckaers, rolraadsheer, ter openbare terechtzitting van 4 oktober 2022 in aanwezigheid van de griffier.