

Goede afspraken essentieel

Met name bij de eenmanszaak en de vennootschap onder firma bestaan belangrijke juridische belemmeringen voor overname. De besloten vennootschap biedt meer mogelijkheden. Ondernemers zouden daar vooraf meer rekening mee moeten houden.

T.J. van Vuren en Z.J.B. Mol*

Het succesvol realiseren van bedrijfsoverdrachten wordt mede bepaald door de juridische structuur van de onderneming. Vaak wordt echter pas over de juridische structuur nagedacht, nadat bewust- en besluitvorming over de bedrijfsoverdracht afgerond zijn. Dan is het vaak te laat om zonder fiscale consequenties over te gaan op een andere rechtsvorm. In het eerste deel van deze bijdrage worden de meest voorkomende rechtsvormen van ondernemingen beschreven. Het tweede deel behandelt een aantal juridische aspecten van bedrijfsoverdrachten. Daarbij zal ook het actuele wetsvoorstel tot herziening van het recht dat toepasselijk is op personenvennootschappen aan de orde komen¹. De huidige wet die toepasselijk is op het bestaan en de inrichting van maatschappen, vof's en cv's, dateert uit de negentiende eeuw en behoeft dringend modernisering. Sinds enkele decennia wordt door het ministerie van Justitie aan een wetsvoorstel gewerkt, maar door een aantal technische discussies die gevoerd zijn, heeft dit voorstel op zich laten wachten.

Rechtsvormen

Ondernemingen worden over het algemeen in een van de volgende rechtsvormen gedreven²:

- *eenmanszaak* de onderneming wordt gedreven voor eigen rekening en risico van de ondernemer. Er is geen scheiding (in juridische zin) tussen het ondernemingsvermogen en privé-vermogen;
- *personenvennootschap*: vennootschap onder firma (vof). Dit is een samenwerking van twee of meer personen, die gezamenlijk een bedrijf uitoefenen. De op de onderneming betrekking hebbende bezittingen en schulden zijn bezittingen en schulden van de vennoten gezamenlijk, met dien verstande dat er wel een bepaalde scheiding is van het privévermogen³; en
- *besloten vennootschap* (de bv): een rechtspersoon met een in aandelen verdeeld kapitaal. Doordat de bv rechtssubject is, is de bv zelfstandig drager van rech-

ten en plichten. De onderneming wordt uitgeoefend door de bv. De verschaffer(s) van het kapitaal van de vennootschap is (zijn) de aandeelhouder(s), waarop uitsluitend de verplichting rust om de aandelen vol te storten. Het bestuur van de bv berust bij de directie, die wordt benoemd door de aandeelhouders. In het mkb is de directie en het aandeelhouderschap vaak in één persoon verenigd.

Bedrijfsoverdracht

Eenmanszaak

De eenmanszaak vormt geen juridische eenheid die in zijn geheel overdraagbaar is⁴. Dat betekent dat geen overdracht van de onderneming als zodanig kan plaatsvinden, maar overdracht van de diverse activa en passiva nodig is. Daarbij moet voldaan worden aan alle leveringsformaliteiten die op de verschillende vermogensbestanddelen van toepassing zijn. Zo kunnen overeenkomsten uitsluitend met medewerking van de wederpartij overgedragen worden. In de praktijk levert dit veel complicaties op. Vaak wordt volstaan met een mededeling aan de wederpartij en wordt, bij niet reageren, aangenomen dat de wederpartij stilzwijgend met de overdracht heeft ingestemd. Deze praktische benadering is echter niet zonder risico, want in zijn algemeenheid geldt dat de oude ondernemer formeel aansprakelijk blijft. Bij overlijden van de ondernemer gaat de onderneming over op de gezamenlijke erfgenamen. Sinds 1 januari 2003 bepaalt de wet, dat wanneer de ondernemer geen testament heeft, zijn echtgenoot de onderneming erft. De eventuele kinderen krijgen een vordering op de langstlevende echtgenoot. Dit is de consequentie van de keuze de achterblijvende echtgenoot vergaand te beschermen. De erfflater kan zijn testament echter zodanig inrichten dat de onderneming bij zijn overlijden vererft aan de beoogde opvolger. Indien de (resterende) kinderen niet minstens hun wettelijke erfdeel krijgen, bestaat het gevaar dat zij de vererving van de onderneming aantasten.

Vof

De overdracht van de onderneming door de gezamenlijke vennoten heeft dezelfde gevolgen (en problemen) als hiervoor omschreven bij overdracht van de eenmanszaak. Het wetsontwerp hierover dat in december vorig jaar aan de Tweede Kamer werd aangeboden, geeft de mogelijkheid te kiezen voor een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (ovr), maar om de problemen bij bedrijfsoverdracht te voorkomen, moet deze keuze bij aanvang van de onderneming worden gemaakt. De ovr kan vervolgens worden omgezet

* Notaris respectievelijk kandidaat-notaris verbonden aan NautaDutilh nv te Rotterdam.
Zanima.Mol@NautaDutilh.com

1. Wetsontwerp 28 746, *Vennootschap* (titel 7.13), in december 2002 door de demissionaire minister van Justitie aan de Tweede Kamer aangeboden.
2. Er bestaan meer rechtsvormen dan de hier genoemde. Uitsluitend de meest voorkomende rechtsvormen worden besproken.
3. Dit betekent dat privé-schuldeisers zich niet zonder meer op het ondernemingsvermogen kunnen verhalen en andersom.
4. Dit in tegenstelling tot een aantal andere EU-landen.

in een bv, waarna de aandelen in de bv kunnen worden overgedragen aan een derde. De oorspronkelijke vennoten blijven echter nog gedurende vijf jaar aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap. Al met al betekent dit in de praktijk een vrij omslachtige weg. Daarnaast is nog niet duidelijk wat de fiscale consequenties zullen zijn. Wanneer een vennoot komt te overlijden, leidt dit tot ontbinding van de vof. De wet geeft de andere vennoten niet de mogelijkheid de onderneming bij overlijden van één van hen voort te zetten. Daarover worden vaak specifieke afspraken gemaakt in het vennootschapscontract (verblijvingsbedingen en overnemingsbedingen), gecombineerd met een betalingsregeling voor de uittreedsom (gespreide betaling en zekerheidsrechten). Zonder goede afspraken in een vennootschapscontract kan de continuïteit van de onderneming in gevaar komen door het overlijden van één van de vennoten.

Indien één van de vennoten uittreedt, leidt dit ook tot ontbinding van de vennootschap. Ook dan geldt dat de overblijvende vennoten de onderneming (al dan niet tezamen met een nieuwe vennoot) slechts kunnen voortzetten, indien daarover specifieke afspraken gemaakt zijn. Het wetsontwerp regelt dat in geval van overlijden of uitreden van één van de vennoten de anderen de mogelijkheid hebben de vennootschap voort te zetten. De vennootschap wordt dan uitsluitend ten aanzien van de uitredende vennoot ontbonden. Daarnaast komt de mogelijkheid om in het vennootschapscontract te bepalen dat een overleden vennoot één of meer erfgenamen als opvolger kan aanwijzen. Bij het uitreden van een vennoot anders dan bij overlijden, kan de vennootschap echter uitsluitend worden voortgezet met instemming van alle vennoten (ook de uittreder). Er is bij de wetgever op aangedrongen de overblijvende vennoten als uitgangspunt de mogelijkheid tot voortzetting te geven.

Tot slot wordt opgemerkt dat ook in geval van voortzetting van een vennootschap door de overblijvende vennoten, de medewerking van de uitredende vennoot (dan wel diens erfgenaam bij zijn overlijden) voor de overdracht van zijn aandeel in de goederen van de onderneming vereist is (tenzij het een ovr betreft) en dat het wetsontwerp niet de mogelijkheid geeft de vergoeding aan de uitredende vennoot gespreid te betalen. Goede afspraken op deze punten blijven ook na invoering van het wetsontwerp noodzakelijk.

De bv

Bij de bv vindt bedrijfsoverdracht plaats door middel van overdracht van de aandelen. De bedrijfsoverdracht is daarmee veel eenvoudiger te realiseren dan de overdracht van een eenmanszaak of een in een vof gedreven onderneming. Opgemerkt wordt echter dat de koper over het algemeen uitgebreide garanties zal vragen van de verkopende partij met betrekking tot het verleden van de bv, omdat door de verkrijging van de aandelen alle risico's uit het verleden (die soms niet direct uit de administratie blijken) volledig voor risico van de bv blij-

ven, ook na de overdracht van de aandelen. Bij overlijden van de directeur/groootaandeelhouder (dga) erven zijn erfgenamen de aandelen. Was de dga enig directeur van de bv, dan zullen de erfgenamen na het overlijden van de dga een opvolger aan moeten wijzen of iemand tijdelijk met het bestuur moeten belasten. De erfgenamen kunnen ervoor kiezen de aandelen te behouden dan wel geheel of gedeeltelijk te verkopen. Aandeelhouders drukken, zeker in een familiebedrijf, een belangrijk stempel op de onderneming. Dit heeft tot gevolg dat bijvoorbeeld in geval van verschil van inzicht binnen de familie, de continuïteit van de onderneming in gevaar kan komen. Dit kan worden vermeden door de aandelen te certificeren. Daarbij worden de aandelen overgedragen aan een administratiekantoor (meestal een stichting waarvan het bestuur naar eigen inzicht kan worden ingericht) in ruil voor certificaten, waaraan uitsluitend de economische rechten van de aandelen gekoppeld zijn. Het stemrecht op de aandelen wordt uitgeoefend door het bestuur van het administratiekantoor. In de praktijk komt het geregeld voor dat een onderneming gefaseerd wordt overgedragen aan een opvolger. De opvolger begint met toetreding tot de directie en in de tweede fase, meestal na enkele jaren, krijgt de opvolger de mogelijkheid de aandelen, al dan niet gefaseerd, te kopen.

Slot

Wanneer een onderneming in de vorm van een bv wordt gedreven kan de bedrijfsoverdracht relatief eenvoudig worden gerealiseerd. Ons rechtssysteem biedt dan de nodige mogelijkheden om de bedrijfsoverdracht conform de eisen van de betrokkenen in te richten (al dan niet gefaseerd). Voor het uitreden en de opvolging van vennoten in een personenvennootschap zal invoering van het besproken wetsontwerp een aanzienlijke verbetering betekenen, zij het dat aanpassing op bepaalde punten wenselijk is. Er zijn nog de nodige onzekerheden en onduidelijkheden in het wetsvoorstel, met name over de uitreding en de opvolging van vennoten. Deze zullen tijdens de behandeling in de Tweede en daarna de Eerste Kamer moeten worden opgelost.

Het blijft echter lastig om op een goede wijze de overdracht van een onderneming die in de vorm van een eenmanszaak of vof gedreven wordt, te regelen (bedrijfsoverdracht aan een derde valt buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel). Vanuit de wetenschap is, mede in het kader van het wetsontwerp, een lobby op gang gekomen om ook hier verandering in te brengen. Het is echter niet te verwachten dat hierin op korte termijn door de wetgever zal worden voorzien, omdat een dergelijke wetswijziging zeer ingrijpend is en niet hoog op de politieke agenda staat.

Zolang het wetsvoorstel geen wet geworden is, blijft het nodig goede contractuele afspraken te maken tussen de vennoten.

Teska van Vuren en Zanima Mol